

หน่วยที่ 1

หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง

เจตน์ สถาวรศีลพร

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่อนุญาตให้เผยแพร่

+



ชื่อ
วุฒิ

เจตน์ สถาวรศีลพร

น.บ.

Diplôme d'études approfondies (DEA)

Droit public fondamental

Doctorat en droit Droit public (mention

très honorable)

ตำแหน่ง

ที่ปรึกษาสำนักงานศาลปกครอง รักษาการ

ในตำแหน่งรองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

หน่วยที่รับผิดชอบ

หน่วยที่ 1

แผนการสอนประจำหน่วย

ชุดวิชา กฎหมายปกครอง

หน่วยที่ 1 หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง

ตอนที่ 1.1 ความเบื้องต้น

เรื่องที่ 1.1.1 ความหมายและขอบเขตของกฎหมายปกครอง

เรื่องที่ 1.1.2 บ่อเกิดของกฎหมายปกครอง

ตอนที่ 1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

เรื่องที่ 1.2.1 ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

เรื่องที่ 1.2.2 สาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

1.2.2.1 ลำดับศักดิ์ของกฎหมายกับการเคารพลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

1.2.2.2 กฎหมายที่เป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจกระทำของฝ่ายปกครอง

1.2.2.3 กฎหมายที่เป็น “ข้อจำกัด” อำนาจกระทำของฝ่ายปกครอง

ตอนที่ 1.3 เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและกฎ

เรื่องที่ 1.3.1 กรณีที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการลงมือกระทำ

1.3.1.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของ

ฝ่ายปกครองมีหลายประการ

(1) ข้อพิจารณาในแง่ของคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำ

(2) ข้อพิจารณาในแง่ของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ

(3) ข้อพิจารณาในแง่ของวัตถุที่ประสงค์หรือเนื้อหาของกฎหมาย

(4) ข้อพิจารณาในแง่ของมูลเหตุจูงใจหรือวัตถุประสงค์ในการกระทำหรือ

ในการทำนิติกรรมทางปกครอง

เรื่องที่ 1.3.2 กรณีฝ่ายปกครองละเว้นการกระทำ

เรื่องที่ 1.3.3 เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

1.3.3.1 เงื่อนไขที่ไม่เกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้น

(1) ผู้มีอำนาจจัดทำ

(2) แบบ

(3) กระบวนการ

1.3.3.2 เงื่อนไขที่เกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้น

(1) การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง และการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

(2) การบิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการ

(3) เนื้อหาไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

เรื่องที่ 1.3.4 เจื่อนใจแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

ตอนที่ 1.4 หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

เรื่องที่ 1.4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

เรื่องที่ 1.4.2 อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองกับการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

เรื่องที่ 1.4.3 หลักสัดส่วนกับการควบคุมการกระทำทางปกครอง

1.4.3.1 หลักความเหมาะสม

1.4.3.2 หลักความจำเป็น

1.4.3.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หรือหลักความได้ดุลยภาพ

ตอนที่ 1.5 การปรับใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ

เรื่องที่ 1.5.1 ในขณะที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึกหรือในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ : พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457

เรื่องที่ 1.5.2 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ

แนวคิด

1. หลักความชอบด้วยกฎหมายของกระทำทางปกครองมีความหมายว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

2. คำสั่งทางปกครองหรือกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองโดยข้อใดข้อหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยกฎหมาย ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์

วัตถุประสงค์

เมื่อศึกษาหน่วยที่ 1 จบแล้ว นักศึกษาสามารถ

1. อธิบายข้อความคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมายได้
2. อธิบายเจื่อนใจแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและกฎได้
3. อธิบายถึงการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการได้
4. อธิบายการปรับใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติได้

กิจกรรมระหว่างเรียน

1. ทำแบบประเมินผลตนเองก่อนเรียนหน่วยที่ 1

2. ศึกษาเอกสารการสอนตอนที่ 1.1-1.5
3. ปฏิบัติกิจกรรมตามที่ได้รับมอบหมายในเอกสารการสอน
4. ชมสื่อเพื่อการศึกษา
5. ทำแบบประเมินผลตนเองหลังเรียนหน่วยที่ 1

สื่อการสอน

1. เอกสารการสอน
2. แบบฝึกปฏิบัติ
3. สื่อเพื่อการศึกษา

การประเมินผล

1. ประเมินผลจากแบบประเมินผลตนเองก่อนเรียนและหลังเรียน
2. ประเมินผลจากกิจกรรมและแนวตอบท้ายเรื่อง
3. ประเมินผลจากการสอบไล่ประจำภาคการศึกษา

เมื่ออ่านแผนการสอนแล้ว ขอให้ทำแบบประเมินตนเองก่อนเรียน
หน่วยที่ 1 ในแบบฝึกปฏิบัติ แล้วจึงศึกษาเอกสารการสอนต่อไป

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 411461 ไม่นุญาตให้เผยแพร่

ตอนที่ 1.1

ความเบื้องต้น

โปรดอ่านหัวเรื่อง แนวคิด และวัตถุประสงค์ของตอนที่ 1.1 แล้วจึงศึกษารายละเอียดต่อไป

หัวเรื่อง

- 1.1.1 ความหมายและขอบเขตของกฎหมายปกครอง
- 1.1.2 บ่อเกิดของกฎหมายปกครอง

แนวคิด

1. กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงการใช้และการควบคุมการใช้อำนาจมหาชน หรือ อื่นๆหนึ่งก็คือการใช้และการควบคุมการใช้บรรดามงคงการกระบวนกรและวิธีการต่างๆ เพื่อจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้สำเร็จเสร็จสิ้นเป็นจริงขึ้นมา
2. บริการสาธารณะ ได้แก่งานที่ฝ่ายปกครองมีประสงค์ที่จะกระทำให้สำเร็จเสร็จสิ้น เป็นรูปธรรมหรือเป็นจริงขึ้นมา ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมหรือ ประโยชน์มหาชน

วัตถุประสงค์

เมื่อศึกษาตอนที่ 1.1 จบแล้ว นักศึกษาสามารถ

1. อธิบายความหมายและขอบเขตของกฎหมายปกครองได้
2. อธิบายบ่อเกิดของกฎหมายปกครองได้

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา ๕1461 ไม่อนุญาตให้เผยแพร่

เรื่องที่ 1.1.1

ความหมายและขอบเขตของกฎหมายปกครอง

Ubi societas, ibi ius ที่ใดมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย

สังคม ไม่ว่าจะเป็นสังคมไหนก็ตาม พึ่งได้แก่การรวมกลุ่มกันของมนุษย์เพื่อแสดงออกถึงความคิดร่วมกันของสมาชิกในสังคมนั้น ที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ใดประโยชน์หนึ่งให้สำเร็จเป็นจริงขึ้นมาได้ ทั้งนี้ โดยอาศัยระบบกลไกการบริหารจัดการ ที่กลุ่มคนเหล่านั้นจำเป็นต้องจัดตั้งขึ้น อนึ่ง สังคมหนึ่ง ๆ นั้น ไม่ว่าจะเป็นในระดับมูลฐาน เช่น ครอบครัว หรือในระดับที่ซับซ้อนมากขึ้น เช่น ชนเผ่า ชาติตระกูล หรือรัฐ ในที่สุด ต่างเกิดขึ้นภายใต้ความคิดที่จะสร้างเสถียรภาพและความสงบสุขแลสะดวกสบาย ให้ปรากฏขึ้นมาให้ได้เป็นสำคัญ ระบบกลไกการบริหารจัดการของสังคมเพื่อให้ความคิดที่ว่านั้น สำเร็จเป็นรูปธรรมขึ้นมา จึงถูกแสดงออกมาในสองลักษณะเสมอ กล่าวคือ การจัดให้มี (การก่อตั้ง) และให้การควบคุมดูแลของไทย

การจัดให้มี หรือการก่อตั้ง นั้น พึ่งได้แก่ การจัดให้มีองค์กรต่าง ๆ ที่จะมาดำเนินการแปลงความคิดข้างต้นจากนามธรรมให้เป็นรูปธรรมในที่สุด โดยการดำเนินการนั้น ให้สำเร็จขึ้นมาได้ ย่อมต้องอาศัยการประสานงานกันขององค์กรต่าง ๆ ที่ถูกก่อให้เกิดขึ้น นี้ในแง่ส่งเสริมซึ่งกันและกัน หรือแม้กระทั่งการเข้าแทรกแซงระหว่างกัน เราอาจเรียกปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้ได้อีกอย่างหนึ่งว่า การใช้ “อำนาจ” หรือการแสดงออกซึ่ง “สิทธิ” นั่นเอง ในทางเดียวกัน การใช้อำนาจขององค์กรเหล่านั้น เพื่อทำให้ความต้องการในความสงบสุข เสถียรภาพ และความสะดวกสบายของบรรดาสมาชิกของสังคมนั้น ๆ สำเร็จเป็นจริงขึ้นมาได้ นอกจากปฏิสัมพันธ์ที่บรรดาองค์กรผู้ใช้อำนาจต่างมีระหว่างกันแล้ว เป็นธรรมดาอยู่เองที่บรรดาองค์กรผู้ใช้อำนาจเหล่านี้จำเป็นต้องมาสร้างปฏิสัมพันธ์กับบรรดาสมาชิกของสังคมนั้น ๆ ด้วยไม่มากก็น้อย ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการก่อให้เกิดสิทธิหรือประโยชน์ หรือแทรกแซงในการดำรงชีวิตของสมาชิกแต่ละคนก็ตามที ทั้งนี้ก็เพื่อสนองตอบต่อความต้องการร่วมกันของสังคมนั้นในที่สุด ตามกล่าวแล้วข้างต้นนั่นเอง

สำหรับการควบคุมดูแลของไทยนั้น หากพิจารณาให้ดีจะพบว่ามิเหตุบังเอิญมาจากการจัดให้มีหรือการก่อตั้งนั่นเอง ด้วยว่าเมื่อมีการก่อตั้งองค์กรหนึ่งองค์กรใดขึ้นมาเพื่อเป็นกลจักรในการทำให้ความต้องการของสังคมนั้นเป็นจริงขึ้นมาได้ องค์กรเหล่านั้นจำเป็นต้องถูกควบคุมดูแลไทย ทั้งโดยตนเองหรือโดยองค์กรอื่น หรือแม้กระทั่งจากสมาชิกของสังคมนั้นเองด้วย ทั้งนี้ เพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานให้สำเร็จขององค์กรต่าง ๆ เหล่านั้น ซึ่งโดยนัยก็คือ การได้มาซึ่งความสงบสุข ความมีเสถียรภาพ ความสะดวกสบายของบรรดาสมาชิกของสังคมนั้นในบั้นปลายนั่นเอง

อนึ่ง การจัดให้มีหรือการก่อตั้ง และการควบคุมดูแลของไทยนั้น ไม่อาจเกิดขึ้นและดำรงอยู่โดยปราศจากความชัดเจนแน่นอนได้ เพราะโดยสภาพแล้วองค์กรผู้ใช้อำนาจต่าง ๆ นั้น จะต้องรู้ขอบเขต

การใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างชัดเจน ทางหนึ่งก็เพื่อจะได้สามารถทำงานของตนได้ โดยไม่ไปซ้อนทับกับหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจอื่น อีกทางหนึ่ง ก็ด้วยเหตุที่ว่าบรรดาสมาชิกแต่ละคนของสังคมพึงจะต้องรับรู้ได้ว่าการใดและวาระใดบ้าง ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจจะสามารถเข้ามาปฏิบัติสัมพันธ์กับตนได้บ้าง เพื่อที่ตนจะได้วางแผนการดำรงชีวิตของตนได้อย่างมั่นใจ การจะเป็นเช่นที่กล่าวมาได้ก็ด้วยจะต้องมีการตกลงร่วมกันของบรรดาสมาชิกในสังคม จะด้วยรูปแบบวิธีการใดก็ตาม แล้วสมมติให้มีกฎหมายที่มีแบบแผนและเป็นกิจจะลักษณะ สำหรับการจัดให้มี การควบคุม การลงโทษ ซึ่งอีกนัยหนึ่งก็คือกฎหมายในการดำรงอยู่และก่อปฏิสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกแต่ละคนในสังคมด้วยตนเอง หน้าที่ของสมาชิกของสังคมนั้นกับองค์กรผู้ใช้อำนาจ เงื่อนไขการก่อตั้งและการดำรงอยู่กับการยุบเลิกองค์กรผู้ใช้อำนาจต่าง ๆ (ที่เกิดขึ้นมาเพื่อจัดการสนองตอบความต้องการของสมาชิกในสังคมนั้น) ฯลฯ กล่าวโดยเฉพาะ สังคมในระดับรัฐ สมมติที่สังคมได้ก่อให้เกิดขึ้นนี้ ถูกเรียกกันว่า “กฎหมาย” นั่นเอง ทั้งนี้ อาจปรากฏได้ในหลายรูปแบบด้วยกัน เช่น ลายลักษณ์อักษร หรือจารีตประเพณี เป็นต้น

กฎหมาย จึงหมายถึงบรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลาย ซึ่งกำหนดแนวปฏิบัติและความประพฤติของคนในสังคมและมีกระบวนการบังคับอย่างเป็นกิจจะลักษณะ

กระนั้นก็ตาม ด้วยความที่รัฐนั้น เป็นสังคมที่มีความซับซ้อนกว่าสังคมในระดับอื่น เช่น ความต้องการของบรรดาสมาชิกแห่งรัฐนั้น มีทั้งความต้องการเฉพาะของสมาชิกแต่ละคนที่ไม่เหมือนกัน ในขณะที่เดียวกันสมาชิกแต่ละคนของรัฐก็มีความต้องการร่วมกันในสิ่งใดสิ่งหนึ่งได้เช่นกัน เป็นต้น จากสภาวะการณ์ดังกล่าว ทำให้บรรดากฎเกณฑ์ที่เรียกว่า “กฎหมาย” อันเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการรัฐนั้น มีหลากหลายแขนงตาม ไปด้วย โดยในแต่ละแขนงก็ยังสามารถแยกได้เป็นหลายสาขาเช่นกัน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะพิจารณาแยกแยะโดยอาศัยเงื่อนไขใดก็ตาม กฎหมายปกครอง อันเป็นวัตถุในการศึกษาสำหรับกรณีนี้ ก็ปรากฏตัวขึ้นภายใต้สภาวะการณ์ดังกล่าวเช่นกัน ปัญหาที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้นก็คือแล้ว “กฎหมายปกครอง” ที่ว่าคืออะไร ทางหนึ่ง สำหรับการทำความเข้าใจกับกฎหมายปกครอง ก็เห็นจะได้แก่ การรู้ถึงความหมายและขอบเขตของกฎหมายสาขานี้ โดยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของกฎหมายปกครองกับกฎหมายในแขนงอื่นและสาขาอื่นที่ดำรงอยู่ในสังคม (1.1.1.1) เป็นเบื้องต้น ในขณะที่เดียวกัน การทราบถึงที่มาหรือปฏิกิริยาของกฎหมายปกครอง (1.1.1.2) ก็เป็นเรื่องจำเป็นอย่างยิ่ง เพราะจะทำให้ผู้ศึกษาได้เห็นโครงสร้างของกฎหมายสาขานี้ได้ในระดับหนึ่ง แม้จะเป็นการเห็นเพียงภาพกลาง ๆ ก็ตามที

1.1.1.1 กฎหมายปกครองเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน

ด้วยมีคำกล่าวว่า “กฎหมายปกครองเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน” ดังนั้น เพื่อให้ทราบถึงความจริงแท้ของคำกล่าวนี้ จึงต้องทราบให้ได้ว่า กฎหมายมหาชน คืออะไร เกี่ยวพันกับกฎหมายแขนงอื่นอย่างไร (1) แล้วกฎหมายมหาชนที่ว่านี้จำแนกออกได้หลายสาขาหรือไม่ อย่างไร (2) เพื่อแสดงให้เห็นถึงคุณลักษณะของกฎหมายปกครอง (3) ในที่สุด

(1) แนวความคิดในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน

การจำแนกกฎหมายออกเป็นสาขาหรือแผนกต่าง ๆ นั้น ก็ด้วยมีเหตุปัจจัยมาจากความสลับซับซ้อนของสังคม กับทั้งจากสภาวะตามธรรมชาติที่สังคมมีความเคลื่อนไหวหรือเคลื่อนที่อยู่ตลอดเวลา อย่างไม่เคยหยุดนิ่ง ปรากฏการณ์ทั้งสองดังกล่าวมีผลทำให้บรรดากฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่สมาชิกในสังคมนั้นยอมรับเพื่อใช้ในการกำกับและดูแลสังคมนั้น ๆ ให้ดำรงอยู่อย่างสันติและสุขสบาย ที่เราเรียกกันว่า “กฎหมาย” จำต้องได้รับการพัฒนาให้สอดคล้องและเท่าทันกับสภาพของสังคมเช่นนั้นด้วย การจำแนกหรือแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นแผนกสาขาต่าง ๆ ก็คือพัฒนาการอย่างหนึ่งของกฎหมายด้วยเช่นกัน ผลที่ตามมาจากการแบ่งแยกกฎหมายดังกล่าวยังนำไปสู่การพัฒนาวิชาความรู้ทางนิติศาสตร์อีกด้วย กล่าวคือ เมื่อมีการจำแนกกฎหมายออกมาเป็นแผนกสาขาแล้ว สิ่งที่เกิดขึ้นตามมาก็คือจะปรากฏมีนักกฎหมายที่สนใจใฝ่รู้และทำการค้นคว้าศึกษาในกฎหมายเฉพาะสาขานั้น ๆ จนเรียกได้ว่าเป็น “ผู้เชี่ยวชาญ” กฎหมายของสาขานั้น ในที่สุด ในขณะที่เดียวกันนักกฎหมายเหล่านั้นเองก็จะเป็นผู้ไปพัฒนากฎหมายในสาขาหรือแผนกที่ตนมีความเชี่ยวชาญอยู่ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นต่อไป และปรากฏเป็นวัฏจักรเช่นนี้อยู่เรื่อยไป

หากเราพิจารณาการจำแนกสาขาของกฎหมายโดยอาศัยเกณฑ์ทางพื้นที่ในการบังคับใช้กฎหมายเป็นหลัก ก็จะพบว่ามียุทธศาสตร์อยู่สองประเภท กล่าวคือ

ประเภทแรกนั้น เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะภายในรัฐหนึ่งรัฐใดเท่านั้น เป็นกฎหมายที่มุ่งก่อนิติสัมพันธ์เฉพาะกับบรรดาประชาชนในรัฐนั้น ๆ เท่านั้น เป็นกฎหมายที่มีที่มา มีองค์กรผู้บังคับใช้ มีระบบการลงโทษ ที่เกี่ยวพันเฉพาะกับรัฐนั้น ๆ เท่านั้น เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกิจการหรืองานภายในรัฐเท่านั้น ไม่ได้ก้าวล่วงไปเกี่ยวข้องกับรัฐอื่น ๆ แต่ประการใด เราเรียกกฎหมายประเภทนี้ว่า “กฎหมายภายใน”

ประเภทที่สอง เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างรัฐกับรัฐ มุ่งก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหนึ่งกับรัฐอื่น ๆ เพียงรัฐเดียวหรือหลายรัฐก็ตามที หรือจะเป็นการก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างคนสัญชาติหนึ่งกับคนสัญชาติอื่น ๆ ก็ได้ กฎหมายประเภทนี้เรียกว่า “กฎหมายระหว่างประเทศ” ซึ่งพอจำแนกออกได้เป็น “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง” ที่มุ่งกำหนดกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ (ประเทศ) เป็นสำคัญ เช่น สนธิสัญญา ข้อตกลงระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป เป็นต้น จากลักษณะดังกล่าวของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองนี้เอง ทำให้กล่าวได้ว่ากฎหมายนี้เอง มีความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้ เมื่อเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศอีกแผนกหนึ่ง ที่เรียกว่า “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” ด้วยว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้น เป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน เพียงแต่เอกชนดังกล่าวมีสัญชาติเดียวกัน หรือแม้เป็นคนชาติเดียวกัน แต่สถานที่ที่ก่อนิติสัมพันธ์กันนั้นตั้งอยู่ในต่างประเทศ ปัญหาที่ตามมาคือ (1) จะนำบทบัญญัติกฎหมายของคนชาติใดหรือรัฐใดมาใช้บังคับในการก่อหรือเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ระหว่างคนที่มีสัญชาติต่างกัน เช่น การแต่งงานกันระหว่างคนสัญชาติฝรั่งเศสกับคนสัญชาติอิตาลี เป็นต้น หรือ (2) ปัญหาที่ว่าจะนำกฎหมายของรัฐใดมาใช้บังคับใช้ในกรณีที่คนสัญชาติหนึ่งไปก่อความผิดหรือความเสียหายในรัฐอื่น ที่มีรัฐที่ตนมีสัญชาติอยู่ เช่น นาย ก ชายสัญชาติไทยไปขับรถชนนาย ค

ที่ถนนสายหนึ่งในสหพันธรัฐสวิส เป็นต้น หรือ (3) ปัญหาเกี่ยวกับการถือครองสิทธิของบุคคลสัญชาติหนึ่ง สัญชาติใดในรัฐที่ตนไม่ได้มีสัญชาตินั้นอยู่เลย เช่น คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในประเทศไทยได้หรือไม่ อย่างไร คนต่างด้าวจะประกอบอาชีพเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในรัฐที่ตนไม่ได้ถือสัญชาตินั้นได้หรือไม่ อย่างไร คนต่างด้าวจะมีสิทธิประกันสังคมหรือไม่ อย่างไร เป็นต้น

อนึ่ง ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่ว่า “กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” นั้น มีความเป็นกฎหมายภายในยิ่งกว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เพราะวาระครั้นเมื่อได้ข้อยุติแล้วว่าจะใช้กฎหมายของรัฐใดเข้าบังคับในกรณีปัญหาต่าง ๆ ข้างต้น การนำกฎหมายของรัฐนั้นมาบังคับใช้ในขั้นตอนต่อมา ก็จะมีลักษณะและรูปแบบไม่ต่างอะไรไปจากการบังคับใช้กฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ เลย เช่น หากได้ข้อยุติว่าการสมรสระหว่างชายสัญชาติฝรั่งเศสกับหญิงสัญชาติไทยนั้นให้นำกฎหมายไทยมาใช้บังคับ ไม่ตั้งการบังคับใช้กฎหมาย (ไทย) ในกรณีดังกล่าว รูปแบบกระบวนการก็ไม่ได้แตกต่างเป็นพิเศษไปกว่าการสมรสระหว่างชายสัญชาติไทยกับหญิงสัญชาติไทยแต่อย่างใดเลย

ในอีกทางหนึ่ง กฎหมายยังสามารถถูกจำแนกสาขาได้โดยการวางอยู่บนพื้นฐานความแตกต่างของตัวบทกฎหมายที่มีอยู่มากมาย การแบ่งกฎหมายตามวิธีนี้ ทำให้พบว่ากฎหมายนั้น มีทั้งภาคที่เกี่ยวกับ “เอกชน” และภาคที่เกี่ยวกับ “มหาชน” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ แบ่งออกเป็น “กฎหมายเอกชน” กับ “กฎหมายมหาชน” นั่นเอง

แนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนที่เก่าแก่ ก็คือ ทฤษฎีผลประโยชน์ ตามแนวคิดของ **Ulpianus** นักกฎหมายชาวโรมัน ตามปรากฏอยู่ใน **Corpus Juris Civilis** ของพระเจ้า **Justinien** โดยพิจารณาว่า กฎหมายเอกชนเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อการคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชน (**individuum**) ในขณะที่กฎหมายมหาชนเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อสนองต่อการรักษาประโยชน์ของรัฐ หรือประโยชน์ส่วนรวม [สาธารณะ] เป็นสำคัญ

นอกจากนี้ การแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นสองสาขาดังกล่าวยังเป็นไปได้ตามทฤษฎีความสัมพันธ์ อีกด้วย กล่าวคือ กฎหมายมหาชนนั้น เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยตนเอง

ทฤษฎีความมีอำนาจเหนือ ก็เป็นอีกทฤษฎีหนึ่งที่พยายามจะอธิบายการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน โดยทฤษฎีนี้อธิบายว่า กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีฐานะและสิทธิเท่าเทียมกัน (ในทางกฎหมาย) ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือตามกฎหมายเอกชนก็ตาม สำหรับกฎหมายมหาชนจะเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ของบุคคลในลักษณะที่ไม่เท่าเทียมกัน ที่มีการบังคับบัญชาระหว่างผู้มีอำนาจเหนือกับผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชา

ทฤษฎีตัวการในกฎหมาย แยกขอบเขตของกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน โดยพิจารณาที่ตัวบุคคล ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิหรืออำนาจ กล่าวคือ กฎหมายมหาชนกำหนดความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย โดยมีรัฐเป็นผู้มีส่วนร่วมในความสัมพันธ์นั้น ในฐานะตัวการในกฎหมาย (ผู้ทรงสิทธิหรือ

อำนาจ) ในทุก ๆ กรณี ในทางกลับกัน กฎหมายเอกชน จะกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่รัฐไม่จำเป็นต้องเข้าไปมีส่วนในความสัมพันธ์นั้น แต่อย่างไร

นอกจากนี้ ยังมีทฤษฎีอำนาจหน้าที่ ที่พยายามแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน โดยพิจารณาที่การบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น จะต้องอาศัยอำนาจหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจองค์กรใด เป็นสำคัญ หากอาศัยอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็จะเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน แต่หากอาศัยอำนาจบังคับทางศาล ก็จะเป็นกฎหมายเอกชน

อย่างไรก็ตาม การอธิบายถึงการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน โดยอาศัยทฤษฎีต่าง ๆ ตามกล่าวข้างต้น โดยยึดทฤษฎีหนึ่งทฤษฎีใดแต่เพียงทฤษฎีเดียวนั้น พยายามซึ่งความบกพร่องอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ ยกตัวอย่าง เช่น ข้อบกพร่องของทฤษฎีผลประโยชน์ที่ได้มาจากการต่าง ๆ ทางกฎหมายนั้น มักถูกสร้างขึ้นมาสอดส่องความต้องการทั้งของเอกชนและมหาชนในเวลาเดียวกันอยู่เสมอ เป็นต้น หรือความบกพร่องของทฤษฎีความมีอำนาจเหนือ ที่ปรากฏว่าในบางกรณีของกฎหมายมหาชนก็เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกัน เช่น ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐจะอยู่ในลักษณะเสมอภาคกัน หรือตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เหมือนกัน ที่ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐนั้น ก็เป็นไปฐานะที่เท่าเทียมกัน เป็นต้น

จากข้างต้น การพิจารณาแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน จึงควรดำเนินไปโดยอาศัยบรรดาทฤษฎีต่าง ๆ ประกอบกัน กล่าวคือ 1) พิจารณาประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งประสงค์ จะคุ้มครอง โดยหากกฎหมายใดมุ่งคุ้มครองประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนแต่ละคน กฎหมายนั้นก็เป็นกฎหมายเอกชน แต่หากกฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน กฎหมายดังกล่าวก็ควรจัดเป็นกฎหมายมหาชน 2) พิจารณาบุคคลหรือตัวการในกฎหมาย ซึ่งเป็นการดูถึงคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่กฎหมายกำหนด (ผู้ทรงสิทธิฝ่ายหนึ่งและผู้มีหน้าที่อีกฝ่ายหนึ่ง) โดยหากเป็นเรื่องการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน และระหว่างองค์กรของรัฐกับเอกชน ก็เป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน แต่หากเป็นการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ก็เป็นกฎหมายเอกชน 3) พิจารณาจากสถานะของบุคคลหรือคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ โดยกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีสถานะเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยสามารถแสดงเจตนาของตนกำหนดหน้าที่ให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามได้ โดยอีกฝ่ายไม่ต้องตกลงยินยอมด้วย กรณีเช่นนี้จะเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน แต่หากกฎหมายนั้นกำหนดให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีสถานะเท่าเทียมกัน นิติสัมพันธ์ก็จะเกิดมาจากการตกลงพร้อมใจกันทั้งสองฝ่าย อันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายเอกชน

กฎหมายมหาชน จึงได้แก่บรรดากฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง หรือกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐกับเอกชนในฐานะที่องค์กรของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน เป็นสำคัญ

(2) สาขาต่าง ๆ ของกฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชนนั้น สามารถจำแนกแยกแยะออกได้เป็นอีกหลากหลายสาขาด้วยกัน กล่าวคือ

1) กฎหมายรัฐธรรมนูญ (Droit constitutionnel) เป็นกฎหมายที่กำหนดคกฏเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบของรัฐ (Forme de l'État) รูปแบบการปกครอง (Forme de gouvernement) และสถาปนาวรรคองค์กรทางการเมือง (les autorités politiques) อันเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐ ที่ตัดสินใจและกำหนดความเป็นอยู่เป็นไปหรือชะตาชีวิตของประเทศ (การตัดสินใจทางการเมือง) ตลอดจนบรรดองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยกฎหมายรัฐธรรมนูญจะกำหนดสถานะ การได้มา และอำนาจหน้าที่ของบรรดองค์กรทางการเมือง ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเหล่านั้นด้วยตนเอง อันได้แก่ องค์กรฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล (les gouvernants) องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา (le Parlement) นอกจากนี้ กฎหมายรัฐธรรมนูญยังอาจรวมสาระไปถึง “องค์กรตุลาการ” (les organes juridictionnels) อันเป็นองค์กรตรวจสอบการกระทำของบรรดองค์กรทางการเมือง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะปรากฏมาในรูปของศาลรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลสูง ก็ตาม

2) กฎหมายการคลังและภาษีอากร (Droit financier) ได้แก่ กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (ในลำดับใดก็ตาม) ที่กำหนดเกี่ยวกับการคลัง งบประมาณ และภาษีอากรของประเทศ เป็นสำคัญ ด้วยว่ารัฐทุกรัฐจะดำรงอยู่ได้โดยปกติสุข ทางหนึ่งนั้น ก็จำเป็นต้องมีเงินตราในปริมาณที่สูงเพียงพอ กับความต้องการของรัฐนั้น ๆ ความต้องการที่ว่าพึงได้แก่ การจ่ายเงินเดือนเจ้าหน้าที่ของรัฐ การรักษาอาคารสถานที่ราชการ ถนนหนทาง การรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน การทหาร การศาล และกระบวนการยุติธรรมทั้งหมด เป็นต้น ความต้องการทั้งหมดนี้จะเกิดขึ้นมาได้โดยสมบูรณ์ก็ด้วยอาศัยการหารายได้และ/หรือสร้างรายจ่ายต่าง ๆ ที่เรียกว่า “การคลัง (สาธารณะ)” เป็นสำคัญ วิธีการที่ว่าพึงได้แก่ การที่รัฐจัดหารายได้มาจากประชาชนทั้งในรูปภาษีอากร หรือการกู้ยืม เป็นอาทิ ด้วยเทคนิควิธีการที่มีลักษณะเฉพาะของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวนี้เอง ที่ทำให้สามารถแยกกฎหมายเกี่ยวกับการนี้ออกมาทำการศึกษาได้อีกเป็นสาขาหนึ่งต่างหาก จากกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง

กระนั้นก็ตาม หากพิจารณาในเนื้อหาโดยถ้วนถี่จะพบว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวนี้ จะปรากฏพบได้จากทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง เช่น บทบาทของรัฐบาลและของรัฐสภาในการเสนองบ การพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี พ.ศ. ... การกำหนดประเภทภาษีและอากร ก็เป็นกรณีศึกษาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (ที่เกี่ยวกับการคลังและภาษีอากร) ในขณะที่หากทำการศึกษาถึงกรณีการจัดเก็บภาษี การคำนวณภาษี โดยเจ้าหน้าที่สรรพากร (หรือเจ้าหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้อง) การตรวจสอบควบคุม (บัญชี) การใช้จ่ายงบประมาณ (โดยศาล [คณะกรรมการ] ตรวจสอบเงินแผ่นดิน) ต่างก็ตกอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง (เกี่ยวกับการคลังและภาษีอากร) เป็นสำคัญ

3) กฎหมายปกครอง (Droit administratif) เป็นกฎหมายที่กำหนดคกฏเกณฑ์ว่าด้วยการก่อตั้ง และการบริหารจัดการบรรดองค์กรฝ่ายปกครอง (โครงสร้างของบรรดองค์กรฝ่ายปกครอง) อันได้แก่ รัฐ (ในฐานะองค์กรฝ่ายปกครองปฐมภูมิ) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น ตลอดจนกำหนดคกฏเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการบริการสาธารณะ (การดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง) กับทั้งกำหนดคกฏเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบรรดองค์กรฝ่ายปกครองกับเอกชน

อนึ่ง การแบ่งแยกลักษณะกฎหมายมหาชนให้เป็นกฎหมายปกครองก็ดี เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ดี นั้น หากได้มีความสำคัญอย่างมากมายเท่าใดนัก การจำแนกนี้เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการศึกษาหรือทางวิชาการเป็นสำคัญ สำหรับประโยชน์ในทางปฏิบัติ เช่น กฎหมายปกครองจะนำมาใช้กับกรณีพิพาท (คดี) ชนิดใด กฎหมายรัฐธรรมนูญก็เกี่ยวกับคดีประเภทใด หรือคดีพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญจะต้องวิธีพิจารณาเช่นใด แตกต่างกันหรือไม่กับคดีพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เป็นต้น นั้น ไม่เพียงมีมากมายนัก สารระที่ควรให้ความสนใจนั้น อยู่ที่ว่าคดีพิพาทนั้น ๆ เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนหรือไม่ เป็นสำคัญ เพราะหากไม่ใช่คดีพิพาทนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้ปริมณฑลของกฎหมายเอกชนไปในที่สุด เนื่องจากว่าคดีตามกฎหมายมหาชนและคดีตามกฎหมายเอกชนนั้นมีความแตกต่างกันอยู่หลายประการในสาระสำคัญเลยทีเดียว เช่น วิธีพิจารณาความ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา เป็นต้น

นอกจากนี้ กฎหมายมหาชน ยังอาจหมายถึงไปถึง กฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดและจัดระบบระเบียบเกี่ยวกับสิทธิของสังคม (หรือจะเรียกว่ารัฐก็ได้) ในการลงโทษผู้ที่มีความชั่วและได้กระทำความผิด อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม (ซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิก อันได้แก่บรรดาปัจเจกชนทั้งหลาย) กับทั้งยังกำหนดกฎเกณฑ์การใช้สิทธิในการลงโทษดังกล่าวในนามของสังคม โดยองค์กรที่ถูกกำหนดขึ้นภายใต้กรอบของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กระนั้นก็ตาม หากพิจารณาต่อไปจะพบว่ากฎหมายอาญานั้น มีจุดเกาะเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนอยู่เหมือนกัน กล่าวคือ กฎหมายอาญามุ่งปกป้องและคุ้มครองชีวิต ร่างกาย และชื่อเสียง ตลอดจนกรรมสิทธิ์ของปัจเจกชนแต่ละคน เป็นสำคัญ และจากเจตนารมณ์เช่นนี้เอง ทำให้กฎหมายอาญามีลักษณะเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการลงโทษในกฎหมายเอกชน จากการนี้การจัดให้กฎหมายอาญาเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชนนั้น จึงเป็นเรื่องที่ยังไม่อาจยอมรับได้โดยคุณ

(3) ลักษณะพิเศษของกฎหมายปกครอง

หากพิจารณากฎหมายปกครอง โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายเอกชน อันกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายทั่วไปที่ถูกใช้บังคับในสังคมแล้ว จะพบว่ากฎหมายปกครองนั้น มีคุณลักษณะแตกต่างจากกฎหมายเอกชนอย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่โดยสภาพแล้วจะก่อความไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้บังคับใช้ ซึ่งได้แก่ ฝ่ายปกครอง (Administration) กับผู้ถูกบังคับใช้ (Administré) อันได้แก่ ประชาชน เป็นสำคัญ ด้วยเหตุปัจจัยที่ว่าฝ่ายปกครองนั้น กระทำการใด ๆ ก็เพื่อประโยชน์สาธารณะ (ส่วนรวม) ซึ่งในการดำเนินการเพื่อ ไปให้ถึงเป้าหมายดังกล่าว อาจจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชนบ้างไม่มากก็น้อย การดำเนินการเช่นว่านั้นก็มักจะเป็นการบังคับการต่อประชาชน โดยลับล้นทันใด หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “อำนาจเหนือ” โดยอำนาจเหนือที่ว่านี้มีฐานที่มาจากบทบัญญัติกฎหมาย ไม่ว่าจะกลายเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตามที โดยนัยนี้ อำนาจดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “อำนาจมหาชน” (la puissance publique) ทั้งนี้ ก็เนื่องจากว่า หากเป็นอำนาจที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมูลฐานแล้วก็จะจะเป็นกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติที่ถูกตราขึ้นมาโดยมติร่วมกันของผู้แทนปวงชนแห่งรัฐนั้น ๆ ทั้งนี้ ภายใต้สมมติฐานที่ว่าเจตนาของผู้แทนปวงชนก็ถือเสมือนเป็นเจตนาของ (มหา) ชนในรัฐนั้นนั่นเอง ในขณะที่หากอำนาจนั้น มีที่มาจากแหล่งอื่น ๆ ที่มีได้เป็น

ลายลักษณ์อักษร อำนาจนั้นจะมีผลบังคับและคงอยู่ได้ก็ต่อเมื่อ (มหา) ชนในรัฐนั้น ๆ ต่างแสดงออกที่จะยอมรับและยอมตนเข้าอยู่ภายใต้อำนาจบังคับการดังกล่าว ทั้งนี้ที่อำนาจดังกล่าวนั้น ไม่ได้มีที่มาจากตราเป็นลายลักษณ์อักษรผ่านทางผู้แทนของตนแต่ประการใด

จากข้างต้น พอยกตัวอย่างให้เห็นถึงคุณลักษณะที่แตกต่างกันของกฎหมายปกครองกับกฎหมายเอกชนได้ ดังนี้

ตัวอย่างที่ 1 เอกชนคนหนึ่งเป็นลูกหนี้ในหนี้เงินกับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หากหนี้เงินมีมูลหนี้มาจากภาษีอากร บุคคลอันเป็นเจ้าหนี้พึงได้แก่ รัฐ (ฝ่ายปกครอง) ในขณะที่เดียวกันกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะใช้บังคับชำระหนี้ก็จะเข้าไปตามประมวลรัษฎากร ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการในกิจการเกี่ยวกับการจัดเก็บรายได้ของรัฐจากประชาชน (กฎหมายปกครอง) อันได้เพื่อนำไปดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ให้ได้มาซึ่งประโยชน์สาธารณะในที่สุด เป็นสำคัญ ในอีกทางหนึ่ง เจ้าหนี้เงินดังกล่าวมีเจ้าหนี้เป็นเอกชนคนหนึ่งคนใด การบังคับชำระหนี้ นั้น โดยสภาพก็จะเข้าไปเพื่อประโยชน์ส่วนตนของเจ้าหนี้นั้นเท่านั้น (มหา) ชนของรัฐ ที่เจ้าหนี้นั้นเป็นสมาชิกอยู่ด้วย ก็ไม่ได้รับประโยชน์อันใดจากการบังคับชำระหนี้ดังกล่าวเลย ในการนี้ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาบังคับชำระหนี้ นี้ ก็จะเข้าไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนี้ เป็นสำคัญ ตัวอย่างกฎหมายแพ่ง (กฎหมายเอกชน) เป็นกฎหมายที่มุ่งประสงค์คุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนระหว่างกันเป็นสำคัญ

ตัวอย่างที่ 2 บรรดาพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ (กฎหมายปกครอง) มักให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการบังคับให้ออกชนจำต้องโอนที่ดินที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์มาให้แก่รัฐ (บังคับซื้อ โดยจ่ายเงินค่าทดแทน) อันนี้ ภายใต้เงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนด โดยเหตุที่เป็นไปเช่นนั้น ก็เพราะว่ารัฐ (ฝ่ายปกครอง) จำต้องมีอำนาจในการแทรกแซงหรือบังคับการกับเอกชนเพื่อให้ประโยชน์สาธารณะที่ตนมีหน้าที่เป็นผู้ดูแลและจัดการสามารถเกิดขึ้นมาได้จริงและเป็นรูปธรรม เช่น การเวนคืนที่ดินของเอกชนเพื่อไปก่อสร้างหรือขยายถนน อนึ่ง หากสังเกตจะพบว่าเราไม่สามารถพบมาตรการเช่นนี้ได้ ในกฎหมายเอกชน กล่าวคือเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่อาจถูกบังคับให้ต้องขายที่ดินของตนแก่เอกชนคนหนึ่งคนใดได้ ด้วยว่าการซื้อขายแลกเปลี่ยนตามกฎหมายเอกชนนั้น พึงเป็นไปได้ก็แต่โดยใจสมัครเท่านั้น ในขณะที่เดียวกันการที่เอกชนคนหนึ่งไปซื้อที่ดินของเอกชนรายหนึ่งรายใดมานั้น โดยปกติก็เป็นไปแต่เพียงเพื่อประโยชน์ส่วนตนโดยแท้เท่านั้น ไม่ได้ซื้อไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมแต่ประการใด

ดังนั้น จึงพอกกล่าวโดยสรุปได้ว่า “กฎหมายปกครอง” คือ กฎหมายมหาชนสาขาหนึ่ง ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ

(ก) การบริหารและจัดการบรรดาการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองและของนิติบุคคลอื่น ๆ ที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายปกครองเพื่อจัดการและบริหารงานต่าง ๆ ในทางปกครอง

(ข) อำนาจและสิทธิต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองในการดำเนินบรรดางานบริการสาธารณะต่าง ๆ และ

(ค) การใช้อำนาจและสิทธิของฝ่ายปกครองในการสั่งการหรือการปฏิบัติการตามคำสั่งของตน อันก่อผลกระทบต่อส่วนได้เสียของบุคคลอื่น ๆ ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องขออนุมัติหรืออนุญาตจากองค์กรตุลาการใด ๆ ก่อน และผลของการใช้อำนาจและสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้ ซึ่งอาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ในที่สุด

จากข้างต้น กฎหมายปกครองจึงเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงการใช้และการควบคุมการใช้ อำนาจมหาชน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือการใช้และการควบคุมการใช้ บรรดามาตรการ กระบวนการและวิธีการ ต่าง ๆ เพื่อจัดทํา บริการสาธารณะ ต่าง ๆ ให้สำเร็จเสร็จสิ้นเป็นจริงขึ้นมา โดยนัยนี้ บริการสาธารณะ จึงได้แก่งานที่ฝ่ายปกครองมุ่งประสงค์ที่จะกระทำให้สำเร็จเสร็จสิ้นเป็นรูปธรรมหรือเป็นจริงขึ้นมา ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมในที่สุด ในทางเดียวกัน หากพิจารณาถึงสิ่งที่พบว่ายามคั่งวานี้ก็คือ คุณลักษณะหรือลักษณะพิเศษของกฎหมายปกครอง ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

กิจกรรม 1.1.1

กฎหมายปกครองคืออะไร

แนวตอบกิจกรรม 1.1.1

กฎหมายปกครอง คือ กฎหมายมหาชนสาขาหนึ่ง ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

(ก) การบริหารและจัดการบรรดาองค์กระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองและของนิติบุคคลอื่น ๆ ที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายปกครองเพื่อจัดการและบริหารงานต่าง ๆ ในทางปกครอง

(ข) อำนาจและหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดำเนินบรรดางานบริการสาธารณะต่าง ๆ และ

(ค) การใช้อำนาจและหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการสั่งการหรือการปฏิบัติการตามคำสั่งของตน อันก่อผลกระทบต่อส่วนได้เสียของบุคคลอื่น ๆ ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องขออนุมัติหรืออนุญาตจากองค์กรตุลาการใด ๆ ก่อน กระนั้นก็ตาม ผลของการใช้อำนาจต่าง ๆ เหล่านี้ อาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ในที่สุด

เรื่องที่ 1.1.2

บ่อเกิดของกฎหมายปกครอง

กฎหมายปกครองมีที่มาหรือถูกสร้างสรรค์ขึ้นมาจากแหล่งต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายลายลักษณ์อักษร

ที่มาประเภทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ พึงประกอบไปด้วยรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติต่าง ๆ รวมตลอดจนบรรดากฎต่าง ๆ กล่าวคือ

ก) รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายรากฐานและสูงสุดของทางประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย กระนั้นก็ตาม สำหรับประเทศที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษ รัฐธรรมนูญจะประกอบไปด้วยทั้งบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรและทั้งที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น จะปรากฏอยู่ในบรรดาพระราชบัญญัติต่าง ๆ ในขณะที่หลักการที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรจะพบได้ในธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญนั้น ถูกสถาปนาขึ้นมาด้วยเจตนารมณ์ 3 ประการด้วยกัน กล่าวคือ กำหนดองค์กรใช้อำนาจ (อธิปไตย) รัฐ อันได้แก่องค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เป็นประการแรก ประการต่อมา มุ่งแบ่งแยกอำนาจของการใช้อำนาจรัฐทั้งสาม และเพื่อรับรองคุ้มครองการใช้สิทธิและการแสดงออกซึ่งเสรีภาพของประชาชนของรัฐนั้น ๆ เป็นประการสุดท้าย

จากข้างต้น ความที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นกฎหมายรากฐานของประเทศ รวมตลอดจนเจตนารมณ์แห่งการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ประการดังกล่าวมาแล้ว เป็นเหตุบังเอิญให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดปทัสฐานทางกฎหมาย (la norme juridique) สูงสุด ที่รัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) ต้องเคารพและตราพระราชบัญญัติให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเสมอ ในทางเดียวกัน ครั้นเมื่อรัฐบาลที่ดี ฝ่ายปกครองที่ดี จะบังคับใช้พระราชบัญญัติ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ก็พึงต้องดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อบังคับใช้พระราชบัญญัตินั้น โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

ข) พระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติ คือผลผลิตของการแสดงออกซึ่งเจตนาทางการเมืองการปกครองของประชาชนในรัฐผ่านทางผู้แทนของตนที่ได้รับเลือกตั้งมา โดยนัยนี้ พระราชบัญญัติจึงเป็นที่มาของอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร และบรรดาองค์กรฝ่ายปกครองต่าง ๆ ที่ปรากฏออกมาในหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นกฎก็ดี คำสั่งก็ดี รวมตลอดไปถึงปฏิบัติการทางปกครองด้วยเช่นกัน

ค) กฎ

กฎนั้น กล่าวได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครองที่มุ่งบังคับเป็นการทั่วไป กฎเป็นปทัสถานอันสำคัญที่คณะรัฐมนตรีก็ดี รัฐมนตรีก็ดี – ฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง – รวมตลอดจนองค์กรฝ่ายปกครองอื่น ๆ ได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจซึ่งได้รับมาจากพระราชบัญญัติเพื่อทำให้การบังคับตามพระราชบัญญัตินั้น ปรากฏเป็นรูปธรรมขึ้นมาในที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เพื่อเป็นเครื่องมืออันขาดมิได้สำหรับการบริหารจัดการสังคมให้สงบเรียบร้อยและสร้างความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชน ในฐานะสมาชิกของสังคม เป็นสำคัญ

2. จารีตประเพณี

ปัญหาที่ควรพิจารณาสำหรับจารีตประเพณี ในฐานะที่มาของกฎหมายปกครอง ก็คือ จารีตประเพณีนั้น โดยสภาพแล้วเป็นที่มาของกฎหมายปกครองจริงหรือไม่

ความคิดที่ว่าจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายปกครองและหากฝ่ายปกครองก่อนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) โดยละเมิดต่อจารีตประเพณี นิติกรรมทางปกครองนั้น ก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมายในที่สุด นั้น ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นนี้ยังเป็นที่ถกเถียงกันมากในหมู่นักกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ยกตัวอย่าง เช่น ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ (le professeur de Laubadère) พยายามเรียกร้องให้จารีตประเพณีมีสถานะเป็นที่มาของกฎหมายปกครอง เฉกเช่นที่เป็นที่มาของกฎหมายในสาขาอื่น ๆ โดยยกตัวอย่างกรณีช่วงก่อนหน้าที่คำประกาศสิทธิของมนุษย์และของราษฎร ปี ค.ศ. 1789 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) จะได้รับการยอมรับให้มามีค่าบังคับเฉกเช่นกฎหมาย (valeur juridique) นั้น สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งก็ได้ยอมรับที่จะรับรองและคุ้มครองหลักการต่าง ๆ ในคำประกาศดังกล่าวในฐานะของหลักการของจารีตประเพณี ในขณะเดียวกัน ก็ยังรับรองต่อไปว่าบรรดานิติกรรมทางปกครองใดที่ถูกกระทำขึ้นนอกเขตต่อแนวปฏิบัติที่ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติมาเป็นปกติเรื่อยมา อันมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีนั้น ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่ว่าฝ่ายปกครองจะแสดงเจตนาให้ปรากฏอย่างชัดแจ้งในนิติกรรมทางปกครองนั้น ว่าตนมุ่งประสงค์จะไม่ดำเนินการตามจารีตประเพณีนั้นแล้ว (C.E. 2 août 1987, **Giraud**, Leb. p. 803 ; C.E. 3 déc. 1920, **Duquesnoy**, Leb. p. 1034 ; C.E. 21 mai 1920, **Jacquot**, Leb. p. 543)

กระนั้นก็ตาม ศาสตราจารย์ ออบี และศาสตราจารย์ ดรากโก (MM. Auby et Drago) ได้โต้แย้งและวิพากษ์การวิเคราะห์และแนวคิดดังกล่าวข้างต้น กับทั้งไม่ยอมรับว่าจารีตประเพณีสามารถเป็นที่มาของกฎหมายปกครองได้ (**Traité de contentieux administratif**, Tome II, n° 1202, p. 354 et s.)

สำหรับประเทศไทยนั้น หากสังเกตจะพบว่าจารีตประเพณีก็ได้เข้ามามีบทบาทเช่นกัน ในกฎหมายปกครอง เช่น การออกกฎกระทรวงนั้น องค์กรผู้มีอำนาจในการตราพืงได้แก่ รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่ตามแนวทางปฏิบัติที่รับกันมาจนกล่าวได้ว่าเป็นจารีตประเพณีไปแล้วนั้น รัฐมนตรีผู้มีอำนาจจะนำร่างกฎกระทรวงเข้าเสนอต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเสมอ ทั้งนี้ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติในกรณีดังกล่าวไว้เลย

3. หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง¹

จากการแบ่งแยกการใช้อำนาจรัฐและองค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ โดยองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติจะเป็นผู้กำหนดกฎหมายพื้นฐานในการจัดการด้านต่าง ๆ ของรัฐ รวมถึงลดจนการกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิและหน้าที่ของประชาชน ในฐานะสมาชิกของสังคมนั้น ในขณะที่องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร – ไม่ว่าจะเป็นรัฐบาลหรือฝ่ายปกครองก็ตาม – จะเป็นผู้นำบทบัญญัติดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัติมาบังคับใช้เพื่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ และองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการจะเป็นองค์กรที่นำบทบัญญัติดังกล่าวที่ถูกรื้อฟื้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติมาปรับใช้กับคดีพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้คดีนั้น ๆ เป็นที่ยุติต่อไป

จากข้อความคิด (Concept) ข้างต้น จะพบว่าในการปรับบทกฎหมาย – ซึ่งเป็นผลงานที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ผลิตขึ้น – เพื่อวินิจฉัยคดีใดคดีหนึ่งให้เป็นที่ยุติขึ้น ตุลาการอาจต้องสร้างหลักกฎหมายทั่วไป (Principes généraux du droit) ขึ้นมา

มูลเหตุที่ทำให้ศาลปกครองต้องสร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการพิพากษาคดีในคราวนั้น ก็เพราะว่าแม้จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายก็ตามที่แต่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าวก็ใช้ว่าจะสมบูรณ์ครบถ้วนจนศาลสามารถนำมาปรับใช้ได้กับทุกคดี ในการนี้ ต้องเข้าใจว่าศาลมีหน้าที่ในการยุติข้อพิพาท (คดี) ดังนั้น ศาลจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหาและมีเครื่องมือในการปฏิบัติหน้าที่นี้ ด้วยเหตุนี้ หากปรากฏว่าเครื่องมือดังกล่าวไม่สมบูรณ์หรือขาดหายไป ศาลก็จำเป็นต้องสร้างเครื่องมือที่ขึ้นมาด้วยตนเองเพื่อให้การทำงานของตนสามารถดำเนินต่อไปได้ และด้วยความที่ศาลเป็นองค์กรพิทักษ์ความยุติธรรม กฎเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้นมาเพื่อใช้ในการตัดสินคดีนั้น ศาลก็จะสร้างมาจากฐานของหลักความยุติธรรม (la règle équitable) เป็นสำคัญ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่าศาลสกัด (dégager) หลักกฎหมายทั่วไปที่ซ่อนอยู่ในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง² โดยนัยนี้จึงหมายความว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกสร้างโดยศาลปกครองผ่านคำพิพากษาของตน โดยมีฐานมาจากหลักความยุติธรรมนั้น จริง ๆ แล้วหลักกฎหมายดังกล่าวมีอยู่แล้ว ศาลปกครองเพียงแต่นำมาอธิบาย

¹ โปรดดูรายละเอียดยุติใน Jean-Pierre THÉRON “การบรรยายเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ” (ถอดความและเรียบเรียงโดย เจดน์ สดาวาสิตพร) วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 มกราคม – เมษายน 2549 หน้า 53-71 ; Jean-Pierre THÉRON “การบรรยายเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป: เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป” (แปลและเรียบเรียงโดย สุคนธา ศรีภิรมย์) วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 มกราคม – เมษายน 2549 หน้า 72-79 ; Jean-Pierre THÉRON “การบรรยายเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป: สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในลำดับชั้นของกฎหมาย” (แปลและเรียบเรียงโดย บุษผา อัครพิมาน) วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 มกราคม – เมษายน 2549 หน้า 81-92

² Marcel Waline « Le pouvoir normatif de la jurisprudence » Mélange Georges Scelle p. 613 ; André de Laubadère **Traité élémentaire de droit administratif Tome 1** Paris L.G.D.J. 1967 p. 259 ; Gilles Lebreton **Droit administratif général** Paris Armand Colin 3^e édition 2004 p. 58-59

ให้กระจ่างชัดเจนในรูปแบบใหม่ กล่าวคือ ในรูปแบบของคำพิพากษา ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการรับรองและคุ้มครองบรรดาสิทธิของประชาชนเป็นสำคัญ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าหลักความยุติธรรมอันเป็นฐานของหลักกฎหมายทั่วไปนี้ จริง ๆ แล้วถูกซ่อนอยู่ในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในพระราชบัญญัติต่าง ๆ นั้นเอง และเมื่อศาลมุ่งหมายที่จะพิพากษาคดีใด โดยศาลเห็นว่าตนสามารถพิพากษาคดีนั้น ได้โดยอาศัยหลักการที่ซ่อนอยู่ในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลก็จะสกัดหลักกฎหมายที่ซ่อนอยู่นั้นออกมา โดยเรียกสิ่งนี้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ศาลปกครองยังเห็นต่อไปว่า ในสังคมหนึ่ง ๆ ยังมีหลักการต่าง ๆ ที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง นอกจากบรรดาตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร และบรรดาหลักการที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งนั้น ก็มีค่าเสมือนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายด้วยเช่นกัน

จากที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปตามกล่าวข้างต้น ประกอบกับการที่ศาลปกครองมีอิสระในการสร้างและอาศัยเครื่องมือที่เรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” อยู่เสมอ ๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง เมื่อตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีช่องว่างขึ้นมา ฟังกล่าวได้ว่าศาลปกครองนั้น เป็นผู้หนึ่งที่สร้างกฎหมายปกครองขึ้นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่มองหาลือเกินที่ผู้คนมักจะกล่าวว่า กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น เป็นกฎหมายที่มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลปกครอง

สำหรับวิธีการในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาลปกครองนั้น มีได้หลากหลายวิธีการด้วยกัน แต่กระนั้นก็ตาม ก็พอจะสรุปได้โดยรวมว่า วิธีการต่าง ๆ เหล่านั้น ต่างก็มีลักษณะร่วมกันตรงที่ต่างก็เป็น “วิธีการที่มุ่งผลสุดท้าย” (les méthodes finalistes) เป็นสำคัญ “ผลสุดท้าย” คืออะไร “ผลสุดท้าย” ก็คือ การที่ศาลปกครองค้นหาวิธีการใดวิธีการหนึ่ง เพื่อที่จะนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นที่ยุติ

นอกจากวิธีการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปตามปรากฏข้างต้น ศาลปกครองยังสามารถใช้เทคนิคอื่น ๆ อีกในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป อาทิเช่น การสร้างหลักกฎหมายทั่วไป โดยอาศัยการค้นหาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือจากเจตนารมณ์ของบรรดาบทบัญญัติกฎหมายหลายฉบับรวมกัน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การค้นหาจากตรรกะ (une logique générale) ของบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้นั่นเอง ซึ่งตรรกะดังกล่าวนี้จะเป็นตัวอธิบายและรับรองการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ได้ถูกสร้างขึ้นมาจากค้นหาจากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว เช่นกรณีของหลักการที่ผู้ชนพึงจะต้องได้รับการพิจารณาคดีในสองชั้นศาลเป็นอย่างน้อย (le principe du double degré de juridiction) เป็นต้น

อนึ่ง การเข้ามามีบทบาทในการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยศาลปกครองนั้น มีที่มาจากเหตุผลหลายประการประกอบกัน เหตุผลประการหนึ่งก็คือ แนวคิดเสรีนิยมได้วางหลักการที่สำคัญอยู่ประการหนึ่งว่า ประชาชนแต่ละคนจะต้องรู้กฎหมายที่จะถูกบังคับใช้กับตน หรือในทางตรงข้าม ก็คือการที่ “บุคคลพึงปฏิเสธไม่ได้ว่าตนไม่รู้กฎหมาย” (**Ignorantia legis non excusat. Nemo censetur ignorare legem.**) ข้อความคิดนี้สามารถตีความได้เป็น 2 นัยด้วยกัน คือ ประการแรก ประชาชนแต่ละคนต้องเคารพในกฎหมาย และประการที่สอง ประชาชนแต่ละคนพึงเรียกร้องสิทธิของตนได้ (เพราะตนนั้นรู้กฎหมาย

ที่กำหนดจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของตน) อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดนี้เป็นไปไม่ได้แล้วในยุคปัจจุบัน เพราะว่า ณ วันนี้ กฎหมายไม่ได้มีเสถียรภาพเช่นแต่ก่อนแล้ว ทุกวันนี้กฎหมายมีพัฒนาการไปอย่างมากมายและรวดเร็วยิ่งนัก กฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงบ่อยครั้งมาก และมีบทบัญญัติที่มากมาย (เหลือเกิน) จนประชาชนรับรู้ไม่ทัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีสำคัญในทางเศรษฐกิจและสังคม ที่มุ่งหมายในการคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนเป็นสำคัญ ก็มีการบัญญัติไว้มากมายหลายฉบับ ซึ่งการที่ถูกบัญญัติไว้ในหลายที่และถูกเปลี่ยนแปลงบ่อยนี้เอง ก็ได้สร้างปัญหาให้แก่ประชาชนผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายด้วยเช่นกัน จนผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายนั้น ขาดความมั่นใจในการดำรงชีวิตในสังคมไปเลยทีเดียว

จากข้างต้น ฟังเข้าใจได้ว่าเพราะเหตุใดกฎหมายถึงตกอยู่ในสถานะการณ์ที่ต้องเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอจนขาดเสถียรภาพในที่สุด เหตุก็ด้วยเพราะว่าสังคมมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอและเป็นปกติ ไม่ว่าจะในทางดีหรือไม่ดีก็ตาม ดังนั้น เมื่อสังคมเปลี่ยน ปัญหาต่างๆ ของสังคมก็พัฒนาเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาด้านการรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ทุกวันนี้เราไม่ได้ดำรงชีวิตอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับเมื่อในอดีต แนวคิดต่าง ๆ ที่ถูกสร้างขึ้นมาก่อนหน้านั้นจะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่กับยุคสมัยนี้ ก็จะยังเป็นเรื่องที่ต้องถูกนำมาพิจารณาทบทวนกันพอสมควร

สังคมเปลี่ยนไป บทกฎหมายพัฒนาไปตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ก็เป็นธรรมดาที่บทกฎหมายย่อมต้องมีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าในยุคอดีต ความซับซ้อนของบทกฎหมายนี้เองที่กล่าวได้ว่าเป็น “ช่องว่างของกฎหมาย” สำหรับยุคปัจจุบัน ไม่ใช่เพราะขาดตกบกพร่อง แต่เพราะมีเนื้อหา มากจนเกินไป ที่ทำให้กฎหมายไม่สมบูรณ์ เพราะในที่สุดกฎหมายที่ซับซ้อนนี้ก็ไม่สามารถถูกบังคับใช้ได้ อย่างมีประสิทธิภาพ ซ้ำร้ายยังอาจไปก่อให้เกิดเสียหายให้แก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกด้วยก็เป็นได้ จากเหตุผลนี้เอง ที่ได้มีการเรียกร้องให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครอง เข้ามามีบทบาทในการอุดช่องว่างตรงนี้ของกฎหมาย

อนึ่ง มีปัญหาอันควรพิจารณาต่อไปว่าหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองนั้น ประกอบไปด้วยหลักกฎหมายใดบ้าง ต่อกรณีปัญหาดังกล่าว ฟังยกมาเสนอเพียงสังเขปได้ดังนี้ หลักความเสมอภาค (le principe d'égalité)³ หลักเกี่ยวกับสิทธิในการรับฟังความทุกฝ่าย หรือบางครั้งเรียกว่า สิทธิในการต่อสู้ หรือกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง (les droits de la défense) – อันมีรากมาจากหลักการในกฎหมายโรมัน ที่เรียกว่า “Audi alterem partem” สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ในฐานะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้สร้างหลักนี้ขึ้นมาโดยผ่านคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1945 ในคดี CE Ass.26 octobre 1945 Aramu et autres อนึ่ง หลักการนี้ได้ถูกกล่าวอ้างบ่อยครั้งในกรณีการสอบสวนทางวินัยข้าราชการ (Mesure disciplinaire) – หลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการเข้าทำงานในภาครัฐ (le principe de l'égalité devant l'accès

³ CE Ass. 7 février 1958 Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie

aux emplois publics)⁴ หลักว่าด้วยสิทธิในการร้องเรียนหรือฟ้องคดี (le droit des recours) หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (les prérogatives de l'administration) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (le principe de continuité des services publics) หลักว่าด้วยการบังคับบัญชา (le principe hiérarchique) หลักว่าด้วยความเป็นอิสระ (le principe d'autonomie) เป็นต้น

ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไปก็คือ หลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีสถานะอย่างไรในลำดับชั้นของกฎหมาย

ต่อกรณีปัญหาดังกล่าว พึงพิจารณาได้ดังนี้ กล่าวคือควรแยกพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไปออกเป็นสองประเภท โดยประเภทแรกได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเหมือนเดิม หมายถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้รับการรับรองอีกครั้งหนึ่งจากศาลรัฐธรรมนูญให้มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ สิ่งที่ควรพิจารณาต่อไปก็คือ หลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้มีค่าบังคับระดับใด กรณีปัญหานี้พจนานุกรมอธิบายได้ว่าด้วยความที่ศาลปกครองต้องการกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับสูงกว่าสิ่งที่ศาลปกครองกำลังทำการตรวจสอบอยู่ ดังนั้นหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้ก็ควรมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของฝ่ายบริหารเท่านั้น พิจารณาอำนาจของศาลปกครองคือการตรวจสอบนิติกรรมของฝ่ายปกครองเท่านั้น จึงไม่มีประโยชน์อันใดเลยที่จะต้องเพิ่มค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปให้สูงขึ้น สำหรับประเภทที่สอง พึงได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลรัฐธรรมนูญให้การยอมรับ ซึ่งหากพิจารณาให้ดีจะพบว่ากรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญรับรองหลักกฎหมายทั่วไปใด ๆ หรือไม่นั้นหาได้ส่งผลใด ๆ ต่อศาลปกครองไม่ เพราะศาลปกครองไม่จำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญเพื่อนำมาเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารแต่อย่างใดเลย โดยนัยนี้ ศาลปกครองจึงมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีที่จะอ้างหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับในระดับใดก็ได้ เช่น ศาลปกครองอาจอ้างหลักกฎหมายในอนุภาคในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ หรืออ้างหลักความเสมอภาคที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญก็ได้ การอ้างเช่นนั้นก็ไม่ได้มีผลกระทบต่อกรณีวินิจฉัยคดีแต่อย่างใด ด้วยว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับในระดับปกติก็เพียงพอที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบว่านิติกรรมของปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว

4. คำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล

แนวคำพิพากษาของศาลได้แก่บรรดาคำพิพากษาของศาล (ปกครอง) ที่เกิดขึ้นมาเพื่อยุติข้อพิพาทต่าง ๆ อันเป็นคดีในศาลนั้น โดยบรรดาคำพิพากษาเหล่านั้น จะต้องเป็นคำพิพากษา “สำคัญ” (les grands arrêts) อันได้รับการยอมรับเป็นคำพิพากษาแม่บท ซึ่งโดยปกติจะเป็นคำพิพากษาของศาลสูงสุด เป็นคำสำคัญ ที่คดีอื่น ๆ ในระยะเวลาต่อมาภายหลัง อันมีประเด็นเนื้อหาแห่งคดีในลักษณะคล้ายหรือเหมือนกันกับคดีพิพาทตามคำพิพากษาแม่บทนั้น ต่างยอมรับและยึดถือกับทั้งพิจารณาให้เหตุผลในคำพิพากษาเป็นไปในแนวเดียวกันกับคำพิพากษาสำคัญนั้น ทั้งนี้ การยอมรับที่จะผูกพันและเคารพในคำพิพากษาสำคัญของศาลสูงสุดดังกล่าวมีผลนับตั้งแต่ศาลชั้นต้นเรื่อยมาจนถึงศาลสูงสุดด้วยกันเลยทีเดียว ปราบฎการณีนี

⁴ CE Ass. 28 mai 1954 Barel

ก่อให้เกิดหลักที่เรียกว่า “ความผูกพันตามคดีที่ตัดสินไปแล้ว” หรือ “หลักคดีบรรทัดฐาน” (l'autorité du précédent หรือ **stare decisis**) แต่ทั้งนี้ ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลสูงสุดจะพิพากษาคดีอื่น ๆ ในกาลต่อมา ที่มีประเด็นเนื้อหาแห่งคดีคล้ายหรือเหมือนกันกับคดีบรรทัดฐานให้ต่างไปจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานดังกล่าวไม่ได้

อนึ่ง พึงต้องเข้าใจว่า ศาล ไม่ว่าจะศาลไหนก็ตาม ไม่ได้มีหน้าที่ในการตรากฎหมาย ซึ่งโดยสภาพจะมีผลใช้บังคับโดยทั่วไป หน้าที่ของศาลโดยเฉพาะพึงได้แก่การปรับใช้และตีความกฎหมายอันเกี่ยวแก่คดีพิพาทในความรับผิดชอบของตนเป็นรายคดีไปเท่านั้น เพื่อให้คดีเหล่านั้นมีข้อยุติได้ในที่สุด โดยเฉพาะเมื่อปรากฏว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องแก่คดีนั้นมีความไม่ชัดเจน หรือปรากฏว่าในคดีพิพาทนั้น ไม่อาจหากฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรง สำหรับนำมาปรับใช้กับคดีได้ ศาลก็จำเป็นต้องตีความบทกฎหมายอันไม่ชัดเจนนั้น หรือหาบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้แก่คดีนั้น ๆ เป็นสำคัญ หรือเรียกอีกนัยหนึ่งได้ว่า “การอุดช่องว่างของกฎหมาย” ซึ่งคดีหนึ่งคดีใดจากบรรดาคดีทั้งหมดทั้งหมดที่ศาลได้พิพากษาไปตามกล่าวข้างต้น อาจได้รับการยอมรับจากศาลในลำดับชั้นต่ำกว่าและในกาลต่อมาให้เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานอ้างอิงกันต่อไปภายหน้าก็ได้ จากเหตุปัจจัยนี้เองที่ทำให้ศาลจำเป็นต้องเป็นผู้ทำหน้าที่เป็นผู้สร้างหรือตีความกฎหมาย (ปกครอง) ไปโดยปริยาย แม้จะไม่ใช่ที่มาหลักของกฎหมายปกครองก็ตามที

ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส แนวคำพิพากษาของศาลปกครอง โดยเฉพาะแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) เป็นบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ ๆ ของฝรั่งเศสเกิดจากคำพิพากษา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากคำแถลงการณ์ (les conclusions) ของตุลาการผู้แถลงคดี (Rapporteur public หรือที่ในอดีตเรียกว่า Commissaire du gouvernement)

สำหรับประเทศไทย มีอยู่กรณีหนึ่งที่แนวคำพิพากษาของศาลปกครองจะมีบทบาทอย่างสำคัญในการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครอง ได้แก่เรื่อง “สัญญาทางปกครอง” ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้บัญญัติให้คำนิยามว่า สัญญาทางปกครองคืออะไรไว้ตรง ๆ แต่ให้คำนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความตกลง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการทางราชการ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

5. ทฤษฎีกฎหมายและคำสอนในทางวิชาการ

ทฤษฎีกฎหมายและคำสอนในทางวิชาการ อันมีลักษณะเป็นที่มาของกฎหมายปกครอง นั้น พึงได้แก่ การหาคำตอบโดยนักวิชาการในมหาวิทยาลัย สำหรับการอธิบายประเด็นปัญหาหนึ่งปัญหาใดในกฎหมายปกครอง ในรูปของการวิเคราะห์หรือแสดงความคิดเห็นต่อการใช้การตีความบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตราขึ้น หรือต่อคำพิพากษาของศาล (ปกครอง) ในอีกทางหนึ่ง ทฤษฎีกฎหมายและคำสอนในทางวิชาการ อาจเกิดขึ้นมาจากการที่นักวิชาการในมหาวิทยาลัยพยายามสร้างและอธิบายประเด็น

ต่าง ๆ ในกฎหมายปกครอง แม้ว่าประเด็นเหล่านั้นจะยังไม่เกิดเป็นประเด็นพิพาทในชั้นศาลก็ตาม ที่ปรากฏออกมาในรูปของบทความ หรือคำรา เป็นอาทิ ผลจากการพยายามอธิบายประเด็นปัญหาต่าง ๆ ในกฎหมายปกครองนี้เอง ที่ในที่สุดจะย้อนกลับไปทำให้ฝ่ายนิติบัญญัตินำไปแก้ไขเพิ่มเติมหรือตัดทอนบทกฎหมายต่าง ๆ ที่คนได้เคยตราขึ้นมาใช้บังคับให้มีช่องว่างลดลงหรือไม่มีเลย หรือศาล (ปกครอง) เอง ก็อาจนำแนวคิดหรือทฤษฎีของนักวิชาการในมหาวิทยาลัยไปใช้ประกอบการทำคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ ในเวลา

⁵ ตัวอย่างทฤษฎีกฎหมายและคำสอนในทางวิชาการ ซึ่งเป็นที่มาของ (หรือมีอิทธิพลต่อ) กฎหมายปกครอง

- แนวคิดว่าด้วยอำนาจมหาชนและแนวคิดว่าด้วยบริการสาธารณะกับกฎหมายปกครอง

1. บทบาทของอำนาจมหาชนและบริการสาธารณะที่มีต่อกฎหมายปกครองนั้น ใ้แก่ การที่ทั้งสองต่างก็เป็นแนวคิดรากฐานที่ถูกนำมาอธิบายถึงความเป็นอยู่เป็นไปของกฎหมายปกครอง ดังตัวอย่างที่ปรากฏพบได้ในนิยามและ/หรือในคุณลักษณะของกฎหมายปกครอง อนึ่ง การอธิบายถึงสถาบันกฎหมายปกครองนั้น อาจอธิบายโดยอาศัยเพียงแนวคิดใดแนวคิดหนึ่งเท่านั้น แต่จะต้องอาศัยทั้งสองแนวคิดประกอบกันไปในการอธิบาย อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ตามมาก็คือว่า เราจะอธิบายถึงสถาบันกฎหมายปกครองโดยอาศัยแนวคิดใดเป็นหลัก และแนวคิดใดเป็นรอง

2. ความสัมพันธ์ของอำนาจมหาชนและบริการสาธารณะที่มีต่อกฎหมายปกครองนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือความสัมพันธ์ของแนวคิดว่าด้วยอำนาจและแนวคิดว่าด้วยบริการสาธารณะที่มีต่อการอธิบายความเป็นอยู่เป็นไปของกฎหมายปกครอง หรือจะเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “สถาบันกฎหมายปกครอง” ก็ได้ ซึ่งสามารถถูกทำให้ปรากฏได้ในสองทางด้วยกัน กล่าวคือ (ก) การอธิบายโดยยกปฏิสัมพันธ์ที่อำนาจมหาชนมีเหนือบริการสาธารณะ และ (ข) การอธิบายโดยยกปฏิสัมพันธ์ที่บริการสาธารณะมีเหนืออำนาจมหาชน

(ก) การอธิบายโดยยกปฏิสัมพันธ์ที่อำนาจมหาชนมีเหนือบริการสาธารณะ ได้แก่ การอธิบายว่ากฎหมายปกครองคือกฎหมายที่เกิดขึ้นและดำรงอยู่เพื่อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการด้านบริการสาธารณะ (วัตถุประสงค์) ให้สำเร็จเป็นจริงขึ้นมา ซึ่งการจัดทำให้สำเร็จแล้วขึ้นกับประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ (เป้าหมาย) นั้น ได้ก็แต่โดยอาศัยการใช้อำนาจของบรรดองค์กรต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งอำนาจที่ว่านี้ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “อำนาจมหาชน” (วิธีการ) ยิ่งกว่านั้นการใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวยังนำไปสู่การที่บรรดองค์กรฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับการฝ่ายเดียวหรือที่ถูกเรียกกันโดยทั่วไปว่า “เอกสิทธิ์ตามอำนาจมหาชน” โดยนัยหมายความว่าฝ่ายปกครองมีและสามารถอ้างเอกสิทธิ์อันเกิดมาจากการที่ตนใช้อำนาจมหาชนที่ได้รับมาจากรัฐ (นิติบุคคลมหาชน) ในการบังคับการบุคคลอื่น ๆ โดยบุคคลนั้น ๆ ไม่อาจโต้แย้งได้ในขณะที่ถูกเข้าบังคับการ เพื่อให้งานบริการสาธารณะที่ตนจัดทำสำเร็จเป็นรูปธรรมขึ้นมาได้ อย่างไรก็ดีตาม แนวคิดอำนาจมหาชนจะมีบทบาทสำคัญ ในกฎหมายปกครองถึงขนาดที่บริการสาธารณะต้องมาพึ่งพาอาศัยในการก่อสร้างตัว แต่บริการสาธารณะที่รับบทรองในกฎหมายปกครองนี้ ก็หาได้มีความสำคัญน้อยไปเสียทีเดียวไม่ เพราะหากพิจารณาต่อไปจะพบว่าแนวคิดบริการสาธารณะนั้น เป็นกรอบจำกัดการใช้อำนาจมหาชนด้วยทางหนึ่ง กล่าวคือการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะไปบังคับการใครแต่เพียงฝ่ายเดียวได้นั้น พึงจำกัดเฉพาะเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะเท่านั้น โดยนัยก็คือฝ่ายปกครองพึงจำกัดการใช้อำนาจมหาชนของตนให้เป็นไปเฉพาะเพื่อบริการสาธารณะเท่านั้น

(ข) การอธิบายโดยยกปฏิสัมพันธ์ที่บริการสาธารณะมีเหนืออำนาจมหาชน ได้แก่ การอธิบายว่ากฎหมายปกครองคือกฎหมายที่เกิดขึ้นและดำรงอยู่เพื่อกำหนดเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของผู้ปกครอง (ฝ่ายปกครอง) ที่มีต่อผู้ถูกปกครอง จากหน้าที่นี้เองที่เป็นเหตุให้ผู้ปกครอง (ฝ่ายปกครอง) มีอำนาจมหาชน หรืออ้างเอกสิทธิ์ตามอำนาจมหาชนมาบังคับการกับผู้ถูกปกครองได้ในที่สุด

ต่อมาได้ หรือจากการที่นักวิชาการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล (ปกครอง) ในคดีต่าง ๆ แล้วสกัดพัฒนาออกมาเป็นหลักกฎหมายปกครองในที่สุด ตรงนี้เองที่ทำให้ทฤษฎีกฎหมายและคำสอนในทางวิชาการก้าวเข้ามาเป็นที่มาของกฎหมายปกครองในที่สุด

อนึ่ง การยอมรับโดยคุณฉันทฤษฎีกฎหมายและคำสอนในทางวิชาการเป็นที่มาชนิดหนึ่งของกฎหมายปกครองนั้น ก็ยังเป็นข้อที่น่าสงสัยอยู่ในระดับหนึ่ง กล่าวคือ การจะเป็นที่มา (source) ของอะไรได้นั้น ที่มานั้นจะถูกนำมาอ้างอิงอย่างชัดเจนอยู่เป็นปกติ ยกตัวอย่างเช่น หากถามว่าการแบ่งแยกปริมณฑลของกฎหมายปกครองกับกฎหมายเอกชนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีที่มาจากที่ใด คำตอบก็คือ คำพิพากษาศาลชั้นขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล (Tribunal des conflits) ในคดี Blanco (TC 8 Nov 1873, BLANCO, Rec. 1^{er} supplt 61, concl. David) และคำพิพากษาอื่น ๆ ที่ได้เพิ่มเติมรายละเอียดลงไปจึงคงกล่าวให้ชัดเจนขึ้น แต่ก็ยังเดินไปตามแนวทางของคำพิพากษานี้ในเวลาต่อมา โดย (แนว) คำพิพากษานี้ได้ถูกนำไปอ้างอิงให้ปรากฏในตำรากฎหมายปกครองทุกเล่ม เป็นต้น จากตัวอย่างนี้จะพบว่าแนวคำพิพากษาของศาลได้แสดงถึงความเป็นที่มาของกฎหมายปกครองอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ ในทางตรงกัน หากพิจารณาจากคำพิพากษา ไม่ว่าจะ เป็นของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด หรือของศาลชั้นขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ดี จะไม่พบเลยว่ามีอ้างอิงถึงแนวคิดหรือทฤษฎีของนักวิชาการในมหาวิทยาลัย (โดยระบุนามของนักวิชาการท่านนั้น ๆ)

ตัวอย่างเช่น จะไม่ปรากฏถึงการอ้างหรือระบุถึง “ทฤษฎีสถาบันและการสถาปนา” (Théorie de l’institution et de la fondation) หรือ “แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชน” (la notion de la puissance publique) ของท่านปรมาจารย์ โมริซ ออริอู (Moyen Maurice HAURIOU) แห่งคณะนิติศาสตร์ เมืองตูลุส หรือแนวคิดว่าด้วยบริการสาธารณะ (la notion du service public) ของท่านปรมาจารย์ เล-อง ดูกีต์ (doyen Léon DUGUIT) หรือของศาสตราจารย์ กาสตง แจซ (Gaston JÈZE) แห่งคณะนิติศาสตร์ เมืองบอร์โดซ์ อย่างชัดเจนในคำพิพากษาใดเลย (แนว) การให้เหตุผลในคำพิพากษานั้น ๆ จะมีเนื้อหาของทฤษฎีหรือแนวคิดนั้น ๆ อยู่อย่างเห็นได้ชัดคือ มี แต่ก็จะไม่มีการอ้างหรือกล่าวหาว่าเหตุผลเช่นนี้เป็นของนักวิชาการท่านใด เป็นต้น หรืออีกตัวอย่างหนึ่ง จะพบว่า ตำรากฎหมายปกครองทั่วไป และตำรากฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของศาสตราจารย์เกียร์กึณ เรอเน ชาปัส (René CHAPUS) แห่งมหาวิทยาลัยปารีส 2 นั้น มีอิทธิพลมากต่อการปฏิบัติงานของบรรดาตุลาการศาลปกครองทุกชั้นศาลในฝรั่งเศส คำพิพากษาส่วนใหญ่มักจะมีร่องรอยของแนวคิดของท่านผู้นี้อยู่เสมอ แต่ก็ไม่เคยปรากฏเลยถึงการกล่าวอ้างชื่อของศาสตราจารย์ท่านนี้ในคำพิพากษาเหล่านั้นเลย เป็นต้น

กิจกรรม 1.1.2

บ่อเกิดของกฎหมายปกครองมีที่มาจากแหล่งใดบ้าง

แนวคอบกิจกรรรม 1.1.2

กฎหมายปกครองมีที่มาหรือถูกสร้างสรรค์ขึ้นมาจากแหล่งต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายลายลักษณ์อักษร
 - 1.1 รัฐธรรมนูญ
 - 1.2 พระราชบัญญัติ
 - 1.3 กฎ (กฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัติ)
2. จารีตประเพณี
3. หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง
4. คำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล
5. ทฤษฎีกฎหมายและคำสอนในทางวิชาการ

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่นุญาตให้เผยแพร่

ตอนที่ 1.2

หลักความชอบด้วยกฎหมาย

โปรดอ่านหัวเรื่อง แนวคิด และวัตถุประสงค์ของตอนที่ 1.2 แล้วจึงศึกษารายละเอียดต่อไป

หัวเรื่อง

- 1.2.1 ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมาย
- 1.2.2 สาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

แนวคิด

1. กฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครอง และเป็นข้อจำกัดหรือเป็นขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไปในขณะเดียวกันด้วย
2. นอกจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองยังถูกจำกัดการใช้อำนาจโดยหลักการบางประการที่เป็นรากฐานของกฎหมายปกครองที่ยอมรับกันด้วย ที่เรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป”

วัตถุประสงค์

เมื่อศึกษาตอนที่ 1.2 จบแล้ว นักศึกษาสามารถ

1. อธิบายให้เข้าใจถึงบทบัญญัติของกฎหมายในฐานะแหล่งที่มาและข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้
2. อธิบายให้เข้าใจถึงหลักการบางประการที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา ๓๑๔๐๑ ไม่อนุญาตให้เผยแพร่

เรื่องที่ 1.2.1

ความหมายและสาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

1.2.1.1 ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

รัฐที่เป็นนิติรัฐนั้น ฝ่ายปกครองหรือทุกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและดำเนินการต่าง ๆ ภายในขอบเขตของกฎหมาย การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องอ้างอิงแหล่งที่มาแห่งอำนาจนั้นจากกฎหมาย ต้องใช้อำนาจนั้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งโดยผล ๆ กรณีต้องใช้รูปแบบหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วย

โดยนัยดังกล่าวข้างต้น กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกันก็เป็นข้อจำกัดหรือเป็นขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ไม่ในตัวเอง

1.2.1.2 ลำดับศักดิ์ของกฎหมายกับการเคารพลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

หากพิจารณาบรรดากฎหมายที่ดำรงอยู่ในรัฐหนึ่ง ๆ อย่างค่อนข้างลึกซึ้ง ก็จะพบว่า โครงสร้างทางสถาปัตยกรรมของกฎหมายในรัฐหนึ่งรัฐใดก็ตาม จะมีลักษณะเป็นลำดับชั้น คล้ายปิรามิด กล่าวคือมี (กฎเกณฑ์ทาง) กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูง (ที่สุด) จากนั้นก็จะมีกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำลงมาเป็นชั้น ๆ ตามลำดับ โดยกฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นที่สูงกว่าจะเป็นที่มาของการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่ถัดลงมาตามลำดับ ดังนั้น กฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นต่ำลงมาจึงต้องถูกทำให้เกิดขึ้น (บัญญัติ) โดยคำสั่งหรือ ไม่ขัดแย้งกับกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่สูงกว่าโดยสภาพ ทั้งนี้ พียงยกตัวอย่างถึงปรากฏการณ์ดังกล่าวได้ เช่น พระราชบัญญัติต้องถูกตราขึ้น โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ตราขึ้นต้องออกโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ

1.2.3 กฎหมายที่เป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง

ก. การกระทำของฝ่ายปกครองอาจเป็นไปในรูปแบบของปฏิบัติการ (Acte materiel) ทางปกครอง หรือในรูปแบบของนิติกรรม (Acte juridique) ทางปกครอง ก็ได้ แต่ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปแบบใด ก็ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ⁶

⁶ Max Gounelle **Introduction au droit public : Institutions, Fondements, Sources**. Paris Monchrestien 1989 2^e édition ได้สรุปแนวความคิดในเรื่องนี้ไว้อย่างเป็นระบบ ในหัวข้อ « L'obligation pour l'administration de se fonder sur la règle de droit » หน้า 173

โดยปกติในโครงสร้างของกฎหมายไทย มักจะกำหนด “อำนาจหน้าที่” (Champ de compétences) ขององค์กรหรือหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ และเพื่อปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าว องค์กรหรือหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ “มีอำนาจ” (Pouvoirs) อะไรบ้าง

ตัวอย่าง พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558 มาตรา 32 บัญญัติให้ มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการธุรกรรม” ประกอบด้วย เลขานุการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เป็นกรรมการและเลขานุการ และบุคคลซึ่งได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการอัยการ แต่ละคณะเสนอรายชื่อบุคคลที่ซื่อสัตย์สุจริตและมีความรู้ความเชี่ยวชาญจะยังประโยชน์แก่การปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ คณะละหนึ่งคนส่งให้สำนักงานเพื่อบริหารคดีต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเพื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการธุรกรรม และให้คณะกรรมการธุรกรรมทั้งห้าคนเลือกกรรมการที่ไม่ใช่กรรมการโดยตำแหน่งเป็นประธานกรรมการคนหนึ่ง

มาตรา 34 ของกฎหมายดังกล่าว (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551) กำหนด “อำนาจหน้าที่” (Champ de compétences) ของคณะกรรมการธุรกรรมไว้ว่าคณะกรรมการธุรกรรมมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) ตรวจสอบธุรกรรมหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด
- (2) สั่งยับยั้งการทำธุรกรรมตามมาตรา 35⁷ หรือมาตรา 36⁸
- (3) ดำเนินการตามมาตรา 48

⁷ มาตรา 35 ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยและมีพยานหลักฐานอันสมควรว่าธุรกรรมใดเกี่ยวข้องกับหรืออาจเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดฐานฟอกเงินหรือความผิดฐานฟอกเงิน ให้คณะกรรมการธุรกรรมมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือยับยั้งการทำธุรกรรมนั้นไว้ก่อนได้ภายในเวลาที่กำหนดแต่ไม่เกินสามวันทำการ

ในกรณีจำเป็นหรือเร่งด่วน เลขานุการจะสั่งยับยั้งการทำธุรกรรมตามวรรคหนึ่งไปก่อนก็ได้แล้วรายงานต่อคณะกรรมการธุรกรรม

(แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551)

มาตรา 36 ในกรณีที่มีพยานหลักฐานเป็นที่เชื่อได้ว่าธุรกรรมใดเกี่ยวข้องกับหรืออาจเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดฐานฟอกเงินหรือความผิดฐานฟอกเงิน ให้คณะกรรมการธุรกรรมมีอำนาจสั่งเป็นหนังสือยับยั้งการทำธุรกรรมนั้นไว้ชั่วคราวภายในเวลาที่กำหนดแต่ไม่เกินสิบวันทำการ

(แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551)

⁹ มาตรา 48 ในการตรวจสอบรายงานและข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรม หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าอาจมีการโอน จำหน่าย ยักย้าย ปกปิด หรือซ่อนเร้นทรัพย์สินใดที่เป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ให้คณะกรรมการธุรกรรมมีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นไว้ชั่วคราวมีกำหนดไม่เกินเก้าสิบวัน

ในกรณีจำเป็นหรือเร่งด่วน เลขานุการจะสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินตามวรรคหนึ่งไปก่อนแล้วรายงานต่อคณะกรรมการธุรกรรม

(4)¹⁰ เสนอรายงานการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ต่อคณะกรรมการ

(5)¹¹ กำกับ ดูแล และควบคุมให้สำนักงานและเลขานุการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นอิสระ และตรวจสอบได้

(5/1)¹² ออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง หรือกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ เพื่อให้สำนักงานปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของคณะกรรมการธุรกรรม ทั้งนี้ ต้องสอดคล้องกับระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง หรือหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดและต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(6) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

มาตรา 38 เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ให้คณะกรรมการธุรกรรม เลขานุการ และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายเป็นหนังสือจากเลขานุการมีอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกให้สถาบันการเงิน ส่วนราชการ องค์กร หรือหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ แล้วแต่กรณี ส่งเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมาเพื่อให้ถ้อยคำ ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งบัญชี เอกสาร หรือหลักฐานใด ๆ มาเพื่อตรวจสอบหรือประกอบการพิจารณา

(2) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใด ๆ มาเพื่อให้ถ้อยคำ ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งบัญชี เอกสาร หรือหลักฐานใด ๆ มาเพื่อตรวจสอบหรือประกอบการพิจารณา

(3) เข้าไปในเคหสถาน สถานที่ หรือยานพาหนะใดๆ ที่มีเหตุอันควรสงสัยว่า มีการซุกซ่อนหรือเก็บรักษาทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด หรือพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานฟอกเงิน เพื่อตรวจค้นหรือเพื่อประโยชน์ในการติดตามตรวจสอบ หรือยึด หรืออายัดทรัพย์สิน หรือพยานหลักฐาน เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าหากเนิ่นนานช้ากว่าจะเอาหมายค้นมาได้ ทรัพย์สินหรือพยานหลักฐานดังกล่าวนั้นจะถูกยกย่องซ่อน ทิ้งหาย หรือทำให้เปลี่ยนแปลงสภาพไปจากเดิม

ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม (3) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ที่ได้รับมอบหมายตามวรรคหนึ่ง แสดงเอกสารมอบหมายและบัตรประจำตัวต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง

การตรวจสอบรายงานและข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้ทำธุรกรรมซึ่งถูกสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สิน หรือผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินจะแสดงหลักฐานว่าเงินหรือทรัพย์สินในการทำธุรกรรมนั้นมีใช่ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเพื่อให้มีคำสั่งเพิกถอนการยึดหรืออายัดได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อคณะกรรมการธุรกรรมหรือเลขานุการ แล้วแต่กรณี สั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินหรือสั่งเพิกถอนการยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นแล้ว ให้คณะกรรมการธุรกรรมรายงานต่อคณะกรรมการ

¹⁰ แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558

¹¹ แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558

¹² แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2558

บัตรประจำตัวตามวรรคสองให้เป็นไปตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศ
ในราชกิจจานุเบกษา

บรรดาข้อมูลที่ได้มาจากการให้ถ้อยคำ คำชี้แจงเป็นหนังสือ บัญชี เอกสารหรือ
หลักฐานใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นข้อมูลเฉพาะของบุคคล สถาบันการเงิน ส่วนราชการองค์การหรือหน่วยงาน
ของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ ให้เลขานุการเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดเก็บรักษาและใช้ประโยชน์จากข้อมูลนั้น

ข. ในกรณีการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีรูปแบบเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งได้แก่
การออกกฎ (เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติจังหวัด ข้อบัญญัติ
กรุงเทพมหานคร ข้อบังคับสุขาภิบาล ฯลฯ) และคำสั่งทางปกครองนั้น นอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักการ
ที่ว่าต้องมีกฎหมายให้อำนาจจึงจะทำได้แล้ว การทำนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง)
ดังกล่าวยังต้องเคารพลำดับชั้นของบรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายภายในรัฐ (Hiérarchie des normes) ด้วย

ค. นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องเคารพกฎเกณฑ์ในระบบกฎหมาย Hiérarchie des
normes) หรือกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง (Ordonnancement juridique) อันเป็นกฎเกณฑ์ (normes)
ที่องค์กรผู้มีอำนาจตรากฎเหล่านั้น ได้จัดให้มีขึ้นแล้ว หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตาม
กฎหมาย (Principe de la légalité administrative) ยังมีความหมายรวมถึงว่าฝ่ายปกครองต้องเคารพ
กฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้นด้วย (Patere legem quam ipse fecit)¹³ มีตัวอย่างคดีในต่างประเทศ เช่น

CE 28 avril 1948, Tracou ในคดีนี้รัฐมนตรีได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง
เพื่อพิจารณาว่าข้าราชการคนใดอยู่ในข่ายต้องรับผิดชอบวินัยบ้าง ทั้งที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเช่นนั้น
ดังนั้น รัฐมนตรีจึงไม่สามารถยกเว้นข้าราชการบางคน (ซึ่งปรากฏว่าเป็นคนใกล้ชิดกับตนเอง) มิให้ต้องถูก
พิจารณาโดยคณะกรรมการชุดที่ตนตั้งขึ้นนั้น ,

CE 15 mai 2000, Territoire de la Nouvelle-Calédonie ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส
พิพากษาว่า ในเมื่อฝ่ายปกครองกำหนดกระบวนการที่จะต้องขอคำปรึกษาหารือก่อนที่จะมีคำวินิจฉัยสั่งการ
เอาไว้ ทั้งที่ไม่ได้มีกฎหมายใดบังคับว่าจะต้องทำเช่นนั้น ตรานใดที่ฝ่ายปกครองยังไม่ได้ยกเลิกข้อกำหนด
เช่นนั้น ก่อนที่จะมีคำวินิจฉัยสั่งการฝ่ายปกครองก็ต้องขอคำปรึกษาตามกระบวนการที่ตนเองกำหนดไว้
เสียก่อน มิฉะนั้นคำวินิจฉัยสั่งการจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁴

¹³ René Chapus **Droit administratif général : Tome 1** Paris Montchrestien 2001 15^e édition page 1012

¹⁴ มีตัวอย่างที่น่าสนใจของคดีปกครองไทยคือกรณีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่
อ.14/2545 นายประมุข สุตตะบุตร ผู้ฟ้องคดี สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 คณะกรรมการสรรหา
กรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในคดีนี้ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่
และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการสรรหา
บุคคลที่สมควรเสนอชื่อต่อวุฒิสภาเพื่อคัดเลือกให้พระมหากษัตริย์โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นกรรมการกิจการ โทรคมนาคม
แห่งชาติ (กทช.) ไว้เลยเพียงแต่กำหนดคุณสมบัติของผู้สมควรได้รับการแต่งตั้งเป็น กทช. ไว้ในมาตรา 47 ปรากฏว่า

โดยนัยและตรรกะเดียวกัน ในบางครั้งฝ่ายปกครองยังต้องถูกผูกพันที่จะต้องเคารพหรือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ผู้ได้บังคับบัญชาหรือผู้ที่อยู่ใต้การกำกับดูแลได้ตราขึ้นด้วยตัวอย่างคดีในต่างประเทศ เช่น CE 3 juillet 1931, Ville de Clamart, เทศบาลเมือง Clamart ได้ใช้ออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอายุของข้าราชการเทศบาลของตนที่จะขอพ้นจากตำแหน่งเพราะครบเกษียณอายุตั้งนั้น กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงผูกพันรัฐมนตรีผู้มีอำนาจในการอนุมัติให้ข้าราชการเทศบาล Clamart พ้นจากราชการเพราะเหตุเกษียณอายุด้วย หรือ CE Sect. 15 février 1963, Association Les Amis de Chibert เทศบาลได้ออกประกาศห้ามตั้งแคมป์ในพื้นที่บางเขตของเทศบาล ประกาศดังกล่าวผูกพันผู้ว่าราชการจังหวัดผู้มีอำนาจอนุมัติค่าของตั้งแคมป์ในอันที่จะต้องไม่อนุญาตให้ผู้ใดไปตั้งแคมป์ในบริเวณที่อยู่ในพื้นที่ตามประกาศของเทศบาลด้วย

1.2.1.4 กฎหมายที่เป็น “ข้อจำกัด” อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง

กฎหมายเป็นแหล่งที่มาของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในขณะที่เดียวกันกฎหมายก็เป็นกรอบหรือข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐนั้นด้วย เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจใช้อำนาจเกินไปกว่าที่กฎหมายกำหนดได้¹⁵

การที่กฎหมายเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองนี้เป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการปกครองแบบนิติรัฐตามแนวความคิดของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยและลัทธิเศรษฐกิจเสรีนิยม เนื่องจากการปกครองระบอบประชาธิปไตยและลัทธิเศรษฐกิจเสรีนิยมให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ในการปกครองแบบนี้ฝ่ายปกครองจะก้าวล่วงมากระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำเท่าที่จำเป็นภายในขอบเขตที่กฎหมายอนุญาตไว้จึงได้

หลักในเรื่องนี้ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาโดยตลอด โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้บัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 26 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และวรรคสองของมาตราดังกล่าวยังบัญญัติด้วยว่า กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับ

ในการประชุมคราวหนึ่ง คณะกรรมการสรรหากรรมการกิจการโทรคมนาคม ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้สมัครเอาไว้หลายประการ แต่ครั้งเมื่อดำเนินการพิจารณาคัดเลือกผู้สมัคร คณะกรรมการสรรหากลับมิได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่ตนเองได้ตั้งขึ้น จึงมีผลทำให้มติอันเกิดจากการสรรหา นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายรายละเอียด โปรดดู "คดีการสรรหาและคัดเลือกคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (ฉบับสมบูรณ์) พิมพ์และเผยแพร่โดยสวัสดิการ สำนักงานศาลปกครอง บริษัทพิชการพิมพ์จำกัด กรุงเทพฯ ๙ พิมพ์ครั้งที่ 2, เมษายน พ.ศ. 2546

¹⁵ André de Laubadère *Traité de droit administratif* Tome 1 Paris LGDJ 1980 8^e édition page 264

แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

ในการพิเคราะห์ประเด็นที่ว่ากฎหมายเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองนี้จะได้ความกระจ่างชัดเจนขึ้น จำต้องแยกแยะการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นสองกรณี คือ กรณีที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำการในลักษณะแสดงออกทำให้ปรากฏซึ่งการกระทำทางกายภาพ (Acte materiel) หรือการแสดงเจตนาเป็นนิติกรรม (Acte juridique) ทางปกครอง ซึ่งทั้งสองกรณีนี้เราอาจเรียกรวมกันว่าเป็นกรณีการลงมือกระทำการ (Actions positives) กับกรณีฝ่ายปกครองละเว้นการกระทำการ (Abstention)

ก. กรณีที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการลงมือกระทำ (Légalité et actions positives)

การใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการลงมือกระทำการ ไม่อาจจะเป็นการกระทำทางกายภาพหรือเป็นนิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายหลายประการ ซึ่งอาจเรียกรวม ๆ กันว่าอยู่ในกรอบของเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ข. กรณีฝ่ายปกครองละเว้นการกระทำการ (Légalité et abstentions)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนอกจากจะใช้เป็นกรอบในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทที่เป็นการลงมือกระทำดังกล่าวข้างต้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ยังใช้ตรวจสอบว่าการที่ฝ่ายปกครองไม่กระทำการ (s'abstenir d'agir) นั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อีกด้วย ในแง่ที่กฎหมายจึงเป็นเสมือนหนึ่งบทบัญญัติที่กำหนดบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องลงมือกระทำการ (obligation d'agir) หรือพูดอีกอย่างหนึ่งได้ว่ากฎหมายห้ามมิให้ฝ่ายปกครองละเว้นไม่กระทำการ (Interdiction de s'abstenir)¹⁶

ในหลายกรณีกฎหมายกำหนดบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการหรือต้องวินิจฉัยสั่งการหรือมีมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่ง การที่ฝ่ายปกครองละเว้นไม่กระทำการตามกฎหมายจึงเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายในตัวเอง¹⁷ เช่น มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติว่าเมื่อได้รับคำขออนุญาตตั้งสถานบริการ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาสั่งภายในเก้าสิบวัน ดังนั้นหากพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับคำขออนุญาตตั้งสถานบริการแล้ว ไม่ดำเนินการสั่งการใดๆ เลยต้องถือว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และการละเลยนั้นย่อมเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เทียบเคียง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 608/2545)

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นำเอาหลักในเรื่องนี้มาบัญญัติเป็นคดีปกครองประเภทหนึ่งด้วย โดยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติถึงคดีพิพาท

¹⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 264

¹⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 264-265

เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และถ้าหากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของบุคคล ก็จัดเป็นคดีปกครองเกี่ยวกับการกระทำละเมิดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งกฎหมายเดียวกันด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.37/2546 เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดภูเก็ตมิได้โต้แย้งผลการตรวจสอบของคณะทำงานตรวจสอบการจัดตั้งสถานบริการซึ่งเป็นคณะทำงานที่ตนตั้งขึ้น จึงฟ้องผูกพันตามผลการพิจารณาของคณะทำงานดังกล่าว โดยมีหน้าที่ต้องออกใบรับแจ้งการจัดตั้งสถานบริการให้ผู้ฟ้องคดีไว้เป็นหลักฐาน การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดภูเก็ตไม่ออกใบรับแจ้งการจัดตั้งสถานบริการให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64/2546 เมื่อที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีมีกรรมสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายถูกเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืน ฯ กรมทางหลวงต้องกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 ดังนั้น การที่กรมทางหลวงไม่ดำเนินการกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินที่ถูกเวนคืนให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.19/2547 นายองค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ยึดถือหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ปลดปล่อยให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดไฟโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ประกอบกิจการกำจัดมูลฝอย ก่อเหตุรำคาญแก่ผู้ฟ้องคดีและผู้ที่เกี่ยวข้องอยู่ในบริเวณใกล้เคียงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และการที่นายอำเภอบางพลีซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติราชการของนายองค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะ ในฐานะผู้แทนขององค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะให้ปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในตำบลราชาเทวะมิได้กำกับดูแลนายองค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะให้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของทางราชการ จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เมื่อผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครได้ทราบจากหนังสือกรมควบคุมมลพิษแล้วว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดไฟโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ดำเนินการกำจัดมูลฝอยไม่ถูกสุขลักษณะ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อม ย่อมมีหน้าที่ต้องตรวจสอบการดำเนินการกำจัดมูลฝอยดังกล่าว แต่กลับไม่ดำเนินการใด ๆ และทำสัญญาจ้างกับห้างหุ้นส่วนจำกัดไฟโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ต่อไป ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

นอกจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังได้กล่าวข้างต้นแล้ว ฝ่ายปกครองยังถูกจำกัดการใช้อำนาจโดยหลักการบางประการที่เป็นรากฐานของกฎหมายปกครองที่ยอมรับกันด้วย¹⁸ เช่น

- หลักความเสมอภาค¹⁹ (Principe de l'égalité des citoyens) อันเป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อราษฎรอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน และเป็นหลักที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจอย่างไม่เป็นธรรม

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.379/2550 การที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนมีมติตามที่ปรากฏในหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 9 ลงวันที่ 25 ตุลาคมพ.ศ. 2543 กำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนที่สอบแข่งขันตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนพ.ศ. 2535 เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะผู้ได้รับปริญญาตรีไม่ว่าจะได้รับเกียรตินิยมหรือไม่ได้รับเกียรตินิยม ถือว่าได้สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีในสาขานั้นๆตามหลักสูตรและเงื่อนไขที่สถาบันการศึกษาที่กำหนด ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมในสาขาใดมิได้หมายความว่ามีความรู้ในสาขานั้นๆมากกว่าผู้ที่ไม่ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยม เป็นแต่เพียงได้รับคะแนนหรือเกรดเฉลี่ยสูงกว่าผู้ที่ไม่ได้รับเกียรตินิยม มติของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนดังกล่าวจึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- หลักความพอสมควรแก่เหตุ²⁰ (Principe de la proportionnalité des moyens au but) เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจอย่างพอประมาณโดยใช้วิธีการหรือเครื่องมือที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย มาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้จึงต้องเช่นมาตรการที่เหมาะสม (Suitability) และใช้เพียงเท่าที่จำเป็นต้องใช้ (Necessity)

¹⁸ Ernst Forsthoff ใน *Traité de droit administratif allemand* ใช้ศัพท์เรียกว่า *normes élémentaires* โดยท่านขยายความว่า « Il existe quelques normes élémentaires qui doivent être mises en œuvre dans une société moderne si l'on veut prétendre que celle-ci est organisée selon le droit » คำแปล - มีหลักการพื้นฐานบางประการที่ต้องบังคับใช้ในรัฐสมัยใหม่หากเราจะกล่าวอ้างว่ารัฐแบบนี้ปกครองกันด้วยกฎหมาย ในกรณีของฝรั่งเศสเรียกหลักการเหล่านี้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” *Principes généraux du droit* หลักกฎหมายทั่วไปนี้ใช้บังคับกับฝ่ายปกครองทั้งในเรื่องการออกคำสั่งเฉพาะตัวและในการออกกฎ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับหรือไม่ก็ตาม (-même en l'absence de dispositions législatives - CE 26 juin 1959 Syndicat général des ingénieurs conseils อ้างใน André de Laubadère **Traité de droit administratif Tome 1** อ้างแล้ว เชมอร์รด์ที่ 15 หน้า 259)

¹⁹ Ernst Forsthoff **Traité de droit administratif allemande** traduit de l'allemand par Michel Fromont Bruxelles Bruyant 1969 page 129-130

²⁰ นักวิชาการบางท่านเรียกหลักเดียวกันนี้ว่า “หลักสัดส่วน” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” ดูรายละเอียดใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2543 หน้า 85

- หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง(Principe de prévisibilité)²¹ เป็นหลักที่เรียกร้องให้การกระทำของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติกรรมทางปกครองต้องมีความชัดเจนแน่นอน ฝ่ายปกครองจะทำนิติกรรมทางปกครองที่คลุมเครือปล่อยให้ต่างคนต่างตีความไปคนละอย่างสองอย่างไม่ได้

- หลักสุจริตและหลักการห้ามการใช้สิทธิโดยมิชอบ²²

- หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ²³ (Principe de la confiance légitime)

หลักนี้มีความสำคัญต่อความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของการทำนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง และต่อการคุ้มครองราษฎรที่มีความเชื่อโดยสุจริตในการดำรงอยู่ของนิติกรรมทางปกครองนั้น

- หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ²⁴

จากข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างของหลักการบางประการที่เป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง (normes élémentaires) หรือหลักกฎหมายทั่วไป (Principes généraux du droit) ที่เป็นกรอบจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและศาลปกครองสามารถหยิบยกขึ้นมาตรวจสอบและพิจารณาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หลักเหล่านี้มีการพัฒนาขึ้นมาเรื่อย ๆ อันเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้กฎหมายปกครองปรับตัวให้สอดคล้องกับความจำเป็นของยุคสมัยอยู่เสมอ²⁵

กิจกรรม 1.2.1

1. จงอธิบายความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมาย
2. จงอธิบายถึงความสัมพันธ์ของลำดับศักดิ์ของกฎหมายกับการเคารพลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

แนวตอบกิจกรรม 1.2.1

1. รัฐที่เป็นนิติรัฐนั้น ฝ่ายปกครองหรือทุกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและดำเนินการต่าง ๆ ภายในขอบเขตของกฎหมาย การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องอ้างอิงแหล่งที่มาแห่งอำนาจ

²¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง กรุงเทพมหานคร พิมพ์ครั้งที่สาม 2549 หน้า 35

²² เรื่องเดียวกัน หน้า 38

²³ เรื่องเดียวกัน หน้า 39 และดูรายละเอียดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนที่ 6 “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มาตรา 49 - มาตรา 53”

²⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 40

²⁵ André de Laubadère *Traité de droit administratif* Tome 1 อังแล้ว เชียงธรรมที่ 15 หน้า 261

นั้นจากกฎหมาย ต้องใช้อำนาจนั้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งในหลาย ๆ กรณี ต้องใช้รูปแบบหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วย

2. หากพิจารณาบรรดากฎหมายที่ดำรงอยู่ในรัฐหนึ่ง ๆ จะพบว่าโครงสร้างทางสถาปัตยกรรมของกฎหมาย ในรัฐหนึ่งรัฐใดก็ตาม จะมีลักษณะเป็นลำดับชั้น คล้ายปิรามิด กล่าวคือมี (กฎเกณฑ์ทาง) กฎหมายที่อยู่ใน ลำดับชั้นที่สูง (ที่สุด) จากนั้นก็จะมีกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำลงมาเป็นชั้น ๆ ตามลำดับ โดยกฎหมาย ที่อยู่ลำดับชั้นที่สูงกว่าจะเป็นที่มาของการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่ถัดลงมา ตามลำดับ ดังนั้น กฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นต่ำลงมาจึงต้องถูกทำให้เกิดขึ้น (บัญญัติ) โดยสอดคล้องหรือมี ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่สูงกว่าโดยสภาพ เช่น พระราชบัญญัติต้องถูกตราขึ้นโดยไม่ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหรือคำสั่งต้องออกโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายในลำดับชั้นพระราชบัญญัติ

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่นอนุญาตให้เผยแพร่

ตอนที่ 1.3

เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและกฎ

โปรดอ่านหัวเรื่อง แนวคิด และวัตถุประสงค์ของตอนที่ 1.3 แล้วจึงศึกษารายละเอียดต่อไป

หัวเรื่อง

- 1.3.1 กรณีที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการลงมือกระทำการ
- 1.3.2 กรณีฝ่ายปกครองละเว้นการกระทำการ
- 1.3.3 เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง
- 1.3.4 เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

แนวคิด

1. การพิเคราะห์ประเด็นที่ว่ากฎหมายเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองนี้จะมีความกระจ่างชัดเจนขึ้น จำต้องแยกแยะการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นสองกรณี คือ กรณีที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำการในลักษณะแสดงออกมาให้ปรากฏ ซึ่งการกระทำทางกายภาพ หรือการแสดงเจตนาเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งทั้งสองกรณีนี้อาจเรียกรวมกันว่าเป็นกรณีการลงมือกระทำการ กับกรณีฝ่ายปกครองละเว้นการกระทำการ
2. เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง จำแนกได้ดังนี้ คือ
 - ก. เงื่อนไขที่ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้น
 - (1) ผู้มีอำนาจจัดทำ
 - (2) แบบ
 - (3) กระบวนการ
 - ข. เงื่อนไขที่เกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้น
 - (1) การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง และการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย และความผิดพลาดในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง
 - (2) การบิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการ
 - (3) เนื้อหาไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

วัตถุประสงค์

เมื่อศึกษาตอนที่ 1.3 จบแล้ว นักศึกษาสามารถอธิบายให้เข้าใจถึงเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายได้

เรื่องที่ 1.3.1

กรณีที่ใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการลงมือกระทำการ

การใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการลงมือกระทำการ (Légalité et actions positives) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางกายภาพหรือเป็นนิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายหลายประการ ซึ่งเรียกรวม ๆ กันว่าอยู่ในกรอบของเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

1.3.1.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองมีหลายประการประกอบด้วย ดังต่อไปนี้²⁶

(1) ข้อพิจารณาในแง่ของคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำการ (Qualité de l'auteur de l'acte)

โดยหลักแล้วก็คือ เจ้าหน้าที่ผู้กระทำการต้องมี “อำนาจ” (compétence)²⁷ กล่าวคือ ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายระบุไว้ให้เป็นผู้กระทำการในเรื่องนี้ กฎหมายอาจกำหนดบุคคลคนเดียวให้เป็นผู้มีอำนาจกระทำการ (คือเป็น “เจ้าหน้าที่” ตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539) หรืออาจกำหนดให้คณะบุคคลในรูปของคณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจกระทำการก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ เฉพาะบุคคลหรือคณะบุคคลที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นจึงจะกระทำการหรือใช้อำนาจได้ บุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะต้องได้รับการแต่งตั้งหรือเข้าสู่ตำแหน่งโดยชอบ (compétence **ratione personae**) และต้องใช้อำนาจในขอบเขตอำนาจหน้าที่หรือในเรื่องของตนเท่านั้น (compétence **ratione materiae**) ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขของการมอบอำนาจหรือการมอบให้ลงนามแทนโดยชอบ (délégation de pouvoir หรือ délégation de signature)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลที่กฎหมายกำหนดหรือระบุให้เป็นผู้ใช้อำนาจหรือกระทำการก็ตาม แต่หากมีข้อเท็จจริงบางประการที่อาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลาง บุคคลหรือคณะบุคคลนั้นก็อาจถูกจำกัดทำให้ไม่อาจใช้อำนาจนั้น ๆ ได้ข้อเท็จจริงเช่นว่านั้น ได้แก่²⁸ เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจนั้นเป็นคู่กรณีเอง เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี เป็นญาติของคู่กรณี (คือเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติ

²⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 266-267 ในภาษาไทยอาจอ่านได้จาก ประสาท พงษ์สุวรรณ “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 32 เล่มที่ 2 มิถุนายน 2545 หน้า 248-288

²⁷ ตัวอย่างเช่น มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

²⁸ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

เกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น) หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี หรือเป็นหรือเคยเป็นเจ้าของหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี และกรณีอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองให้กำหนดได้โดยกฎกระทรวง นอกจากนี้ ในกรณีมีเหตุอื่นนอกจากที่กล่าวข้างต้นเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นก็จะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้เช่นกัน²⁹

(2) ข้อพิจารณาในแง่ของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ (Considération de formalité substantielle)

กฎหมายได้กำหนด “แบบพิธี” ของการใช้อำนาจว่ามีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการของการใช้อำนาจไว้อย่างไร แบบพิธีนั้น ๆ ก็เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองส่วนหนึ่ง กล่าวคือ การไม่ปฏิบัติตามแบบพิธีที่กำหนด (Vice de forme) เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำอันเป็นการใช้อำนาจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แบบพิธีหลายประการกฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อเป็นข้อประกันมิให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนถูกรบกวนได้ง่ายดายเกินไป เป็นการป้องกันมิให้ประชาชนตกอยู่ภายใต้อำเภอใจของฝ่ายปกครอง เช่น การที่นิติกรรมทางปกครองบางประเภทก่อนจะทำได้จะต้องมีการหารือหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อน³⁰ หรือการที่จะต้องให้สิทธิคู่กรณีทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งคัดค้านหรือแสดงพยานหลักฐานของตนในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง (หลัก Droit de la defense หรือที่บางครั้งเรียกว่า **Audi alterem partem**³¹ หรือการที่จะต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่ง (Motivation de l'acte)³²

(3) ข้อพิจารณาในแง่ของวัตถุที่ประสงค์หรือเนื้อหาของกฎหมาย (Considération de l'objet ou du contenu de l'acte) (ซึ่งบางครั้งเรียกว่า la légalité matérielle)

กรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเนื้อหาของการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองเอาไว้ ฝ่ายปกครองจึงต้องกระทำการหรือทำนิติกรรมทางปกครองที่มีเนื้อหาไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายนั้น เช่น พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจะมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติไม่ได้ หรือการลงโทษทางวินัยก็จะต้องเป็นโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ การกระทำหรือนิติกรรมที่มีเนื้อหาขัดต่อกฎหมายถือเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประเภท “ฝ่าฝืน

²⁹ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

³⁰ ผลผูกพันของความเห็นขององค์กรที่เป็นคณะกรรมการอาจจัดได้หลายแบบ เช่น การที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (Avis conforme) การที่ต้องหารือแต่ไม่จำเป็นต้องถือตามความเห็นที่องค์กรที่หารือให้ (Avis simple) การที่จะหารือหรือไม่หารือก็ได้ (Avis facultatif)

³¹ มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

³² มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กฎหมาย (Violation de la loi)” หรือที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เรียกว่า กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย “เพราะไม่ถูกต้องตามกฎหมาย”

(4) ข้อพิจารณาในแง่ของมูลเหตุจูงใจหรือวัตถุประสงค์ในการกระทำการหรือในการทำนิติกรรมทางปกครอง (Considération du but de l'acte)

ในการใช้อำนาจกระทำการหรือทำนิติกรรมทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องกระทำเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย จะเป็นวัตถุประสงค์ที่กฎหมายระบุไว้โดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายอันอาจอนุมานได้จากโครงสร้างของกฎหมายหรือจากเหตุผลความเป็นมาที่อธิบายัญญัติกฎหมายก็ตาม หากฝ่ายปกครองกระทำการหรือทำนิติกรรมทางปกครองเพื่อวัตถุประสงค์อื่นมิใช่วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อการนั้น การนั้นถือเป็นการอื่นไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเป็นไปโดยไม่สุจริต³³ หรือเป็นไปโดยบิดเบือนอำนาจ (Détournement de pouvoir) หลักในเรื่องที่ลึ้นความรวมถึงกรณีฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการเพื่อบรรลุเป้าหมายหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อบรรลุเป้าหมายอื่น ซึ่งบางครั้งเรียกว่าการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (Détournement de procédure)³⁴ ตัวอย่างเช่น เพื่อให้ได้พื้นที่ที่ต้องการ แทนที่จะใช้วิธีการเวนคืนที่ดินซึ่งมีขั้นตอนที่ซับซ้อนและมีค่าใช้จ่ายสูงในการจ่ายค่าชดเชยให้กับเจ้าของที่ดินเดิมฝ่ายปกครองกลับไปใช้อำนาจบังคับให้หรือถอนอาคารบางส่วนออกไปโดยอ้างว่าเพื่อให้อาคารต้องเรียงอยู่ในระยะเท่านั้น³⁵

จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวข้างต้นล้วนเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมายทั้งสิ้น

กิจกรรม 1.3.1

การอธิบายถึงเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายนั้น สามารถพิจารณาได้จากแง่มุมต่าง ๆ แง่มุมเหล่านั้นมีอะไรบ้าง

แนวตอบกิจกรรม 1.3.1

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองมีหลายประการประกอบด้วย ดังต่อไปนี้

(1) ข้อพิจารณาในแง่ของคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำการ

³³ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้การกระทำการ “โดยไม่สุจริต” เป็นเหตุหนึ่งของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁴ René Chapus **Droit administratif général** อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13 หน้า 1054

³⁵ อ้างใน ประสาท พงษ์สุวรรณ “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง” อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26 หน้า 284

- (2) ข้อพิจารณาในแง่ของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ
- (3) ข้อพิจารณาในแง่ของวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของกฎหมาย
- (4) ข้อพิจารณาในแง่ของมูลเหตุจูงใจหรือวัตถุประสงค์ในการกระทำหรือในการทำ

นิติกรรมทางปกครอง

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่นุญาตให้เผยแพร่

เรื่องที่ 1.3.2

กรณีฝ่ายปกครองละเว้นกระทำการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนอกจากจะใช้เป็นกรอบในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทที่เป็นการลงมือกระทำดังกล่าวข้างต้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ยังใช้ตรวจสอบว่าการที่ฝ่ายปกครองไม่กระทำการ (s'abstenir d'agir) นั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อีกด้วย ในแง่กฎหมายจึงเป็นเสมือนหนึ่งบทบัญญัติที่ห้ามบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องลงมือกระทำการ (Obligation d'agir) หรือพูดอีกอย่างหนึ่งได้ว่ากฎหมายห้ามมิให้ฝ่ายปกครองละเว้นไม่กระทำการ (Interdiction de s'abstenir)³⁶

ในหลายกรณีกฎหมายกำหนดบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำหรือต้องวินิจฉัยสั่งการหรือมีมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่ง การที่ฝ่ายปกครองละเว้นไม่กระทำการตามกฎหมายจึงเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายในตัวเอง³⁷

เช่น มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 กำหนดว่า เมื่อได้รับคำขออนุญาตตั้งสถานบริการ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาสั่งภายในเก้าสิบวัน ดังนั้น หากพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับคำขออนุญาตตั้งสถานบริการแล้ว ไม่ดำเนินการสั่งการใด ๆ เลยต้องถือว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติและการละเลยนั้นย่อมเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เทียบเคียง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 608/2545)

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นำเอาหลักในเรื่องนี้มาบัญญัติเป็นคดีปกครองประเภทหนึ่งด้วย โดยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และถ้าหากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของบุคคล ก็จัดเป็นคดีปกครองเกี่ยวกับการกระทำละเมิดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งกฎหมายเดียวกันด้วย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.37/2546 เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดภูเก็ตมิได้โต้แย้งผลการตรวจสอบของคณะกรรมการจัดตั้งสถานบริการซึ่งเป็นคณะกรรมการที่ตนตั้งขึ้น จึงต้องผูกพันตามผลการพิจารณาของคณะกรรมการดังกล่าว โดยมีหน้าที่ต้องออกไปรับแจ้งการจัดตั้งสถานบริการให้

³⁶ André de Laubadère *Traité de droit administratif* Tome 1 อ้างแล้ว เชมอร์รทที่ 15 หน้า 264

³⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 264-265

ผู้ฟ้องคดีไว้เป็นหลักฐาน การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดภูเก็ตไม่ออกไปรับแจ้งการจัดตั้งสถานบริการให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64/2546 เมื่อที่คืนที่ผู้ฟ้องคดีมีกรรมสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายถูกเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืน ฯ กรมทางหลวงต้องกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 ดังนั้น การที่กรมทางหลวงไม่ดำเนินการกำหนดเงินค่าทดแทนที่ดินที่ถูกเวนคืนให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.79/2547 นายองค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ยึดถือหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ปลดปล่อยให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดไฟโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ประกอบกิจการกำจัดมูลฝอย ก่อเหตุรำคาญแก่ผู้ฟ้องคดีและผู้ที่เกี่ยวข้องในบริเวณใกล้เคียงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ และการที่นายอำเภอบางพลีซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติราชการของนายองค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะ ในฐานะผู้แทนขององค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะให้ปฏิบัติราชการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในตำบลราชาเทวะมิได้กำกับดูแลนายองค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะให้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของทางราชการ จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เมื่อผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครได้ทราบจากหนังสือกรมควบคุมมลพิษแล้วว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัดไฟโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ดำเนินการกำจัดมูลฝอยไปถูกสุขลักษณะ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนและสิ่งแวดล้อม ข่อมมีหน้าที่ต้องตรวจสอบการดำเนินการกำจัดมูลฝอยดังกล่าว แต่กลับไม่ดำเนินการใด ๆ และทำสัญญาจ้างกับห้างหุ้นส่วนจำกัดไฟโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ต่อไป ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

กิจกรรม 1.3.2

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเรียกร้องฝ่ายปกครองเฉพาะกรณีกระทำการต้องชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นใช่หรือไม่ อย่างไร

แนวตอบกิจกรรม 1.3.2

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนอกจากจะใช้เป็นกรอบในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทที่เป็นการลงมือกระทำการนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ยังใช้ตรวจสอบว่าการที่ฝ่ายปกครองไม่กระทำการนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อีกด้วย ในแง่นี้

กฎหมายจึงเป็นเสมือนหนึ่งบทบัญญัติที่กำหนดบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องลงมือกระทำการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่ากฎหมายห้ามมิให้ฝ่ายปกครองละเว้นไม่กระทำการด้วย

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่อนุญาตให้เผยแพร่

เรื่องที่ 1.3.3

เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและกฎ

1.3.3.1 เงื่อนไขที่ไม่เกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองและกฎนั้น

(1) ผู้มีอำนาจจัดทำ (Compétence)

ผู้ที่จะมีอำนาจจัดทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวได้นั้น จะต้องเป็นผู้ที่กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติกำหนดให้อำนาจ อย่างไรก็ตาม ผู้มีอำนาจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองอาจมอบอำนาจให้ผู้ได้บังคับบัญชาทำการแทนได้ หากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้

อำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ชนิดด้วยกัน กล่าวคือ อำนาจผูกพัน (Pouvoir ou compétence lié) ที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการให้สำเร็จเสร็จสิ้นโดยไม่อาจปฏิเสธได้ กับอำนาจดุลพินิจ (Pouvoir discrétionnaire) ซึ่งเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกได้ว่า จะกระทำการหรือไม่กระทำการ อย่างไรก็ตาม อำนาจดุลพินิจนี้หาใช่เป็นอำนาจที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดของฝ่ายปกครองไม่ ฝ่ายปกครองไม่ได้มีอิสระอย่างสมบูรณ์ในการใช้ดุลพินิจ เพราะอำนาจดุลพินิจที่ว่ามีอยู่ถูกกำหนดให้มีโดยกฎหมาย หาใช่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นมาเองไม่ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงยังอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย

(2) แบบ (Forme)

แบบที่สำคัญของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น การทำเป็นลายลักษณ์อักษร การอ้างอิงข้อกฎหมายที่ให้อำนาจ (les visas) การให้เหตุผลประกอบการสั่งการ (la motivation) และการลงนามและวันที่ (dater et signer)

(3) กระบวนการ (Procédure)

การทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวอาจต้องทำขึ้น โดยถูกต้องตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากกฎหมายประสงค์ให้ผู้มีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองนั้นกระทำการด้วยความรอบคอบ และบางครั้งต้องการให้เป็นไปโดยโปร่งใส ตัวอย่างของกระบวนการในการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น การปรึกษา “องค์กรที่ปรึกษา” เพื่อขอความเห็นหรือข้อเสนอแนะ กฎหมายอาจกำหนดขั้นตอนการปรึกษาองค์กรที่ปรึกษาในกระบวนการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวได้หลายแบบ (เช่น ก.การบังคับให้ปรึกษา (Avis conforme) ได้แก่ กรณีที่ผู้มีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว จำต้องปรึกษาและปฏิบัติตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาในกระบวนการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ข. การปรึกษามาหน้าที่ (Avis obligatoire) ได้แก่ กรณีที่ผู้มีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว จำต้องปรึกษาองค์กรที่ปรึกษา แต่ไม่ผูกพันต้องปฏิบัติตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาก็ได้ ค. การเลือกปรึกษาก็ได้ไม่ปรึกษาก็ได้ (Avis facultatif) ได้แก่ กรณีที่ผู้มีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเลือกที่จะปรึกษาองค์กรที่ปรึกษาหรือไม่ก็ได้) ความเห็นหรือข้อเสนอแนะขององค์กรที่ปรึกษานั้น

ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครองหรือกฎในตัวของมันเอง แต่ความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายขององค์กรที่ปรึกษา อาจเป็นประเด็นที่ศาลปกครองหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในเรื่องเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวได้โดยถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการหรือขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ (Vice de procedure) ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

1.3.3.2 เงื่อนไขที่เกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือกฎนั้น

(4) การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง และการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (les motifs de l'acte) และความผิดพลาดในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (La qualification juridique des faits)

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวจะทำนิติกรรมอันใดก็ตามเมื่อปรากฏมีข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดเกิดขึ้นแล้วจริง ๆ (เงื่อนไขทางข้อเท็จจริง) แต่ยังคงมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการไว้ด้วย (เงื่อนไขทางกฎหมาย) นอกจากนั้น ยังต้องใช้และตีความกฎหมายนั้นโดยถูกต้องไม่บิดเบือนด้วย (การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง)

(5) การบิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการ

มูลเหตุจูงใจของการทำนิติกรรม (mobile ou but de l'acte) ของผู้มีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (les mobiles de l'auteur de l'acte) จะต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามกฎหมายที่อนุญาตให้ทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้น ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่ ประโยชน์สาธารณะ (ประโยชน์ส่วนรวม) นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ทำขึ้นโดยมีมูลเหตุจูงใจต่างไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นนิติกรรมที่บิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมาย (détournement de pouvoir) หรือที่มาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เรียกว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะกระทำโดยไม่สุจริต” นั่นเอง

(6) เนื้อหา (le contenu de l'acte) ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

เนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้น มีแหล่งที่มา (Source) จากบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายต่าง ๆ เนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวต้องถูกกำหนดขึ้นมาโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีชั้นที่สูงกว่า ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักลำดับชั้นของกฎหมาย (Hiérarchie des normes) นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ทำขึ้นโดยฝ่าฝืนหลักในข้อนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะ “ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย” ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กิจกรรม 1.3.3

จงอธิบายให้เข้าใจถึงเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและกฎ

แนวตอบกิจกรรม 1.3.3

เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและกฎ มีดังต่อไปนี้

ก. เงื่อนไขที่ไม่เกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้น

- (1) ผู้มีอำนาจจัดทำ
- (2) แบบ
- (3) กระบวนการ

ข. เงื่อนไขที่เกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองและกฎนั้น

- (1) การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง และการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย และความผิดพลาดในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง
- (2) การบิดเบือนเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการ
- (3) เนื้อหาไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่อนุญาตให้เผยแพร่

ตอนที่ 1.4

หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการ

โปรดอ่านหัวเรื่อง แนวคิด และวัตถุประสงค์ของตอนที่ 1.4 แล้วจึงศึกษารายละเอียดต่อไป

หัวเรื่อง

- 1.4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการ
- 1.4.2 อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองกับการควบคุม โดยองค์กรตุลาการ
- 1.4.3 หลักสัดส่วนกับการควบคุมการกระทำทางปกครอง

แนวคิด

1. การที่กฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นต่ำลงมาต้องถูกทำให้เกิดขึ้น (บัญญัติ) โดยสอดคล้องหรือไม่ขัดแย้งกับกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่สูงกว่าโดยสภาพ เช่น พระราชบัญญัติต้องถูกตราขึ้น โดยไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหรือคำสั่งต้องออกโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติจากการดังกล่าว จึงจำเป็นต้องก่อให้เกิดกลไก (ของกฎหมาย) และองค์กรขึ้นมาเพื่อตรวจสอบการเคารพในลำดับชั้นของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งองค์กรตั้งว่านั่น ก็คือ “องค์กรตุลาการ” ด้วยว่าองค์กรตุลาการนั้น โดยสาระสำคัญแล้วก็คือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ ในการยุติข้อพิพาทโต้แย้งที่เกิดขึ้นในรัฐนั้น ๆ เป็นหลัก ซึ่งหากพิจารณาให้ดีก็อาจกล่าวได้ว่าหน้าที่กฎหมายลำดับชั้นต่ำกว่าไม่เคารพต่อกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า ก็คือปรากฏการณ์ที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งสองขัดแย้งกันหรือวิวาทกันแล้วนั่นเอง ด้วยเหตุปัจจัยดังกล่าว องค์กรตุลาการจึงต้องเข้ามายุติข้อพิพาทดังกล่าวอย่างมีอาจปฏิเสธได้ในที่สุด
2. การบังคับให้ฝ่ายปกครองจำต้องอยู่ในกรอบอันเคร่งครัดของกฎหมายอย่างตายตัวในทางหลักการนั้น ก็อาจเกิดผลเสียต่อประโยชน์ของส่วนรวมได้ โดยต่อให้พยายามร่างกฎหมายให้ครอบคลุมถึงสถานการณ์ต่าง ๆ อย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่ในสภาพความเป็นจริงก็อาจจะมีข้อเท็จจริงบางประการที่เกิดขึ้นในภายหลังจากการบัญญัติกฎหมายที่ทำให้ไม่อาจปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้ร่างกฎหมายจึงมีความจำเป็นต้องเปิดช่องทางไว้ในกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถ “มีแดนที่ตนจะเคลื่อนไหวได้ตามสมควรเพื่อปรับบทกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด
3. “หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) มีสาระสำคัญประกอบด้วยเกณฑ์ 3 ประการคือ หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) และหลัก

ความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “หลักความได้ดุลยภาพ”

วัตถุประสงค์

เมื่อศึกษาตอนที่ 1.4 จบแล้ว นักศึกษาสามารถ

1. อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการได้
2. อธิบายอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองกับการควบคุมโดยองค์กรตุลาการได้
3. อธิบายหลักสัดส่วนกับการควบคุมการกระทำทางปกครองได้

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่นุญาตให้เผยแพร่

เรื่องที่ 1.4.1

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการ

การที่กฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นต่ำลงมาต้องถูกทำให้เกิดขึ้น (บัญญัติ) โดยสอดคล้องหรือไม่ขัดแย้งกับกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่สูงกว่าโดยสภาพ ทั้งนี้ พึงยกตัวอย่างถึงปรากฏการณ์ดังกล่าวได้ เช่น พระราชบัญญัติต้องถูกตราขึ้นโดยไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหรือคำสั่งต้องออกโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ จากการดังกล่าว จึงจำเป็นต้องก่อให้เกิดกลไก (ทั้งกฎหมาย) และองค์กรขึ้นมาเพื่อตรวจสอบการเคารพในลำดับชั้นของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งองค์กรดังกล่าวนี้ก็คือ “องค์กรตุลาการ” เป็นสำคัญ ด้วยว่าองค์กรตุลาการนั้น โดยสาระสำคัญแล้วก็คือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในการยุติข้อพิพาทได้แย้งที่เกิดขึ้นในรัฐนั้น ๆ เป็นหลัก ซึ่งหากพิจารณาให้ดีก็อาจกล่าวได้ว่าการที่กฎหมายลำดับชั้นต่ำกว่าไม่เคารพต่อกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า ก็คือปรากฏการณ์ที่กฎหมายทั้งสองขัดแย้งกันหรือวิวาทกันแล้วนั่นเอง ด้วยเหตุปัจจัยดังกล่าว องค์กรตุลาการจึงต้องเข้ามายุติข้อพิพาทดังกล่าวอย่างมีอาจปฏิเสธได้ในที่สุด

กล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากกรณีไม่เคารพลำดับชั้นของกฎหมายนั้น เกิดขึ้นมาจากการกระทำใด ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ประเภทที่เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” อันมีลักษณะเป็นการบังคับการฝ่ายเดียวกับเอกชน โดยออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว หรือจะเรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” ก็ได้) และก่อให้เกิดความเสียหาย เอกชนผู้นั้นก็สามารถที่จะมาฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่กฎหมาย (ลำดับรัฐธรรมนูญ) ก่อตั้งขึ้นและบัญญัติให้อำนาจพิจารณาพิพากษา “คดีปกครอง” เพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนบรรดานิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง – คดีที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย) ได้ การฟ้องคดีประเภทดังกล่าวนี้ หนึ่งก็คือ การเปิดโอกาสให้ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (ในทางความเป็นจริงได้) โดยวัตถุแห่งคดีที่ถูกตรวจสอบนั้น ก็คือ บรรดากฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง นั่นเอง

กระนั้นก็ตาม การปกป้องรักษาความมั่นคงแห่งหลักนิติธรรม หรือนิติรัฐ โดยศาลปกครองหรือศาลใดก็ตามที่ นั้น ไม่อาจจะเป็นไปได้โดยมีประสิทธิภาพ หากปรากฏว่าองค์กรตุลาการนั้นขาดเครื่องมือหรืออาวุธที่จะต่อกรกับความไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาวุธหรือเครื่องมือที่ว่าได้แก่อะไร อาวุธหรือเครื่องมือที่ว่าหาใช้สิ่งอื่นใดเลยไม่ นอกไปจากกฎหมาย (ลายลักษณ์อักษร) ที่ชัดเจนแน่นอน

อย่างไรก็ตาม สำหรับโลกแห่งความเป็นจริงนั้น แม้จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายก็ตามที แต่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าว ก็เชื่อว่าสมบูรณ์ครบถ้วน ชัดเจนแน่นอนเสมอไป จนศาลสามารถนำมาปรับใช้ได้กับทุกคดี ในการนี้ ต้องเข้าใจว่าศาลมีหน้าที่ในการยุติข้อพิพาท (คดี) ดังนั้น ศาลจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ที่จะต้องหาและมีเครื่องมือในการปฏิบัติหน้าที่นี้ ด้วยเหตุนี้ หากปรากฏว่าเครื่องมือดังกล่าวไม่สมบูรณ์หรือขาดหายไป ศาลก็จำเป็นต้องสร้างเครื่องมือขึ้นขึ้นมาด้วยตนเอง เพื่อให้การทำงานของศาลสามารถดำเนินต่อไปได้ และด้วยความที่ศาลเป็นองค์กรพิทักษ์ความยุติธรรม กฎเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้นมาเพื่อใช้ในการตัดสินคดีนั้น ศาลจะสรรสร้างมาจากฐานของหลักความยุติธรรม เป็นสำคัญ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หลักความยุติธรรม อันเป็นรากเหง้าของปทัสสถาน (Norme) ที่ศาลสรรสร้างขึ้นมา โดยข้อเท็จจริงแล้วถูกซ่อนอยู่ในบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเมื่อศาลมุ่งหมายที่จะพิพากษาคดีใด โดยศาลเห็นว่าตนสามารถพิพากษาคดีนั้นได้โดยอาศัยหลักการที่ซ่อนอยู่ในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลก็จะสกัดหลักกฎหมายที่ซ่อนอยู่นั้นออกมา โดยเรียกสิ่งนี้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” (les Principes Généraux du Droit หรือ General Principles of Law) ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการรับรองและคุ้มครองบรรดาสิทธิของประชาชนเป็นสำคัญ

อนึ่ง หากพิจารณากันให้ลึกซึ้งต่อไปก็จะพบว่าในสังคมหนึ่ง ๆ นั้น ยังมีหลักการต่าง ๆ ที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง นอกจากบรรดาตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยบรรดาหลักการที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งเหล่านั้น ต่างก็มีค่าเสมือนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มุ่งรับรองและคุ้มครองบรรดาสิทธิของประชาชนด้วยเช่นกัน เช่นที่ท่านศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี พนมยงค์ รัฐบุรุษอาวุโส และผู้ประศาสน์การมหาวิทยาลัย (วิชา) ธรรมศาสตร์ (และการเมือง) ก็ยังเป็นผู้พยายามผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย (หรือสยาม ในครานั้น) ได้กล่าวไว้ในคำรากฎหมายปกครองของท่าน ตั้งแต่เมื่อราวปี พ.ศ. 2474 ว่า “ในบรรดาหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งแอบแฝงอยู่ในวิชาต่าง ๆ ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปประเภทหนึ่งซึ่งจะต้องทราบเสียในเบื้องต้น เพราะจำเป็นที่สุดในการศึกษากฎหมายปกครอง คือหลักที่ว่าด้วยสิทธิของมนุษย์นั้น”

แนวคิดเกี่ยวกับหลักการที่สำคัญยิ่งนอกจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น หลายท่านอาจเข้าใจว่าเป็นแนวคิดที่กฎหมายไทยในปัจจุบันได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดกฎหมายตะวันตก (กฎหมายสมัยใหม่) ซึ่งนั่นก็ไม่ผิดแต่ประการใด แต่หากได้พิจารณาให้ละเอียดพิสดารลึกซึ้งไปอีกสักเล็กน้อย ก็จะพบว่า แนวคิดดังกล่าวนี้ ได้ปรากฏมีมาแล้วในระบบกฎหมายไทยแต่โบราณมา นั่นคือหลักพุทธธรรม ซึ่งมีอิทธิพลเป็นอย่างยิ่งกับบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยแต่โบราณ อันมีบทกฎหมายนามว่า “พระธรรมศาสตร์” เป็นประธานแห่งกฎหมายทั้งปวง เป็นเครื่องมือในการรักษาความ “ยุติ” “ธรรม” ของสังคมไทยในอดีต

ระบบกฎหมายไทย ศาลไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครองไทย อาจจะโชคดีกว่าศาลของประเทศอื่น ๆ ในการรักษาความยุติธรรม ในการปกป้องหลักนิติธรรม ในการคงไว้ซึ่งความเป็นนิติรัฐ ที่เมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งในอดีตก็ดี ทั้งในปัจจุบันก็ดี เราจะพบว่าได้มีการนำปทัสสถาน

ทางกฎหมายที่ยังไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งในระบบกฎหมายของต่างประเทศเรียกกันว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” มาบัญญัติเป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทย นับแต่อดีตเรื่อยมาจนปัจจุบัน อาทิ หลักความไม่มีส่วนได้เสีย หรือจะเรียกว่า “หลักความปราศจากอคติ” (*nemo iudex in re sua*) ก็ได้ นั้น ตามระบบกฎหมายไทยเดิม ปรากฏอยู่ในหลักอินทภาษ ที่มีการบัญญัติรับรองไว้ใน “กฎหมายตราสามดวง” หลักดังกล่าวนี้ ได้รับอิทธิพลมาจากพุทธธรรม หัวข้อ อคติ 4 หรือตามระบบกฎหมายปัจจุบัน หลักการนี้ ปรากฏอยู่เช่นกันในมาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะได้รับอิทธิพลมาไม่น้อยจากกฎหมายปกครองเยอรมันก็ตามที่ แต่เป็นที่น่าอัศจรรย์ยิ่ง ที่หลักการทั้งจากพุทธธรรมและจากกฎหมายสมัยใหม่ดังกล่าวต่างมาสอดคล้องซึ่งกัน อย่างมิได้นัดหมาย จากตัวอย่างข้างต้น จึงอาจจะกล่าวได้ว่า ศาลไทยนั้น มีอุปการณสำคัญอยู่เพียงสิ่งเดียว สำหรับการธำรงรักษาไว้ซึ่งหลักนิติธรรมหรือนิติรัฐ

ศาลปกครองไทยได้ยืนยันบ่อยครั้งถึงหลักการอันสำคัญยิ่งตามกล่าวย่างต้นนี้ แม้อาจจะ ไม่มีบัญญัติรับรองไว้โดยตรงในกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตามที่ ผ่านคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในหลายคดีด้วยกัน เช่น ตามหลักความเสมอภาคแล้ว หากความพิการนั้นเป็นสาระสำคัญในการประกอบ วิชาชีพใด หน่วยงานของรัฐก็ไม่อาจนำเอาความพิการนั้น มาปฏิเสธไม่รับบุคคลผู้พิการนั้น เข้าทำงาน ในหน่วยงานของตน, หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดซึ่งมีหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง และเป็นผู้ที่มี ประโยชน์ได้เสียกับการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ไปทางหนึ่งทางใดก็ตาม ไม่อาจเป็นผู้ดำเนินการ ออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ด้วยขัดต่อหลักความเป็นกลาง (หรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย หรือหลัก ความปราศจากอคติ), หรือการตรากฎกระทรวงฉบับหนึ่งฉบับใดนั้น หากเป็นไปตามเจตนารมณ์ของ พระราชบัญญัติที่ให้อำนาจ เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นส่วนรวม ถึงแม้จะมีข้อขัดข้องในการใช้ สิทธิของบุคคลอยู่บ้าง แต่ข้อขัดข้องนี้ปรากฏมีสัดส่วนที่น้อยกว่าประโยชน์ที่ประชาชนส่วนรวมจะได้รับ กฎกระทรวงฉบับนั้น ๆ ก็ถือได้ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายในที่สุด ด้วยเป็นไปโดยสอดคล้อง ตามหลักแห่งความได้สัดส่วน เป็นต้น

อนึ่ง แม้ศาลไทยจะมีปัจจัยที่เรียกได้ว่าเพียงพอกับการรับมือกับปัญหา การขาดเสถียรภาพของนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม แต่เราต้องไม่ลืมว่าสังคมไทย หรือหากจะว่าไป ก็ต้องบอก ว่า สังคมไทย ก็ตามที่ไม่ได้อยู่ในสถานะที่หยุดนิ่งอยู่กับที่ สังคมมีธรรมชาติที่เคลื่อนไหวเคลื่อนที่อยู่ ตลอดเวลา เวลาเปลี่ยนแปลงเป็นปกติ สังคมก็เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา เป็นธรรมดาตามกฎแห่งธรรมชาติ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะไปในทางดีหรือไม่ดีก็ตาม ปรากฏการณ์เช่นนี้เอง ที่เป็นเหตุปัจจัยหนึ่งที่ก่อให้เกิดกฎหมาย ต้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่ต้องเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอจนขาดเสถียรภาพในที่สุด เหตุนี้ด้วยเพราะว่าสังคม มีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอและเป็นปกติ ดังนั้น เมื่อสังคมเปลี่ยน ปัญหาต่าง ๆ ของสังคมก็พัฒนาเปลี่ยนแปลง ตามไปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาด้านการรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ทุกวันนี้ เราไม่ได้ ดำรงชีวิตอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับเมื่อในอดีต แนวคิดต่าง ๆ ที่ถูกสร้างขึ้นมาในยุคเก่าก่อนนั้น จะนำมา ปรับใช้ได้หรือไม่กับยุคสมัยนี้ คงยังเป็นเรื่องที่ต้องถูกนำมาพิจารณาทบทวนกันพอสมควร

การสร้างหลักกฎหมายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่ง ก็คือการเข้ามาบิบทบาทในการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยศาลปกครองนั้น มีที่มาจากเหตุผลหลายประการประกอบกัน เหตุผลประการหนึ่งนอกจากที่กล่าวแล้วข้างต้น ก็คือ แนวคิดเสรีนิยมได้วางหลักการที่สำคัญอยู่ประการหนึ่งว่า ประชาชนแต่ละคนจะต้องรู้กฎหมายที่จะถูกบังคับใช้กับตน หรือในทางตรงข้าม ก็คือ การที่ “บุคคลพึงอ้างไม่ได้ว่า ตนไม่รู้กฎหมาย” (*Ignorantia legis non excusat. Nemo censetur ignorare legem.*) ข้อความคิดนี้สามารถตีความได้เป็น 2 นัยด้วยกัน คือ ประการแรก ประชาชนแต่ละคนต้องเคารพในกฎหมาย และประการที่สอง ประชาชนแต่ละคนพึงเรียกร้องสิทธิของตนได้ (เพราะตนนั้นรู้กฎหมายที่กำหนดจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของตน) อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดนี้เป็นไปได้ยากอย่างยิ่งหรือกล่าวได้ว่าเป็นไปไม่ได้เลยสำหรับยุคปัจจุบัน เพราะว่า ณ วันนี้ กฎหมายไม่ได้มีเสถียรภาพเช่นแต่ก่อนแล้ว ทุกวันนี้กฎหมายมีพัฒนาการไม่เพียงมากมาย และรวดเร็วยิ่งนัก กฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงบ่อยครั้งมากจนประชาชนรับรู้ไม่ทัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีสำคัญในทางเศรษฐกิจและสังคม ก็ได้สร้างปัญหาให้แก่ประชาชนผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายด้วยเช่นกัน จนผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายนั้นขาดความมั่นใจในการดำรงชีวิตในสังคมไปเลยทีเดียว

สังคมเปลี่ยนไป บทกฎหมายพัฒนาไปตามสภาพสังคมก็เปลี่ยนแปลงไป ก็เป็นธรรมดาที่บทกฎหมายย่อมต้องมีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าในยุคอดีต ความซับซ้อนของบทกฎหมายนี้เอง ที่กล่าวได้ว่าเป็น “ช่องว่างของกฎหมาย” สำหรับยุคปัจจุบัน อนึ่ง การที่กฎหมายปรากฏมีช่องว่างขึ้นนั้น ไม่ใช่เพราะความขาดตกบกพร่อง แต่อาจเพราะมีเนื้อหามากเกินไป ที่ทำให้กฎหมายไม่สมบูรณ์ เพราะกฎหมายที่ซับซ้อนนี้ในที่สุดก็ไม่สามารถถูกบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซ้ำร้ายยังอาจไปก่อความเสียหายให้เกิดแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกด้วยก็เป็นได้ จากเหตุผลนี้เอง ที่ได้มีการเรียกร้องให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครอง เข้ามาบิบทบาทในการอุดช่องว่างตรงนี้ของกฎหมาย เพื่อรักษาหลักนิติธรรม หรือนิติรัฐ ในที่สุด

ทั้งหมดนี้คือ มูลเหตุสำคัญที่ทำให้ศาลปกครองต้องสร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการพิพากษาคดี เป็นสำคัญ และหากพินิจพิเคราะห์ให้ดี ก็จะพบว่าบทบาทของศาลปกครองในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปนั้น นอกจากจะเป็นการสร้างเสริมประสิทธิภาพในการยุติข้อพิพาททางปกครอง อันเป็นภาระหน้าที่หลักของศาลปกครองแล้ว การสร้างหลักกฎหมายทั่วไป โดยศาลปกครอง ยังเป็นการพัฒนาหลักนิติธรรม หรือนิติรัฐ ให้มีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น ขึ้นไปในคราวเดียวกันด้วยโดยไม่รู้ตัว

กิจกรรม 1.4.1

จงอธิบายให้เข้าใจถึงการที่กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไม่เคารพลำดับชั้นของกฎหมาย และผลของการดังกล่าว

แนวตอบกิจกรรม 1.4.1

การไม่เคารพลำดับชั้นของกฎหมายนั้น เกิดขึ้นมาจากการกระทำใด ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ประเภทที่เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” อันมีลักษณะเป็นการบังคับการฝ่ายเดียวกับเอกชน โดยอาศัยกฎหรือคำสั่งทางปกครอง (นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว หรือจะเรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” ก็ได้) และก่อให้เกิดเอกชนผู้นั้นได้รับความเสียหาย เอกชนผู้นั้นก็สามารถที่จะมาฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่กฎหมาย (ลำดับรัฐธรรมนูญ) ก่อตั้งขึ้นและบัญญัติให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษา “คดีปกครอง” เพื่อขอให้ศาลสั่งเพิกถอนบรรดานิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง – คดีที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย) ได้ การฟ้องคดีประเภทดังกล่าวนี้ ทางหนึ่งก็คือ การเปิดโอกาสให้ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (ในทางความเป็นจริงได้) โดยวัตถุแห่งคดีที่ถูกตรวจสอบนั้น ก็คือ บรรดากฎหรือคำสั่งทางปกครอง นั่นเอง

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่อนุญาตให้เผยแพร่

เรื่องที่ 1.4.2

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองกับการควบคุมโดยองค์การตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายเรียกร้องว่า หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจองค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิของเอกชนได้³⁸ และกฎหมายเองก็เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน ด้วยมีจุดมุ่งหมายในการสร้างหลักประกันให้กับปัจเจกบุคคลเพื่อคุ้มครองปัจเจกบุคคลให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจรัฐ³⁹

อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ การบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกรอบอันเคร่งครัดของกฎหมายอย่างตายตัว ก็อาจเกิดผลเสียต่อประโยชน์ของส่วนรวมได้ โดยต่อให้พยายามร่างกฎหมายให้ครอบคลุมถึงสถานการณ์ต่าง ๆ อย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะทำได้ ในสภาพความเป็นจริงก็อาจจะมีข้อเท็จจริงบางประการที่เกิดขึ้นในภายหลังจากการบัญญัติกฎหมายที่ทำให้ไม่อาจปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้ร่างกฎหมายจึงมีความจำเป็นต้องเปิดช่องทางไว้ในกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถ “มีแผนที่คุณจะเคลื่อนไหวได้ตามสมควรเพื่อปรับบทกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด”⁴⁰

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในการปกครองระบอบนิติรัฐที่แสดงผ่านมาทางหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นที่ยึดถือกันว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มาของอำนาจและข้อจำกัดของการใช้อำนาจรัฐ กฎหมายจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการปกครองและการใช้อำนาจรัฐ เพื่อให้หลักการที่กล่าวมาบรรลุผล กฎหมายจึงควรต้องมีความชัดเจนแน่นอนตามสมควร โดยกำหนดกรณีต่าง ๆ เกี่ยวกับการใช้อำนาจและเงื่อนไขการใช้อำนาจไว้อย่างรัดกุม โดยไม่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ องค์การที่เจ้าหน้าที่ตรากฎหมายหรือองค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถระบุกรณีต่าง ๆ อันเป็นเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจรวมทั้งผลตามกฎหมายอันเกิดจากการปรับใช้กฎหมายได้อย่างละเอียดถี่ถ้วนทุก ๆ กรณีไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในรัฐสมัยใหม่ที่ภารกิจหน้าที่ของรัฐและภารกิจหน้าที่ในทางบริหารมีปริมาณมากและสลับซับซ้อน ความจำเป็นที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเปิดช่องทางให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจเพื่อปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์แต่ละสถานการณ์ก็มีมากขึ้น トラบใดที่ฝ่ายปกครองใช้กระทำการอยู่ภายในกรอบของอำนาจดุลพินิจ ศาลมักจะไม่ใช่ไปตรวจสอบหรือแตะต้องการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

³⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21 หน้า 17

³⁹ Max Gounelle *Introduction au droit public : Institutions* อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6 หน้า 172

⁴⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21 หน้า 43

อำนาจดุลพินิจ (Pouvoir discrétionnaire) จึงเป็นเสรีภาพของฝ่ายปกครองที่กฎหมายจัดวางไว้เพื่อให้ตัดสินใจเลือกกระทำการหรือละเว้นกระทำการ (EntschlieBungsermessen) หรือเลือกผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายอย่าง (Auswahlermessen) เพื่อบรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁴¹ อันเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับอำนาจผูกพัน (Pouvoir lié, Compétence lié) ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้วว่า ในสถานการณ์หรือในเงื่อนไขข้อเท็จจริงนั้น ๆ ฝ่ายปกครองต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้โดยไม่อาจตัดสินใจเป็นอย่างอื่นได้

มีข้อพึงสังเกตว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเอง โดยการบัญญัติถ้อยคำที่ไม่ผูกมัดการกระทำของฝ่ายปกครองอย่างเฉพาะเจาะจง โดยปกติแล้วกฎหมายอาจมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองได้หลายลักษณะ กล่าวคือ

ก. อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของคดี หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย”⁴² อันเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Qualification juridique des faits) ในกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง เช่น “ดำเนินกิจการขัดต่อสุขอนามัยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”⁴³ “ลามกอนาจาร”⁴⁴ “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ”⁴⁵

ข. อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ”⁴⁶ เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจสั่งการหรือไม่ และถ้าฝ่ายปกครองตัดสินใจไปในทางที่จะใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อหาของคำสั่งอีกด้วย

ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วศาลจะไม่แทรกแซงเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยตรง แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะไม่อยู่ในความดูแลของศาลเลย ในประเทศฝรั่งเศสหากเป็นกรณีเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจศาลจะทำการตรวจสอบแบบที่เรียกว่า Contrôle minimum (การควบคุมตรวจสอบขั้นต่ำหรือบางครั้งเรียกว่าการควบคุมแบบจำกัด - Contrôle restreint) กล่าวคือศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งหรือการใช้อำนาจดุลพินิจโดยตรง แต่จะตรวจสอบว่า⁴⁷ (1) ใช้นิติอำนาจหรือไม่ (2) คำสั่งหรือการกระทำนั้นเป็นไปตามรูปแบบหรือขั้นตอน

⁴¹ Gilles Lebreton **Droit administratif général** Paris Armand Colin 3e édition 2004 page 65

⁴² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง** อังแล้ว เชียงอรธที่ 38 หน้า 53

⁴³ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546

⁴⁴ มาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535

⁴⁵ มาตรา 26 (1) และ (5) แห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522

⁴⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง** อังแล้ว เชียงอรธที่ 21 หน้า 49

⁴⁷ Gilles Lebreton **Droit administratif général** อังแล้ว เชียงอรธที่ 41 หน้า 66

หรือไม่ (3) การใช้อำนาจนั้นเป็นไปโดยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ (4) เหตุผลประกอบคำสั่งเป็นเหตุผลที่ชอบหรือไม่ (5) ความสมเหตุสมผล เช่น เป็นไปโดยสมควรแก่เหตุหรือไม่ มีความจำเป็นหรือไม่

กิจกรรม 1.4.2

จงอธิบายให้เข้าใจถึงอำนาจดุลพินิจโดยสังเขป

แนวตอบกิจกรรม 1.4.2

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้นแล้ว โดยการบัญญัติถ้อยคำที่ไม่ผูกมัดการกระทำของฝ่ายปกครองอย่างเฉพาะเจาะจง โดยปกติแล้วกฎหมายหรือบทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองได้หลายลักษณะ กล่าวคือ ก. อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย” อันเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง ในกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง เช่น “ดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” “ลามกอนาจาร” “อาหารที่มีสิ่งที่น่าจะเป็นอันตรายแก่สุขภาพ” และ ข. อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจสั่งการหรือไม่ และถ้าฝ่ายปกครองตัดสินใจไปในทางที่จะใช้อำนาจแล้วฝ่ายปกครองยังมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อความของคำสั่งอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าฝ่ายหลักแล้วศาลจะไม่แทรกแซงเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยตรง แต่ทั้งนี้ได้หมายความว่า การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะไม่อยู่ในความดูแลของศาลเลย ในประเทศฝรั่งเศสหากเป็นกรณีเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ ศาลจะทำการตรวจสอบแบบที่เรียกว่า การควบคุมระดับขั้นต่ำหรือบางครั้งเรียกว่าการควบคุมแบบจำกัด กล่าวคือศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งหรือการใช้อำนาจดุลพินิจโดยตรง แต่จะตรวจสอบว่า (1) เจ้าหน้าที่มีอำนาจหรือไม่ (2) คำสั่งหรือการกระทำนั้นเป็นไปตามรูปแบบหรือขั้นตอนหรือไม่ (3) การใช้อำนาจนั้นเป็นไปโดยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ (4) เหตุผลประกอบคำสั่งเป็นเหตุผลที่ชอบหรือไม่ (5) ความสมเหตุสมผล เช่น เป็นไปโดยสมควรแก่เหตุหรือไม่ มีความจำเป็นหรือไม่

เรื่องที่ 1.4.3

หลักสัดส่วนกับการควบคุมการกระทำทางปกครอง

“หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) มีสาระสำคัญประกอบด้วยเกณฑ์ 3 ประการ คือ หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) และ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) หรือ อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “หลักความได้ดุลยภาพ” โดยมีรายละเอียดพอสังเขป ดังนี้

1.4.3.1 หลักความเหมาะสม

หลักนี้บังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้วิจรรย์ญาณเลือกกำหนดมาตรการที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ที่นั่น มาตรการที่ไม่อยู่ในวิสัยจะทำให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจปรากฏขึ้นมาในโลกแห่งความเป็นจริงได้โดย ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม

1.4.3.2 หลักความจำเป็น

หลักนี้มีความหมายว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วนแล้วแต่สามารถ ดำเนินให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ทั้งสิ้นนั้น ถ้าเป็นมาตรการที่มีผลกระทบ กระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎร องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกกำหนดมาตรการที่จะมี ผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุด และถ้าเป็นมาตรการที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎร องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกกำหนดมาตรการที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

1.4.3.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หรือหลักความได้ดุลยภาพ

หลักนี้หรือเรื่องให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและ ประโยชน์อันสังคมพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครองมาตรการใด มาตรการหนึ่ง ดังนั้น หลักนี้จึงห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจกำหนดมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่า หากได้ลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่ มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะบังเกิดขึ้นกับราษฎร

กิจกรรม 1.4.3

จงอธิบายให้เข้าใจถึงสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน

แนวตอบกิจกรรม 1.4.3

“หลักความได้สัดส่วน” มีสาระสำคัญประกอบด้วยเกณฑ์ 3 ประการ คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “หลักความได้ดุลยภาพ”

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่นุญาตให้เผยแพร่

ตอนที่ 1.5

การปรับใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ

โปรดอ่านหัวเรื่อง แนวคิด และวัตถุประสงค์ของตอนที่ 1.5 แล้วจึงศึกษารายละเอียดต่อไป

หัวเรื่อง

1.5.1 ในขณะที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ : พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457

1.5.2 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ

แนวคิด

1. หลักความชอบด้วยกฎหมายคือหลักการที่กำหนดให้กฎหมายนั้นเป็นทั้งแหล่งที่มาของการใช้อำนาจและเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วยในขณะเดียวกัน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิของเอกชนได้อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ การบังคับให้ฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ในกรอบอันเคร่งครัดของกฎหมายอย่างตายตัว ก็อาจเกิดผลเสียต่อประโยชน์ของส่วนรวมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสถานการณ์ที่ไม่ได้อยู่ในเงื่อนไขปกติที่กฎหมายมุ่งหมายใช้บังคับ

2. พื้นฐานความคิดของทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles) มาจากหลักการสำคัญประการหนึ่งที่กำหนดหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้ต้องดูแลรักษาให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นภายในรัฐและให้บริการสาธารณะต่าง ๆ ดำเนินไปได้ตามปกติ ดังนั้น หากการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายอาจจะมีผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจรักษาความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมไว้ได้ หรืออาจทำให้ไม่สามารถดำเนินการสาธารณะได้ ฝ่ายปกครองอาจระงับการปฏิบัติตามกฎหมายไว้ได้ชั่วคราว ผลก็คือ การกระทำที่ในสถานการณ์ปกติอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำนั้นได้กระทำในช่วงที่มีสถานการณ์พิเศษ การกระทำนั้นอาจถือว่าชอบด้วยกฎหมายได้เป็นกรณีเฉพาะการณ์

วัตถุประสงค์

เมื่อศึกษาตอนที่ 1.1 จบแล้ว นักศึกษาสามารถ

1. อธิบายให้เข้าใจถึงการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ: พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457

2. อธิบายให้เข้าใจถึงทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ

เรื่องที่ 1.5.1

ในขณะที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ : พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ประกาศใช้แทนพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 ตามกฎหมายนี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติบังคับใช้กฎหมายเพื่ออยู่ดีความไม่สงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและทำให้ความสงบเรียบร้อยของสังคมกลับคืนมาโดยเร็ว อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่บัญญัติว่า ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่งหรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้น ในส่วนที่ไม่ให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่งหรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองน่าจะไม่ชอบด้วยหลักนิติรัฐและน่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้เสมอ

กฎอัยการศึกเป็นกฎหมายซึ่งได้ตราขึ้นไว้สำหรับประกาศใช้เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองชน ในกรณีเกิดสงคราม การจลาจล โดยในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึคนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารซึ่งมีอำนาจหน้าที่เหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยุทธี การระงับปราบปรามหรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาบางอย่างที่ประกาศใช้แทนศาลพลเรือน กฎอัยการศึกเป็นกฎหมายที่มีอยู่ในเวลาปกติ แต่ไม่ได้ใช้บังคับโดยเมื่อจะใช้บังคับจะต้องประกาศและกำหนดเขตพื้นที่ที่จะใช้บังคับ ในหลายประเทศจะไม่มีกฏตราเป็นกฎหมายชัดเจน เช่น สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ในบางประเทศจะตราเป็นกฎหมายชัดเจน เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศไทย กฎอัยการศึกในประเทศอังกฤษเริ่มใช้เมื่อ ค.ศ. 1628 (พ.ศ. 2151) ประเทศฝรั่งเศสมีกฎอัยการศึกใช้ตั้งแต่ ค.ศ. 1849 (พ.ศ. 2392) กฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทยมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ ได้รับการตราขึ้นครั้งแรกในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อ พ.ศ. 2450 เรียกว่า กฎอัยการศึก ร.ศ. 126 มีทั้งสิ้น 9 มาตรา โดยถอดแบบมาจากกฎอัยการศึกของประเทศฝรั่งเศส และต่อมาใน พ.ศ. 2457 พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว

ทรงเห็นว่าอำนาจของทหารตามกฎหมายการศึก ร.ศ. 126 นั้นยึดตามแบบฝรั่งเศส ในขณะที่ประเทศสยาม (ประเทศไทย) ใช้ตำราพิชัยสงครามตามแบบอินเดีย ซึ่งไม่สอดคล้องกัน จึงทรงยกเลิกกฎหมายการศึก ร.ศ. 126 และตรากฎหมายการศึก พ.ศ. 2457 (พระราชบัญญัติกฎหมายการศึก พ.ศ. 2457) ขึ้นใช้แทน มีทั้งสิ้น 17 มาตรา และยังคงใช้อยู่จนถึงทุกวันนี้ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมรวม 5 ครั้ง สำหรับการยกเลิกการบังคับใช้กฎหมายการศึกในพื้นที่ใดนั้นต้องประกาศเป็นพระบรมราชโองการ

กิจกรรม 1.5.1

จงอธิบายให้เข้าใจถึงพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล

แนวตอบกิจกรรม 1.5.1

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กฎหมายนี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติบังคับใช้กฎหมายเพื่อยุติความไม่สงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และทำให้ความสงบเรียบร้อยของสังคมกลับคืนมาโดยเร็ว อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่บัญญัติว่า ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่งหรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้น ในส่วนที่ไม่ให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่งหรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองน่าจะไม่ชอบด้วยหลักนิติรัฐและน่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้เสมอ

เอกสารสำหรับนักศึกษาชั้นปีที่ 461 ไม่นอนุญาตให้เผยแพร่

เรื่องที่ 1.5.2

ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ

พื้นฐานความคิดของทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles)⁴⁸ มาจากหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่กำหนดหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้ต้องดูแลรักษาให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นภายในรัฐและให้บริการสาธารณะต่าง ๆ ดำเนินไปได้ตามปกติ (assurer l'ordre public et le fonctionnement des services publics)⁴⁹ ดังนั้น หากการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย อาจจะมีผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจรักษาความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมไว้ได้ หรืออาจทำให้ไม่สามารถดำเนินบริการสาธารณะได้ ฝ่ายปกครองอาจจะรับการปฏิบัติตามกฎหมายไว้ได้ชั่วคราว ผลก็คือ การกระทำที่ในสถานการณ์ปกติอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำนั้นได้กระทำในรัฐที่มีสถานการณ์พิเศษ การกระทำนั้นอาจถือว่าชอบด้วยกฎหมายได้เป็นกรณีเฉพาะการณ (Légalité d'Exception)

จากที่กล่าวมาข้างต้น การที่จะถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายเป็นกรณีพิเศษ จึงต้องมีองค์ประกอบสองประการ กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง จะต้องมีข้อเท็จจริงอันจัดว่าเป็นสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้น เช่น เกิดมีสงคราม (เช่น สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง CE 28 juin 1918 Heyries⁵⁰, CE 28 février 1919 Dames Dol et Laurent) ภัยพิบัติธรรมชาติ (เช่น ภูเขาไฟระเบิด CE 18 mai 1983 Rodes) ภัยจากลวนลาม (เช่น เกิดการนัดหยุดงานเป็นวงกว้างทั่วประเทศ CE 18 avril 1947 Jarrigion, เหตุการณ์จลาจลอันเนื่องมาจากสงครามอัลจีเรีย CE Ass. 19 octobre 1962 Canal) กรณีที่เกิดพิบัติภัยอันเนื่องมาจากคลื่นสึนามิ ก็อาจจัดเข้าอยู่ในข้อเท็จจริงประเภทนี้ได้

ประการที่สอง ข้อเท็จจริงอันเป็นสถานการณ์พิเศษดังกล่าวจะต้องมีผลทำให้ฝ่ายปกครองตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้หากต้องกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้⁵¹ ตัวอย่างเช่น ในคดี CE 18 mai 1983 Rodes เมื่อเกิดภูเขาไฟปะทุและระเบิด ผู้ว่าราชการจังหวัด Guadeloupe จำต้องออกคำสั่งอพยพผู้คนและออกคำสั่งห้ามมิให้เข้าไปในบริเวณที่อาจเกิดอันตรายได้ ในสถานการณ์

⁴⁸ ในระบบของฝรั่งเศสเรียกหลักเรื่องนี้ว่า “ทฤษฎี” เนื่องจากเป็นหลักที่ศาลปกครองสร้างขึ้น (Principe jurisprudentiel) โดยมีได้มีตัวบทลายลักษณ์อักษรรองรับ แต่โดยที่เป็นหลักที่จำเป็นต้องมีเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐและเพื่อให้ระบบการปกครองเป็นไปได้ จึงเป็นที่ยอมรับกันในลักษณะของ Précédent คดีแรกที่ Conseil d'Etat ของฝรั่งเศสสร้างขึ้นคือ CE 28 juin 1918 Heyries และต่อมายืนยันโดย CE 28 février 1919 Dames Dol et Laurent

⁴⁹ André de Laubadère *Traité élémentaire de droit administratif* Tome 1 อ้างแล้ว เชมอรรถที่ 15 หน้า 287

⁵⁰ อ้างใน Jean-Claude Ricci *Memento de la jurisprudence administrative* Paris Hachette 2000 3^e edition page 31

⁵¹ Gilles Lebreton *Droit administratif général* อ้างแล้ว เชมอรรถที่ 41 หน้า 72

ปรกติแล้ว ผู้ว่าราชการจังหวัดไม่มีอำนาจออกคำสั่งเช่นนั้นเพราะไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจไว้ แต่ในสถานการณ์พิเศษที่เกิดภัยพิบัติธรรมชาติ คำสั่งเช่นนั้นของผู้ว่าราชการจังหวัดถูกถือว่าชอบด้วยกฎหมายเพราะผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะฝ่ายปกครองมีหน้าที่ให้การปกป้องคุ้มครองแก่ราษฎรเป็นการทั่วไป

อนึ่ง มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ทฤษฎีสถานการณ์พิเศษที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการนอกเหนือกรอบความชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงอันเป็นสถานการณ์พิเศษทำให้ต้องถือว่า การกระทำของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับ ซึ่งต่างจากกรณีของการประกาศกฎอัยการศึก (L'état de siege) และการบริหารประเทศในสถานการณ์ฉุกเฉิน (L'état d'urgence) ซึ่งเป็นกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดอำนาจหน้าที่และรายละเอียดการใช้อำนาจเอาไว้

อย่างไรก็ตาม สถานการณ์พิเศษ (Circonstances exceptionnelles) นั้น มีผลเพียงทำให้การกระทำในสถานการณ์ปกติอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกถือว่าชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่มิได้หมายความว่า การกระทำของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษจะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาล โดยปกติศาลจะตรวจสอบว่ามีข้อเท็จจริงอันถือว่าเป็นสถานการณ์พิเศษตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ สถานการณ์พิเศษนั้นยังคงดำรงอยู่ในขณะที่มีการกระทำทางปกครองที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาปัญหาความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และที่สำคัญคือศาลจะตรวจสอบว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองกระทำลงไปนั้นพอสมควรแก่เหตุในสถานการณ์พิเศษนั้นหรือไม่⁵²

กิจกรรม 1.5.2

จงอธิบายให้เข้าใจถึงทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles)

แนวตอบกิจกรรม 1.5.2

พื้นฐานความคิดของทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles) มาจากหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่กำหนดหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้ต้องดูแลรักษาให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นภายในรัฐและให้บริการสาธารณะต่าง ๆ ดำเนินไปได้ตามปกติ ดังนั้น หากการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายอาจจะมีผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจรักษาความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมไว้ได้ หรืออาจทำให้ไม่สามารถดำเนินบริการสาธารณะได้ ฝ่ายปกครองอาจจะบังคับการปฏิบัติตามกฎหมายไว้ได้ชั่วคราว ผลก็คือ

⁵² เรื่องเดียวกัน หน้า 74-75

การกระทำที่ในสถานการณ์ปกติอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำนั้นได้กระทำในช่วงที่มี
สถานการณ์พิเศษ การกระทำนั้นอาจถือว่าชอบด้วยกฎหมายได้เป็นกรณีเฉพาะการณ์ (Légalité d'exception)

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่นุญาตให้เผยแพร่

บรรณานุกรม

1. หนังสือภาษาไทย

- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์ **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง** กรุงเทพมหานคร สื่อบัญญา 2541
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ **คำอธิบายกฎหมายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 12 แก้ไขเพิ่มเติม** กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2550
- ประดิษฐ์มนูธรรม หลวง **คำอธิบายกฎหมายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 1 ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปรีดี พนมยงค์** กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2526
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง** กรุงเทพมหานคร โครงการตำราและเอกสารการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2538
- วินัย พงศ์ศรีเพียร (บรรณาธิการ) **กรณีการ ถอนอัมปญญารักษ์ บิดและบิดา เกิดเรื่อง (ผู้ช่วยบรรณาธิการ) ภาษาไทยในกฎหมายตราสามดวง** กรุงเทพมหานคร สานักคดี 2550
- วิญญู วรวิญญู ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลาพร **ตำรากฎหมายปกครอง : กฎหมายปกครองทั่วไป** กรุงเทพมหานคร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2552
- สมยศ เชื้อไทย **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น** กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2536

2. หนังสือภาษาต่างประเทศ

- ANDRÉ DE LAUBADÈRE **Traité élémentaire de Droit administratif, Tome 1 4^e éd.** Paris L.G.D.J., 1967
- ANDRÉ DE LAUBADÈRE, DEVOLVÉ Pierre et MODERNE Franck **Traité des contrats administratifs Tome premier** Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence 1983.
- ANDRÉ DE LAUBADÈRE, VENEZIA Jean-Claude et GAUDEMET Yves **Traité de Droit administratif Tome 1 16^e éd.** Paris L.G.D.J 2001.
- AUBY, J.-M et DRAGO R. **Traité de contentieux administratif Tome 1 3^e éd.** Paris L.G.D.J. 1984
- AUTEXIER Christian **Introduction au droit public allemand coll. Droit fondamental : Droit politique et théorique** Paris PUF 1997.
- AVRIL Pierre et VERPEAUX Michel (sous la direction de) **Les règles et principes non écrits en droit public** Paris Editions Panthéon-Assas 2000.
- BRAIBANT Guy et STIRN Bernard **Le droit administratif français, 7^e éd.** coll. Amphithéâtre Paris Presses de Sciences Po et Dalloz 2004.

- CHAPUS René **Droit administratif général Tome 1 15^e éd.**, Domat droit public Paris Montchrestien 2004
- Debbasch Charles et Colin Frederic **Droit administratif 7^e éd.** Paris ECONOMICA 2004
- Debbasch Charles et Ricci Jean-Claude **Contentieux administratif 8^e éd.** Précis Dalloz Paris Dalloz 2001
- Delvolvé Pierre **L'acte administratif** Sirey Collection Droit public Paris 1983
- Dupuis Georges, Guedon Marie-Jose et Chretien Patrice **Droit administratif 9^e éd.** Collection Paris Armand Colin 2004
- DUSSAULT René et BORGEAT Louis **Traité de droit administratif Tome I 2^{ème} éd.** Québec Les Presses de l'université Laval, 1984.
- DUVERGER Maurice **Éléments de droit public 13^e éd.** coll. Thémis Droit public, Paris, PUF, 1995.
- EISENMANN Charles **Cours de Droit administratif Tome 1** Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1982
- EISENMANN Charles **Cours de droit administratif Tome II** Paris L.G.D.J. 1983
- Fromont Michel (sous la direction de) **Analyse comparée du droit administratif : La procédure administrative non contentieuse en droit français** Bibliothèque de droit public européen (European Public Law Series) London Esperia Publications Ltd Bruxelles Bruylant 2000
- Gohin Olivier **Documents d'études : Droit administratif « Le contentieux administratif 1 : La juridiction administrative n° 2.09** La documentation française éd. Paris. 1997
- Gohin Olivier **Contentieux administratif 2^e éd.** Paris Litec 1999
- Hauriou Maurice **Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits (réimpression de l'édition de 1929) Tome 3** Paris Editions La Memoire Du Droit 2000
- Hauriou Maurice **Précis de droit administratif et de droit public (édition revue et mise à jour par André Hauriou) (réédition présentée par Pierre Delvolvé et Franck Moderne) 12^e éd.** coll. La Bibliothèque Dalloz Paris Dalloz, 2002, 1150 p.
- Lebreton Gilles **Droit administratif général 3^e édition** Paris Armand Colin 2004
- Lebreton Pierre (réunis et commentés par) **Le contrat administratif** Documents d'études : droit administratif N° 2.11 Paris La documentation Française 1993.
- Long M., Weil P., Braibant G., Delvolvé P. et Genevois B. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13^e éd.** Paris Dalloz, 2001.
- MAILLOT Jean-Marc **La théorie administrativiste des principes généraux du droit : continuité et modernité** coll. Nouvelle bibliothèque de thèses Vol. 26 Paris Dalloz 2003

Massot Jean et Girardot Thierry **Le Conseil d'Etat, les études de La documentation Française** Paris La documentation Française 1999

MAURER Hartmut **Droit administratif allemand (traduit par Michel Fromont)** Manuel Paris L.G.D.J.1994.

Petit Jacques (sous la direction de) **Droit administratif et administration : les notices** Paris La documentation Française 1998

Richer Laurent **Droit des contrats administratifs** 4^e éd. Manuel Paris L.G.D.J 2004

RIVERO Jean et WALINE Jean **Droit administratif** 20^e éd. Précis Paris Dalloz 2004

Robineau Yves et Truchet Didier **le Conseil d'Etat, 1^e éd.** Que sais-je ? Paris PUF,1994

SATAWORNSEELPORN Jait **Recherche sur l'impartialité administrative en droit thaïlandais et français** Toulouse Faculté de droit Université des Sciences sociales – Toulouse I 2005

Stassinopoulos Michel D. **Traité des actes administratifs** Athènes Institut français d'Athènes 1954

TERRÉ François **Introduction générale au droit** Précis 6^e éd. Paris DALLOZ 2003.

VEDEL Georges et DELVOLVÉ Pierre **Droit administratif Tome 1** 12^e éd. coll. Thémis Droit public Paris PUF,1992

3. บทความภาษาไทย

THÉRON Jean-Pierre “การบรรยายเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ” (ถอดความและเรียบเรียงโดยคุณ สดาวรศีลพร) วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 มกราคม – เมษายน 2549 หน้า 5-9

THÉRON Jean-Pierre “การบรรยายเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป: เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป” (แปลและเรียบเรียงโดย สุคนธ์ อภิธรรมย์) วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 มกราคม – เมษายน 2549 หน้า 72-79

THÉRON Jean-Pierre “การบรรยายเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป: สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในลำดับชั้นกฎหมาย” (แปลและเรียบเรียงโดย บุษพา อัครพิมาน) วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 มกราคม – เมษายน 2549 หน้า 81-92

วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ “การกระทำทางปกครอง” อาจารย์บุชา รวบรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์ (สมคิด เลิศไพฑูรย์ บรรณาธิการ) กรุงเทพมหานคร สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย หน้า 131-163 2545

หัตสวุฒิ วิจิตรวิริยกุล “ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย : ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 21 ฉบับที่ 2 2533 หน้า 169-178

หัตถุณี วิฑิตวิริยกุล “หลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครอง” รวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ กรุงเทพมหานคร มุทิตินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 273-289 2534

4. บทความภาษาต่างประเทศ

HAURIOU Maurice « L'institution et le droit statutaire » **Recueil de législation de Toulouse** 2^e série – Tome II, 1906 pp. 134-182.

HAURIOU Maurice « La théorie de l'institution et de la fondation : Essai de vitalisme social » **Cahiers de la Nouvelle Journée** n° 4, 1925, pp. 14-17 et 19-21.

MAZÈRES Jean-Arnaud « La théorie de l'institution chez Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué » **Pouvoir et Liberté : Études offertes à Jacques Mourgeon** Bruxelles BRUYLANT pp. 239-293 1998

เอกสารสำหรับนักศึกษาวิชา 41461 ไม่นำออกให้เผยแพร่