

วิธีพิจารณาคดีปกครอง

1. บทนำ

หลักกฎหมายที่เราใช้อยู่ทุกวันไม่ว่าจะเป็น กฎหมายมหาชนก็ดี กฎหมายปกครองก็ดี ประเทศไทยเราไม่ได้คิดขึ้นเอง เรานำมาจากต่างประเทศ กฎหมายปกครองที่นำเข้ามาก็มี ฝรั่งเศส และเยอรมันเป็นหลัก ดังนั้นเวลานักศึกษาฟังจากอาจารย์ที่จบจาก ประเทศเยอรมันก็พูดอย่างหนึ่ง ฟังจากอาจารย์ที่จบ ประเทศฝรั่งเศสก็พูดอีกอย่างหนึ่ง การใช้คำศัพท์หรือเรื่อง ความเข้าใจในเนื้อหาของกฎหมายจึงทำให้เกิดความเข้าใจแก่นักศึกษาแตกต่างกันออกไป ซึ่งก็เป็นอุปสรรคอยู่พอสมควร

ในการบรรยายเรื่อง การควบคุมฝ่ายปกครอง นี้ จึงขอยกตัวอย่างในต่างประเทศ ประกอบด้วย ซึ่ง ในประเทศเยอรมัน อังกฤษ ฝรั่งเศส อเมริกา ซึ่งฝรั่งเศส กับอเมริกาเป็นคน ละระบบ ดังนั้นจะพูดระบบหนึ่งระบบใดโดยที่นักศึกษาไม่ได้ตระหนักว่ามันต้องดูเป็นระบบ ใดๆ เพราะการควบคุมฝ่ายปกครองในเยอรมันก็อย่างหนึ่ง อังกฤษก็อย่างหนึ่ง ฝรั่งเศสก็ อย่างหนึ่ง อเมริกาก็อย่างหนึ่ง ไม่เหมือนกัน แต่เราจะดูภาพรวม ภาพกว้าง ๆ โดยจะแบ่ง ออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกจะเป็นเรื่องของต่างประเทศในภาพรวม และส่วนที่สอง ก็จะมาเน้น ของไทย และข้อสังเกตที่เคยอธิบายไปแล้วตอนต้นแล้วว่า ในระบบกฎหมาย civil law กับ ระบบกฎหมาย common law ก็มีความต่างกัน

สำหรับเนื้อหาในการบรรยาย ขอแบ่งเป็น 2 ส่วน

ส่วนที่ 1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง

ส่วนที่ 2 การควบคุมฝ่ายปกครองของไทย

ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับความแตกต่างของระบบกฎหมายและระบบการเมืองใน ประเทศต่าง ๆ

ข้อแรก คือ ระบบกฎหมาย ประเทศต่าง ๆ ในโลกนี้ใช้ระบบกฎหมายไม่เหมือนกัน พอจะจัดได้ อยู่ 4 ระบบคือระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ระบบประมวลกฎหมาย ระบบ กฎหมายสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ และระบบกฎหมายศาสนา

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการ ประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

สำหรับระบบกฎหมายศาสนานั้นขึ้นอยู่กับประเทศที่นับถือศาสนาอิสลาม เช่น ประเทศ ตะวันออกกลาง หรือในสี่จังหวัดภาคใต้ของไทยที่ให้ใช้กฎหมายศาสนากับ ครอบครัวและมรดก ได้ ตรงนี้เพียงแต่แจ้งให้ทราบถึงความมีอยู่ แต่เราจะไม่ได้ให้นำหนักกับระบบนี้มาก ส่วนระบบกฎหมายสังคมนิยมฯ เป็นไปตามระบบการเมือง คือระบบคอมมิวนิสต์ คือปฏิเสธการมีนายทุน เพราะฉะนั้นกรรมสิทธิ์ในที่ดินจะเป็นของรัฐ ระบบกฎหมายสังคมนิยมจึงปฏิเสธระบบกฎหมาย ในสองระบบแรก (ระบบ common law กับระบบ civil law) ในอดีต ในช่วงเวลาที่ลัทธิคอมมิวนิสต์เจริญถึงขีดสุด ประชากรในโลกจำนวนมากอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่สาม สหภาพโซเวียต ยุโรปตะวันออก จีน เวียดนาม ประเทศในทวีปแอฟริกาบางประเทศ ประเทศใน อเมริกากลาง เช่น ประเทศคิวบา เหล่านี้ ใช้ออยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่สามซึ่งเป็นคนละหลัก กับประเทศไทย ในระบบกฎหมายนี้พรรคคอมมิวนิสต์เป็นใหญ่นี้ ปัจจุบันถดถอยเป็นอย่างมาก

ส่วนมากระบบที่นำมาใช้ในประเทศที่เป็นเสรีนิยมนั้น คือ 2 ระบบกฎหมายแรก ได้แก่ ระบบกฎหมาย common law ขออนุญาตกล่าวทับศัพท์ไปเลย ระบบกฎหมายนี้ถือกำเนิดจาก อังกฤษ และใช้กับประเทศที่เคยอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษในอดีต อังกฤษเป็นประเทศ ที่ล่าอาณานิคม เมื่อไปปกครองที่ใดก็จะเอาระบบการเมือง ระบบการปกครอง ระบบ กฎหมาย ภาษา ของตัวเองไปใช้ในการปกครอง เมื่ออังกฤษถอนตัวออกมา ดินแดนที่เคยอยู่ ภายใต้การปกครองของอังกฤษ ถ้าหากไม่เปลี่ยนไปเป็นคอมมิวนิสต์ ก็ยังคงรักษาระบบ กฎหมาย common law อยู่ เกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อที่จะรู้ว่าประเทศใดใช้ระบบกฎหมาย common law ให้ดูว่าประเทศนั้นใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการหรือไม่ เช่น อเมริกา แคนนาดา แคนนาดาเป็นสหพันธรัฐและมลรัฐส่วนใหญ่จะใช้ระบบกฎหมาย common law ยกเว้นอยู่ มลรัฐเดียวซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายเพราะมีคนเชื้อสายฝรั่งเศสอยู่ ในแอฟริกาใช้ ภาษาอังกฤษ ใช้ระบบกฎหมาย common law ในเอเชีย เอเชียใต้ ปากีสถาน บังคลาเทศ มาเลเซีย สิงคโปร์ บรูไน ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เหล่านี้ใช้ระบบกฎหมาย common law ทั้งสิ้น ระบบกฎหมายประมวลกฎหมายจะถือกำเนิดในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งปัจจุบันก็ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี สเปนโปรตุเกส เนเธอร์แลนด์ ประเทศเหล่านี้ในอดีตก็เป็นนักล่าอาณานิคมเหมือนกัน ใช้สูตรเดียวกับอังกฤษ เมื่อไปปกครองที่ใดก็เอาระบบการเมืองการปกครอง ระบบกฎหมาย และภาษาไปใช้ อเมริกากลาง อเมริกาใต้ หรือที่เรียกว่าลาตินอเมริกา ที่เรียกว่า ลาติน เพราะประเทศเหล่านี้พูดภาษาสเปน ประเทศที่พูดภาษาสเปน ก็จะใช้ระบบประมวล กฎหมาย ยกเว้นคิวบาเพราะเป็นคอมมิวนิสต์ ในแอฟริกาที่อยู่ภายใต้การปกครองของส่วน ใหญ่อยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษ หรือไม่ก็ฝรั่งเศส ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่นเดียวกัน ในเอเชียอาคเนย์ อินโดจีนในอดีต เวียดนาม ลาว กัมพูชา เมื่อก่อนนี้ใช้ระบบ ประมวลกฎหมายต่อมาเปลี่ยนเป็นระบบคอมมิวนิสต์

สองระบบนี้มีสาระสำคัญ และความแตกต่างกันอย่างไร

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการ ประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

ระบบกฎหมาย common law หลักกฎหมายที่สำคัญเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลสูง เมื่อเกิดคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ศาลจะใช้หลักกฎหมายที่เคยตัดสินไว้ในคดีก่อน ๆ เป็นบรรทัดฐาน และแม้ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาได้ตราขึ้นภายหลัง ก็จะได้ถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลสูง ระบบกฎหมาย common law ถือกำเนิดในอังกฤษ เป็นสหราชอาณาจักร ประกอบไปด้วย สกอตแลนด์ เวลส์ ไอร์แลนด์เหนือ สกอตแลนด์ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ดังนั้นกฎหมาย common law จึงใช้อยู่ในอังกฤษโดยแท้ ประเทศอังกฤษในอดีตใช้ระบบศักดินา ในทางกฎหมายกษัตริย์ถือว่าเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมด แต่จะทรงพระราชทาน ให้ขุนนาง เจ้าผู้ครองนครต่าง ๆ ไปตามความดีความชอบ ซึ่งในทางปฏิบัติ เมื่อมีที่ดินแล้วก็จะ มีกองกำลัง สามารถมีกองทัพเป็นของตนเอง ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ กษัตริย์อังกฤษ ก็อ่อนแอ ตามจำนวนที่ดินที่น้อยลงเช่นกัน ดังนั้น การ ใช้ระบบศักดินาที่ว่าถ้าหากว่ายอมสวามิภักดิ์กับกษัตริย์ ก็จะยกที่ดินให้ คนที่ได้ที่ดินไปก็มีอำนาจเหนือที่ดินที่ได้รับไป ทั้งเรื่องการจัดเก็บภาษี เรื่องการใช้แรงงาน หรือว่าตั้งศาลพิจารณาคดีพิพากษาคดีให้กับราษฎรที่อยู่ในแคว้นของตน เมื่อพิพากษาคดีแล้วราษฎรเห็นว่ายังไม่ได้รับความเป็นธรรม ก็จะอ้างหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเป็นบ่อเกิดของความยุติธรรม ” ก็มีการยื่นฎีกาต่อกษัตริย์ ซึ่งตรงนี้กษัตริย์อังกฤษก็เต็มใจ เพราะว่าจะเป็นช่องทางในการขยายอิทธิพลทางการเมืองผ่านทางศาลหลวง หรือศาลสูง ดังนั้นศาลหลวงจึงมีนโยบายที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่ราษฎร สมัยก่อนการคมนาคมไม่สะดวกก็เลยจัดเป็นศาลสัญจร แบ่งเป็นคณะภาคเหนือ ภาคใต้ ภาคตะวันออก ออกไปพิพากษาคดีให้กับประชาชน เมื่อออกไปตัดสินคดีว่าอย่างไรแล้วเมื่อกลับมาที่นครหลวงก็จะมาเล่าสู่กันฟัง เพื่อที่จะให้ในแต่ละภาคตัดสินคดีให้ไปในแนวทางเดียวกัน เป็นที่มาของคำว่า common law ในภาษาอังกฤษ “law” ไม่ได้หมายความว่าตัวบท law หมายถึงหลักกฎหมาย ดังนั้น เมื่อพูดคำว่า common law จึงหมายความว่า “หลักกฎหมายที่ใช้ร่วมกัน ” สิ่งที่น่ามาเป็นหลักในการตัดสินคดี ในการตัดสินคดี ถ้าตัวบทกฎหมายไม่มี หรือมีช่องว่าง หรืออะไรก็แล้วแต่ ศาลหลวงก็จะถือโอกาสตัดสินคดีโดยการวางหลักกฎหมาย ศาลเป็นคนสร้างหลักขึ้นมา เพื่อใช้ในการตัดสินคดีนั้น ๆ แล้วเอาหลักหรือเหตุผลที่ใช้ในการตัดสินกลายเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินคดีต่อ ๆ มา ศาลหลวงก็เดินตามนั้น ศาลภาคเหนือ ภาคใต้ก็ต้องเดินตามหมด ศาลล่างก็ต้องเดินตามมาเพราะถ้าตัดสินไม่ตรงกับแนวของศาลหลวงก็จะถูกกลับคำตัดสินในภายหลัง ตรงนี้เลยทำให้คำพิพากษาของศาลหลวงกลายเป็นหลักกฎหมายที่นักกฎหมายหรือศาล อ้างอิงยึดถือ ตรงนี้ก็เลยเรียกระบบกฎหมายนี้ว่า “case law”

Case law ก็คือ หลักกฎหมายอันเกิดจากกรณีตัวอย่างหรือคดีตัวอย่าง แม้ว่าต่อมาอังกฤษจะเปลี่ยนแปลงการปกครองเพราะมีการทำให้อำนาจออยู่ที่ศูนย์กลางของรัฐดังเช่นรัฐอื่น ๆ อำนาจอธิปไตยจึงถึงใช้ผ่านองค์กรหลักของรัฐที่มีการแบ่งหน้าที่ออกไปตามหลักการ

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีการเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

แบ่งแยกอำนาจ ดังนั้นจึง มีรัฐสภา มีสภาผู้แทนราษฎรที่มีอำนาจโดยตรงในการตราพระราชบัญญัติ ออก พ.ร.บ. มา เป็นจำนวนมาก แต่อังกฤษก็ยังคงยึดหลักว่าพระราชบัญญัติที่ออกมานั้นเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายที่เป็นคำพิพากษาของศาลสูง ถือว่าหลักกฎหมายอยู่ในตัวบท หรือ พระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภานั้น เป็นเพียงข้อยกเว้น ดังนั้น นิติวิธีของ common law การใช้ การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นการตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษร

ระบบประมวลกฎหมาย civil law system ระบบนี้ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายของจักรวรรดิโรมัน ซึ่งมนุษย์เป็นสัตว์สังคมต้องอยู่รวมกันเป็นหมู่ เป็นกลุ่ม และย่อมมีข้อโต้แย้งกัน ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทกัน ถ้าไม่ใช่กำลังเข้าตัดสิน ก็จะใช้วิธีให้คนกลางตัดสิน แรกเริ่มเดิมทีก็จะให้ผู้เฒ่าผู้แก่ตัดสิน ต่อมาก็เปลี่ยนเป็นนักปราชญ์ผู้มีความรู้ แต่ไม่ว่าจะให้ใครเป็นคนตัดสิน เมื่อมีคำตัดสินมาแล้ว ต่อมาเมื่อข้อพิพาทอย่างเดียวกันก็ไปหาคนที่เคยตัดสินคนที่เค้ามตัดสินเค้ามก็ตัดสินตามที่ตัวเองเคยตัดสิน ก็เลยเกิดแนวคำวินิจฉัย แล้วพอทำไปนาน ๆ คนที่เคยตัดสินก็ตายไป ก็เลยมีการจุกคิดว่าทำไมต้องให้คน ๆ นั้นตัดสินอยู่เสมอไป ทำไมไม่เอาหลักที่เค้าวางไว้ ตัดสินไว้ มารวบรวมเรียบเรียง และเผยแพร่ คนจะได้รู้ จักรวรรดิโรมันคิดอย่างนี้ก็เลยทำเป็นประมวลกฎหมาย แล้วก็เอามาสลักไว้ที่โต๊ะหิน วางไว้ที่ตลาดให้คนไปตรวจค้นได้ ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมาย common law กับระบบประมวลกฎหมายในยุคแรก ๆ ระบบกฎหมาย common law แรก ๆ คู่พิพาทเป็นหนูทดลองคือยังไม่รู้เลยว่าเรื่องนี้ตกลงใครผิดใครถูก เพราะยังไม่รู้เลยว่าตกลงแล้วศาลจะวินิจฉัยอย่างไร แต่ว่าถ้าเป็นระบบประมวลกฎหมายจะมีตัวบทวางไว้ล่วงหน้าอยู่แล้ว หลักทั่วไปมีแล้ว เช่น เมื่อตกลงทำสัญญาซื้อขายกัน ไม่ต้องไปแจังก่อนว่าคู่สัญญาซื้อขายมีหน้าที่อะไร มีความรับผิดชอบอะไร สัญญาก็เขียนคร่าว ๆ ว่าขายอะไร ราคาเท่าไร ทำสัญญาเมื่อไร ส่งมอบเมื่อไร นอกนั้นหลักจะอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งว่าด้วยเอกเทศสัญญา

ประเทศที่อยู่ในภาคพื้นยุโรป ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิโรมัน เมื่อจักรวรรดิโรมันล่มสลาย พวกนี้จักรวรรดิโรมันเหยียดหยามว่าเป็นอนารยชน เทียบกับโรมันแล้วพวกนี้ต่ำชั้นกว่า พวกนี้ก็คือบรรพบุรุษของฝรั่งเศส เยอรมันนั่นเอง เทียบกับโรมันแล้วพวกนี้ยังล้าหลัง ในทางกฎหมายก็เช่นกัน เขามีกฎหมาย ชนเผ่า เป็นกฎหมายจารีตประเพณี ระบบกฎหมายจากจักรวรรดิโรมัน ซึ่งมีความสลับซับซ้อน เค้ก็ไม่เข้าใจ จึงไม่นำมาใช้ ต่อมาเมื่อบ้านเมืองเจริญขึ้น มีการรวมชนเผ่าหลายชนเผ่าตั้งเป็นอาณาจักร การบงกกันน้อยลง ประชาชนจึงเริ่มค้าขายกัน มีการศึกษาที่เจริญขึ้น จึงได้เริ่มนำกฎหมายของโรมันออกมาศึกษาและนำมาผสมกับกฎหมายของตนเองและสร้างเป็นกฎหมายขึ้นเพื่อใช้ในอาณาจักรนั้น การวางหลักกฎหมายโดย ออกมาเป็นระบบประมวลกฎหมาย หลักนั้นจะอยู่ในประมวลกฎหมาย ถ้ามีรายละเอียดมาก ๆ ก็จะใส่ใน code หรือประมวลกฎหมาย ซึ่งเป็นเอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีการเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีความยืดหยุ่น ในระบบประมวลกฎหมายศาลเป็นเพียง ผู้ใช้กฎหมาย ศาลไม่ได้เป็นคนวางหลักกฎหมายเหมือนในระบบกฎหมาย common law ใน ระบบประมวลกฎหมายมีกฎหมายอยู่แล้ว เมื่อมีข้อพิพาทกัน มาตราเดียวกัน ศาลต้องวินิจฉัย ว่าที่ตัวบททั่วไปอย่างนี้หมายความว่าอย่างไร แล้วก็นำมาปรับใช้กับกรณีพิพาท บทบาทของ ศาลจะเป็นเพียงผู้ตีความกฎหมายเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลเท่านั้น และคำวินิจฉัยของศาลสูงในระบบ ประมวลกฎหมายไม่ได้มีความสำคัญเท่ากับระบบกฎหมาย common law

ความแตกต่างของ 2 ระบบนี้ก็คือ ถ้าเป็นระบบประมวลกฎหมาย กฎหมายจะเป็นใหญ่ ตัวกฎหมายนั้น ถ้าเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กษัตริย์ หรือจักรพรรดิก็จะเป็นผู้ออก กฎหมาย ถ้าเป็นระบบประชาธิปไตยก็ให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นคนออก แต่ในระบบกฎหมาย common law คำจะถือว่าหลักกฎหมายอยู่ใน common law คือคำพิพากษาศาลสูงของอังกฤษ ระบบกฎหมาย common law ใช้อยู่ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก ณ วันนี้ คนแคนาดา ออสเตรเลีย มาเลเซีย สิงคโปร์ เวลาที่มีการพิพาทกันทางกฎหมายเค้ายังอ้างฎีกาของอังกฤษอยู่เลย เป็น อิทธิพลที่อังกฤษทิ้งไว้ผ่านกฎหมาย common law เค้าต้องอ้างฎีกาอังกฤษ เว้นแต่ต่อมาเค้าจะมีฎีกาตัวเอง ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่ว่าเราได้รับอิทธิพลทางความคิดจาก ระบบกฎหมาย common law ก่อนที่จะมีการปฏิรูปกฎหมาย เมื่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ถึงจุดที่ เราต้องเลือกว่าเราจะใช้ระบบกฎหมายแบบสากล เราจะเลือกใช้ระบบกฎหมายใด เพื่อที่จะได้ มีกฎหมายที่ทันสมัยกว่ากฎหมายเดิม อีกทั้งจะใช้เป็นเหตุผลในการขอยกเลิกสิทธิสภาพนอก อาณาเขตกับต่างชาติ สุดท้ายเราเห็นว่าการใช้ ระบบกฎหมาย common law ต้องใช้เวลาในการ พัฒนาอีกนาน เราเลยเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่แม้ เราใช้ระบบประมวลกฎหมายมา นานแล้ว เรา ก็ยังเคยชินกับการ ไปให้น้ำหนักกับคำพิพากษาฎีกา เสมือนหนึ่งเราใช้ระบบ กฎหมาย common law

ในการศึกษากฎหมายมหาชน ถ้าเราไม่เข้าใจตรงนี้ ป่วยการที่จะศึกษาในเรื่องต่อไป เพราะใน 2 ระบบกฎหมายนี้มีแนวความคิดที่แตกต่างกันมากในเรื่องของการแบ่งประเภท ของกฎหมาย แนวความคิดของระบบกฎหมาย common law ไม่มีการแบ่งประเภทกฎหมาย เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน มีปรมาจารย์ทางกฎหมายรัฐธรรมนุญของอังกฤษ ท่านหนึ่ง ท่านได้แต่งตำราไว้ ซึ่งคนเรียนกฎหมายมหาชนรุ่นแรก ๆ อ่านตำราเล่มนี้หมด แล้ว ท่านก็เผยแพร่แนวคิดเรื่อง rule of law คือหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐไม่ เหมือนกัน นิติธรรม คือ common law นิติรัฐคือ ระบบประมวลกฎหมาย ไม่ใช่เรื่องเดียวกัน บางทีเอาไปใช้สับสนคิดว่าเป็นเรื่องเดียวกันซึ่งไม่ใช่ rule of law ตามนัยของผู้ที่เอาคำนี้มา เผยแพร่บอกว่า คนอังกฤษนั้นโชคดีกว่าคนฝรั่งเศส เพราะว่าคนอังกฤษอยู่ภายใต้ rule of law ซึ่งหมายความว่า คนอังกฤษนั้นเสมอภาคกัน เอกชนอังกฤษมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกันก็อยู่ ภายใต้กฎหมาย common law มีนิติสัมพันธ์กับหน่วยงานเจ้าหน้าที่ก็อยู่ภายใต้หลักกฎหมาย

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการ ประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

common law หลักเดียวกัน ไม่เหมือนคนฝรั่งเศส ซึ่งคนฝรั่งเศสเวลามีนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันก็อยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่ง แต่หากเอกชน มีนิติสัมพันธ์กับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษให้เอกสิทธิ์กับฝ่ายปกครอง ทำให้หลักกฎหมายอังกฤษมีอคติกับกฎหมายปกครองและ ต่อต้านการมีศาลปกครองมาเป็นเวลานาน ต่อมาจึงได้ค้นพบว่ามันไม่เป็นความจริง หลัง ๆ นักกฎหมายอังกฤษก็ไปศึกษาดูงานที่ประเทศฝรั่งเศสแล้วค้นพบว่าศาลปกครองฝรั่งเศสสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้นมาจนเป็นระบบ

2. การแบ่งประเภทกฎหมาย

จากที่กล่าวมาแล้ว เราได้บทเรียนคือ ข้อแรก แนวคิดแบบ common law โดยอาศัย rule of law ปฏิเสธการแบ่งกฎหมายเป็นกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน กฎหมายต้องเป็นหนึ่งเดียวคือ common law ข้อที่ 2 คือ เชื่อในระบบศาลเดี่ยว ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิพากษาคดีทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง คดีภาษี คดีแรงงาน ประเทศที่นำระบบกฎหมาย common law มาใช้ก็เดินตามนี้ ถ้านักศึกษาไปเจอคนอเมริกัน แล้วบอกที่เราเรียนปริญญาโท สาขามหาชน อาจารย์สอนเรื่องศาลปกครอง เค้าจะไม่เข้าใจเลยว่าศาลปกครองคืออะไร แต่ถ้าคุยกับคนฝรั่งเศส เยอรมัน เค้าจะรู้เรื่องทันทีเพราะว่าประเทศเค้ามีแนวความคิดของระบบประมวลกฎหมาย มีการแบ่งประเภทเป็นกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน ตรงนี้รับแนวความคิดมาจากระบบกฎหมายของจักรวรรดิโรมัน จักรวรรดิโรมันในอดีตมีความเจริญรุ่งเรืองในทางกฎหมาย ก่อนอื่นต้องยอมรับก่อนว่ากฎหมายนั้นแบ่งออกเป็นกฎหมายเอกชน กับกฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชนใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ส่วนกฎหมายมหาชนใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ประเทศที่เคยอยู่ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิโรมัน ก็คือฝรั่งเศสเยอรมันก็รับแนวความคิดของระบบประมวลกฎหมายของจักรวรรดิโรมันมา คือรับโดยดุษฎีเลยว่ากฎหมายต้องแบ่งออกเป็นกฎหมายเอกชน กับกฎหมายมหาชน เพราะเป็นคนละหลักคนละวัตถุประสงค์ ซึ่งเดี่ยวจะลงรายละเอียด ในเรื่องระบบศาลก็เชื่อความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องเฉพาะทาง ผู้พิพากษาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องเฉพาะทาง ย่อมพิพากษาคดีได้มีประสิทธิภาพกว่า ใช้เวลาน้อยกว่า ตัดสินไม่พลาด ระบบประมวลกฎหมายเชื่อความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เฉพาะทาง จึงใช้ระบบศาลคู่ มีศาลยุติธรรม ศาลปกครอง เยอรมันนั้นไปไกลมากคือนอกจากมีการใช้ระบบศาลคู่แล้ว ยังมีการจัดตั้งศาลออกเป็นหลายศาลด้วยกัน เช่น มีศาล

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

รัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลยุติธรรม ศาลสังคม ศาลภาษี แต่ละระบบศาลมี ศาลชั้นต้นศาลสูงเป็นของตัวเอง เยอรมันจึงเป็นประเทศที่นักกฎหมายเฟื่องฟู มีคนนิยมฟ้องคดี กันรองมาจากอเมริกา

ทำไมระบบประมวลกฎหมายจึงมีแนวความคิดในการแบ่งกฎหมายออกเป็นกฎหมาย เอกชนกับกฎหมายมหาชน เพราะว่ากฎหมายเอกชนมีแนวความคิดพื้นฐานที่คำนึงถึงประโยชน์ ส่วนตัวของเอกชน แต่กฎหมายมหาชนมีแนวคิดพื้นฐานในการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ กฎหมายเอกชน แนวความคิดพื้นฐานคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัว เอกชนนั้นในทาง กฎหมายเสมอภาคกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วสรีระร่างกายก็ไม่เหมือนกัน สถานะทาง เศรษฐกิจสังคมก็ไม่เท่ากัน บางคนเกิดมามีอายุ บางคนเกิดมาร่ำรวยมหาศาล แต่ในทาง กฎหมายถือว่าเท่ากัน เมื่อคนเสมอภาคกันในทางกฎหมายเศรษฐกิจกับอายุก็เท่าเทียมกัน แต่ตัว บทกฎหมายกับการบังคับใช้กฎหมายนั้นคนละส่วนกัน ตัวบทกฎหมายนั้นนอนอยู่นิ่ง ๆ กฎหมายจะมีชีวิตต่อเมื่อมีการนำไปบังคับใช้ การบังคับใช้กฎหมายเป็นคนละเรื่องกับกฎหมาย อย่างเช่น ในชั่วโมงเร่งด่วน ช่องทางซ้ายผ่านตลอด มีรถไปจอดแทรกคอยจะลักไก่ปาดเข้า ข้างหน้า ตำรวจจราจรอยู่ในป้อมคนเดียวคอยจัดการจราจรทั้งแยก ก็ชี้เกียจออกมาได้ อย่างนี้ จะเห็นได้ว่าคนขับรถทำไมถูกต้องตาม กฎหมาย กฎหมายไม่อนุญาตให้ทำอย่างนั้นได้ ดังนั้น กฎหมายมันคืออยู่แล้ว แต่ไม่มีการบังคับการตามกฎหมายมันมีปัญหา จากตัวอย่างคือ กำลังคน บังคับใช้กฎหมายมันไม่พอในบางช่วงเวลา แต่นอกจากกรณียังมีกรณีอื่นๆ อีกมากมาย เช่น เพราะเหตุทางการเมือง เป็นต้น ดังนั้น อย่าไปลัษสนว่ากฎหมายเราล้าหลัง แต่การบังคับใช้ ต่างหากที่บังคับใช้บ้างไม่บังคับใช้บ้าง

เอกชนเค้ายกต่างฝ่ายต่างมุ่งประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้นเมื่อผสมผสานกันแล้วจึงได้ข้อสรุปว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต้องอาศัยความสมัครใจหรือความยินยอมที่จะเข้าทำนิติสัมพันธ์ เอกชนต้องแสดงเจตนาให้ปรากฏแล้วมีเสนอ มีสนอง ตบมือสองข้างถึงจะเกิดสัญญา ดังนั้นนิติ สัมพันธ์ระหว่างเอกชนส่วนใหญ่จึงเป็นสัญญา หากเกิดข้อโต้แย้งกันคู่กรณีจะบังคับกันเองไม่ได้ แต่ต้องขอให้ศาลบังคับให้

สำหรับกฎหมายมหาชนนั้น แนวคิดพื้นฐานอยู่ที่ประโยชน์สาธารณะ รัฐ โดยองค์กร ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลประโยชน์ของคนหมู่มากในสังคมหรือที่เรียกว่าประโยชน์ สาธารณะ ประโยชน์ส่วนตัวแต่ละคนก็ดูแลกันเอาเอง แต่ประโยชน์ส่วนรวมต้องให้ใครสักคน หนึ่งที่จะมา ดังนั้น จึงต้องมีคนคนหนึ่งเป็นคนกลางที่มีความไวเนื้อเชื่อใจได้มาคอยดูแล เดิมก็ ให้หัวหน้าเผ่า พระราชา จักรพรรดิ อะไรก็ได้แต่เป็นคนดูแล แล้วก็ให้หัวหน้าเป็นคนออก กฎหมาย จักรวรรดิโรมันก็เชื่ออย่างนั้นมาแต่ต้น แต่ต่อมา เราก็ได้เรียนรู้ สังคมของมนุษย์ว่า พอมีอำนาจก็หลงอำนาจ ก่อนขึ้นมามีอำนาจก็เป็นคนดี พอมีอำนาจเริ่มแยกไม่ออกว่าอะไร เป็นเรื่องส่วนตัว อะไรเป็นเรื่องส่วนรวม จักรพรรดิโรมันก็เป็นเช่นนั้น คิดว่าเมื่อครองราชย์มา

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการ ประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

นาน ๆ ก็อยากจะสืบทอดอำนาจ พอได้ลูกชายคนแรกก็เรียกเสนาบดีมาประชุมแล้วประกาศว่า จะให้ลูกชายคนแรกสืบทอดอำนาจ ตำแหน่งเป็นเรื่องส่วนรวม ไม่สามารถยกให้ใครได้ การไปรบทัพจับศึกได้ชัยชนะมา ได้ทรัพย์สิน เงินทองจากชาติอื่นมา แทนที่จะเอามาบำรุงราษฎร ก็เอามาปรนเปรอตัวเอง ทุกอย่างจึงเป็นของกษัตริย์ไป เป็นต้น เมื่อโรมันค้นพบสังฆกรรมข้อนี้ ก็เห็นว่าไม่สามารถไว้ใจในตัวคนได้ เลยคิด คั่นเรื่องสถาบันรัฐ รัฐไม่มีตัวตนอยู่จริงเป็นเพียงแนวคิด โรมันคิดคั่นเรื่องรัฐขึ้นมา แล้วโรมันก็ให้รัฐเป็นคนดูแลประโยชน์สาธารณะ แต่รัฐพูดไม่ได้ เช่นหนังสือไม่ได้ ก็เลยให้มีรัฐและประมุขของรัฐ จักรพรรดิเป็นประมุขของรัฐ รัฐทำอะไรเองไม่ได้ต้องทำผ่านตัวแทน ตัวแทนอาจเป็นองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงมีรัฐ ประมุขของรัฐ องค์กรของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ แล้วองค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐทำแทนรัฐ ในนามรัฐ

ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวสอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ รัฐสามารถใช้นิติวิธีตามกฎหมายเอกชนได้ ตรงนี้กำลังย้ำว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะทำงานเพื่อประโยชน์สาธารณะให้สำเร็จได้ สามารถใช้เครื่องมือทางกฎหมายเอกชนได้ เช่น มหาวิทยาลัยเป็นมหาวิทยาลัยของรัฐ มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะให้การศึกษา ระดับอุดมศึกษา ทำงานให้สำเร็จโดยให้นักศึกษาจบเป็นบัณฑิตที่มีความรู้ นั่นคือเป้าหมาย ส่วนวิธีการก็ต้องจัดให้มีการเรียนการสอน ซึ่งต้องมีอาคารเรียน ต้องมีห้องบรรยาย มีโต๊ะอาคารเรียน ถ้าไปขอซื้อเอกชนเค้าก็ขายให้ ใช้กฎหมายแพ่ง หรือไปจ้างเค้ามาสร้างอาคาร ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทต่างๆ เค้าก็ยินดี ถ้าหากว่าตกลงกันได้ในเรื่องราคา มีความพึงพอใจต่อกัน ก็ตกลงกัน

แต่ในกรณีที่ประโยชน์ของเอกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ ปัญหาของคนทำงานหรือว่าอยู่ในกรุงเทพฯ คือการจราจร ข้างมหาวิทยาลัยเรามีรถจอดรับส่งนักเรียนหลายช่องทางทำให้รถติดตลอดเวลา บาทวิถีมีให้คนขายของ รถเมล์เบียดรถเก๋ง เพราะการจราจรมีช่องทาง น้อยลง ดังนั้นผมถามคนที่ เจอปัญหาดังกล่าว ว่าอยากได้ถนนสายใหม่ หรือถนนที่กว้างขึ้นหรือไม่ คนส่วนใหญ่ที่เป็นคนปกติธรรมดา ก็จะต้องบอกว่าอยากได้ เพราะสมประโยชน์ ในทางปฏิบัติ วิศวกรบอกว่าถนนที่ดีที่สุดคือถนนที่ตรงที่สุด แต่พอลองไปหาแบบที่ดูแล้วพบว่าแนวถนนผ่านสุเหร่า อย่างดีก็เดี๋ยวมีเรื่องความไม่เข้าใจทางศาสนามาเป็นเรื่องทางการเมือง เลี่ยงไปเจอโรงพยาบาล เลี่ยงไปเจอโรงเรียน เจอหมู่บ้านจัดสรร เจอสนามกอล์ฟ จะตัดสินใจเลือกทางไหน เพราะไม่ได้มีแอมมูมทางวิศวกรรมอย่างเดียว ยังมีแอมมูมทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง ทำไปทำมาถนนสายดังกล่าวมาตัดผ่านข้างของเราพอดี เรายังจะต้องการถนนสายนี้หรือไม่ เรายังจะบอกว่าอยากได้ แต่ให้ผ่านบ้านคนอื่นได้ไหม เพราะกระทบต่อประโยชน์ส่วนตัวของเราแล้ว

ปัญหา จึงเกินขึ้นว่า ระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวมจะ เลือกอย่างไร ถ้าเป็นแนวความคิดที่ว่ากฎหมายต้องเสมอเหมือนหนึ่งเดียว ใช้หลักกฎหมายเอกชนต้องมี

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

ความยินยอมพร้อมใจ จะตัดถนนเจ้าหน้าที่ก็ต้องไปเจรจา สมมติว่าโครงการนี้ต้องตัดถนนผ่านที่ดิน 1,000 แปลงขาดแปลงใดแปลงหนึ่งไม่ได้ เจ้าหน้าที่เจรจาน้ำไหลไฟดับยกหลักกฎหมายต่าง ๆ จนเจ้าของที่ดินง ยินยอมขายแล้ว 999 ราย เหลือที่ดินแปลงใหญ่หนึ่ง อยู่ตรงกลางระหว่างที่ดินทั้ง 1,000 แปลง เขาไม่ยอมขาย ถ้าไม่ได้ที่แปลงนี้โครงการนี้ทำไม่ได้ ถ้าใช้หลักกฎหมายเอกชนเมื่อเสนอซื้อแล้วเค้าไม่ยอมขาย โครงการตัดถนนที่เป็นประโยชน์มหาศาล ทำให้คุณภาพชีวิตดีขึ้น กลับบ้านเร็วขึ้น ไม่ต้องสูญเสียพลังงานเชื้อเพลิงที่เผาผลาญในเวลารถติด แต่ไม่ได้มา จึงเป็นที่มาว่าถ้าเอกชนไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็จะต้องให้รัฐโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบังคับเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ที่นี้เราเห็นภาพแล้วนะว่า เราไม่สามารถ ใช้กฎหมายเอกชนอย่างเดียว ได้ กฎหมายเอกชนใช้ระหว่างเอกชนด้วยกัน เค้าอาศัยความยินยอมพร้อมใจกัน แต่ถ้าหากว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว แม้ไม่ยินยอมพร้อมใจ ก็ให้รัฐมีอำนาจบังคับขึ้นใจเอกชนได้เพื่อส่วนรวมนี้เป็นพื้นฐานที่ทำให้สามารถอธิบายได้ว่าเป็นการจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน

3. ผลกระทบจากระบบการเมืองการปกครอง

ประเทศไทยเราในทางกฎหมายเรารับอิทธิพลจากต่างประเทศ ในสมัยโบราณก็รับมาจากขอม ฮินดู ปัจจุบันเรารับตะวันตกมา กฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน ระบบประชาธิปไตยก็รับมาจากตะวันตก ตะวันตกเค้ามีต้นแบบของกฎหมายรัฐธรรมนูญคลาสสิก หมายถึงต้นแบบที่ยังไม่ผิดเพี้ยน ถ้ามีคนเอาไปใช้แล้วใช้อย่างอื่นไม่ใช่คลาสสิก คลาสสิกมี 3 ระบบ คือ ระบบรัฐสภา ระบบประธานาธิบดี และระบบสมัชชา ในสามระบบนี้การควบคุมฝ่ายปกครองไม่เหมือนกัน

ในอดีต ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ก็ให้พระราช จักรพรรดิ ใช้อำนาจเบ็ดเสร็จ อำนาจทั้งหลายทั้งปวงในอดีตไม่มีผู้ที่มาอธิบายเป็นระบบ คนที่มาอธิบายแยกแยะเพื่อจะลดทอนอำนาจของระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีหลายคน มี จอห์น ล็อก , มงเตสกีเยอ คนที่อธิบายแล้วคนเข้าใจง่ายและโดนใจคือ มงเตสกีเยอ , มงเตสกีเยอ เป็นคนมีฐานะดี เดินทางไปประเทศต่าง ๆ แล้วพบเห็นอะไรก็เขียนเป็นหนังสือ การเขียนหนังสือมงเตสกีเยอ เขียนทีละบท บทแรกกับบทท้ายความเห็นจึงเปลี่ยนไป ดังนั้นคนที่หยิบหนังสือของแกมาอ่าน อ่านบทที่ 1 ก็เข้าใจแบบหนึ่ง อ่านบทที่ 10 ก็เข้าใจอีกแบบหนึ่ง เขียนตอนแรก ๆ บอกว่า อำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็น 3 อำนาจ แต่ตอนท้าย ๆ ยอมรับว่าเป็นอำนาจเดี่ยวแต่แบ่ง

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีการเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

ออกเป็น 3 ด้าน สรุปลแล้ว ในทางวิชาการสมัยนี้ยอมรับแล้วว่าอำนาจอธิปไตย แบ่งออกเป็น 3 ด้าน ไม่ใช่แบ่งออกเป็น 3 อำนาจอยู่ รัฐธรรมนูญอเมริกายังบอกว่าอำนาจอธิปไตยเป็น 3 อำนาจอยู่ ถ้าเป็นฝรั่งเศสก็จะบอกว่าอำนาจอธิปไตยเป็นหนึ่งเดียวแบ่งแยกไม่ได้ แต่แบ่งออกเป็น 3 ด้าน คืออำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร ทางตุลาการ และเนื่องจากรัฐไม่มีตัวตนจึงไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการในด้านต่าง ๆ ได้ด้วยตัวเอง แต่ต้องอาศัยองค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นคนทำแทน รัฐอาจใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่าง ๆ ในทางองค์กรเดียวก็ได้ อย่างเช่นในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำโดยอำเภอใจของผู้มีอำนาจ จึงต้องมีการกระจายการใช้อำนาจอธิปไตยในการกระทำการทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ให้แก่องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน

มงเตสกีเยอ ได้รับการยกย่องให้เป็นบิดาของกฎหมายมหาชน เพราะเป็นผู้ริเริ่มการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย มีการเสนอให้มีการคานและถ่วงดุลอำนาจกัน แนวคิดของมงเตสกีเยอ ก็ถูกนำมาอ้างอิง แต่การนำไปใช้ก็มีได้เหมือนกันทุกที่ เช่น คนอเมริกันก็อ้างอิงแบบหนึ่ง ฝรั่งเศสก็อ้างอิงอีกแบบหนึ่ง

สาระสำคัญและหลักการแบ่งแยกอำนาจ

รัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองในระบบประชาธิปไตย มีการแบ่งแยก อำนาจอธิปไตยในทางตุลาการ ออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและบริหารอย่างเคร่งครัด ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในการพิพากษาคดีแต่เพียงผู้เดียว การใช้ อำนาจพิพากษาคดี หรืออำนาจทางตุลาการ เป็นอำนาจผูกขาดของศาล องค์กรอื่น ไม่อาจใช้อำนาจนี้ร่วมกับศาลได้ และศาลก็ต้องจำกัดตัวเองอยู่แต่เฉพาะการพิพากษาพิพากษาคดีเท่านั้น กิจของศาลคือการพิพากษาคดี ศาลจะไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ หรือทางบริหารไม่ได้ ซึ่งตรงนี้เป็นหลักพื้นฐาน แต่ในส่วนของการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหาร อาจจัดระเบียบได้เป็น 3 ระบบ ระบบระบบรัฐสภา ประธานาธิบดี และระบบสมัชชา

ระบบรัฐสภา มีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและทางบริหารอย่างไม่เคร่งครัด รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหาร ที่ต้องใช้คำว่าองค์กรหลัก หมายความว่าไม่ได้เป็นองค์กรเดียว ในระบบรัฐสภา รัฐสภาเป็นผู้ออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ฝ่ายบริหารก็ออกกฎหมายได้ คือ พระราชกำหนด ซึ่งพระราชกำหนด นั้นเมื่อมีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติก็ย่อม แก้ไข ยกเว้น ยกเลิก เพิ่มเติมพระราชบัญญัติได้ รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ เช่น ในกรณีเร่งด่วนฉุกเฉิน ซึ่งมีเงื่อนไขว่าถ้าออกพระราชกำหนดแล้วต้องให้รัฐสภาอนุมัติในโอกาสแรก ถ้ารัฐสภาอนุมัติก็มีผลสมบูรณ์ เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

ต่อไป ถ้ารัฐสภาไม่อนุมัติก็สิ้นผลไปนับแต่วันที่มิได้รับอนุมัติ ดังนั้นในระบบรัฐสภา องค์กร
หลักที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติคือรัฐสภา องค์กรรองก็คือคณะรัฐมนตรี ในทางกลับกัน องค์กร
หลักที่ใช้อำนาจบริหารก็คือคณะรัฐมนตรี แต่เวลาประชุมสภา อาจมีการร้องเรียนความทุกข์
ของชาวบ้านผ่านทางสภา อันนี้ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ หากแต่เป็นการใช้อำนาจ
ทางบริหารในเชิงตรวจสอบรัฐบาล หรือว่าเป็นตัวแทนของประชาชน เอาความเดือดร้อนของ
ประชาชนมาบอกเล่าให้รัฐบาลฟัง เป็นเรื่องทางบริหาร ในระบบรัฐสภาฝ่ายบริหารต้องได้รับ
ความไว้วางใจจากรัฐสภา เพื่อให้มั่นใจว่าจะได้รับความไว้วางใจจากสภา พรรคการเมืองต่าง ๆ
ที่เป็นตัวแทน เป็นข้อต่อระหว่างประชาชนกับการเข้าสู่อำนาจทางการเมือง พรรคการเมืองก็
ต้องพยายามมีนโยบายที่จะให้ประชาชนเลือกตั้งให้มากและให้ตนได้ชนะการเลือกตั้ง เป็นไปได้
มีเสียงข้างมากในสภาเพียงพรรคเดียวยิ่งดี ถ้าเป็นรัฐบาลผสมพรรคใดมีเสียงข้างมากในสภา
พรรคนั้นก็มิลืมหิตตั้งรัฐบาล เลือกนายกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีเสนออะไรสภาที่มีเสียงข้างมาก
สนับสนุนอยู่ก็ดำเนินการต่อไปได้ แต่ถ้าพรรคคร่อมฯ ไม่สนับสนุนหรือยกมือสวนทางกันก็ต้อง
ลาออก ซึ่งระบบประธานาธิบดีเหตุการณ์นี้จะไม่เกิด แต่ระบบรัฐสภา รัฐบาลต้องอิงรัฐสภา
ตลอดเวลา แล้วก็มีจารีตประเพณีว่านายกรัฐมนตรีก็ดี รัฐมนตรีก็ดี จะต้องมาจากการเลือกตั้ง
ของอังกฤษเป็นจารีตประเพณี ไม่ได้เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญ ในระบบรัฐสภา 2 ฝ่ายโค่นล้มซึ่ง
กันและกันได้ สภาลงมติไม่ไว้วางใจได้ และรัฐมนตรีอาจแนะนำประมุขของรัฐให้ยุบสภาได้

ระบบประธานาธิบดี เป็นระบบที่มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและ
ทางบริหารออกจากกันอย่างเคร่งครัด ระบบนี้ในรัฐธรรมนูญจะเขียนว่า อำนาจอธิปไตยแบ่ง
ออกเป็น 3 อำนาจ ถ้าเป็นอำนาจนิติบัญญัติให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้ ถ้าเป็นอำนาจบริหารให้
ประธานาธิบดีเป็นผู้ใช้ ถ้าเป็นอำนาจตุลาการให้ศาลเป็นผู้ใช้ เพราะไปอ่านหนังสือของ
มงเตสกีเยอในบทแรก ๆ ในระบบนี้ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารแบ่งแยกงานกันทำ ไม่ได้เข้า
มาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน ถือว่าอำนาจหยุดยั้งอำนาจ ประธานาธิบดีไม่จำเป็นต้องได้รับความ
ความไว้วางใจจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในระบบรัฐสภาจะเป็นฝ่ายบริหารได้ต้องได้รับความไว้วางใจ
จากฝ่ายนิติบัญญัติ ในระบบประธานาธิบดี ประธานาธิบดีไม่ต้องสนใจสภาเลยก็ได้ เพราะ
ประธานาธิบดีได้รับการเลือกตั้งโดยประชาชน แม้จะเป็นการเลือกตั้งโดยทางอ้อม และก็
บ่อยครั้งที่ประธานาธิบดีไม่ได้มาจากพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภา ประธานาธิบดีตั้ง
รัฐมนตรีตามใจชอบ ไม่ต้องตั้งจาก ส.ส. , ส.ว. ดังนั้น ส.ส. หรือ ส.ว. จะคิดยังไงก็ไม่ต้องไป
สนใจ เพราะตั้งคนที่ชอบใจได้ สภาจะลงมติไม่ไว้วางใจประธานาธิบดีไม่ได้ และประธานาธิบดีก็
จะยุบสภาไม่ได้ ประธานาธิบดีก็จะเป็นไปจนครบวาระ เว้นแต่จะกระทำผิดอย่างร้ายแรงก็จะ
โดยถอดถอนโดยวิธีการ impeachment ได้

*เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการ
ประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง*

ระบบสมัชชา อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติและทางบริหารรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรเดียวคือ รัฐสภา ซึ่งจะแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นมากำหนดการบริหารหรือทางรัฐบาลภายหลังปฏิวัติฝรั่งเศสใหม่ ๆ สภาปฏิวัติทำหน้าที่เป็นทั้งรัฐสภาและฝ่ายบริหาร ในปัจจุบันประเทศที่มีระบบ *คล้าย*สมัชชา คือ สวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งมีสภาเป็นใหญ่ สภาออกกฎหมาย และบริหาร แต่เนื่องจากสมาชิกสภาจำนวนมาก เค้จจึงตั้งตัวแทนเป็นคณะเล็กขึ้นเป็นรัฐบาลหมุนเวียนเปลี่ยนกันไป ระบบนี้ไม่เป็นที่นิยมเท่าไร

จะเห็นได้ว่าระบบเหล่านี้มีหลักการไม่เหมือนกัน ดังนั้นการควบคุมฝ่ายปกครองจึงไม่เหมือนกัน

ที่นี้มาดูความแตกต่างระหว่างระบอบการปกครองในระบบสหพันธรัฐ และรัฐเดี่ยว ถ้าเป็นระบบประธานาธิบดี กรรมวิธีการของสภาเค้จมีอำนาจ มีกฎหมายให้อำนาจว่าถ้าเรียก ใครมา คนนั้น ต้องมา พบมาชี้แจง ของไทยเราไม่ต้อง เพราะถ้ารัฐบาลไม่สนองรับก็ลงมติไม่ไว้วางใจได้ เป็นต้น จนกระทั่งตอนร่างรัฐธรรมนูญต้องไปเขียนให้มีการบังคับกันให้มาชี้แจง แต่เอาเข้าจริงก็ยังไม่เห็นผลซักเท่าไร

ในสหพันธรัฐ มีรัฐ 2 ระดับ ระดับแรกคือสหพันธรัฐ ระดับที่สองสองคือมลรัฐ อเมริกา มีมลรัฐ 50 มลรัฐ สหพันธรัฐเป็นรัฐที่ 51 รัฐธรรมนูญจะให้มีอำนาจสหพันธรัฐในเรื่องที่ระบุไว้เป็นเรื่องสำคัญ ๆ เช่นการป้องกันประเทศ การต่างประเทศ เรื่องเงินตรา แต่ถ้าเรื่องอื่น ๆ เป็นอำนาจของมลรัฐ ดังนั้น มลรัฐจึงมีอำนาจออกกฎหมายตัวเอง มีรัฐสภาของตัวเอง มีฝ่ายบริหารเป็นของตัวเอง มีศาลเป็นของตัวเอง ในเยอรมันยิ่งไปกันใหญ่เพราะในแต่ละมลรัฐมีรัฐธรรมนูญเป็นของตัวเอง มีรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ แล้วก็มีรัฐธรรมนูญมลรัฐ ซึ่งไม่เหมือนรัฐเดี่ยว เพราะรัฐเดี่ยวมีรัฐสภาเดี่ยว มีรัฐบาลเดี่ยว มีศาลเดี่ยว เอาพอสังเขป

ต่อมา หลักการที่เป็นรากฐานของกฎหมายมหาชน **หลักนิติรัฐ**

มีการกล่าวว่ “ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ยอมทำได้ ” กับ “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจยอมทำไม่ได้ ” สองคำกล่าวนี้ถามว่าขัดกันไหม ตอบได้เลยว่าไม่ขัด ขึ้นอยู่กับว่านำไปใช้ในบริบทใด ที่บอกว่า “ไม่มีกฎหมายห้ามไว้ยอมทำได้ ” มาจากหลักพื้นฐานว่า รัฐธรรมนูญจะประกันสิทธิขั้นมูลฐานของประชาชนพลเมืองว่า ประชาชนนั้นมีสิทธิเสรีภาพที่จะทำอะไรก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายห้ามไว้ แต่ที่บอกว่า “ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ยอมทำไม่ได้ ” มาจากหลักนิติรัฐนั่นเอง คือองค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดที่เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะกระทำการเกินขอบอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ไม่ได้ กฎหมายที่ว่านี้คือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ดังนั้นพระราชบัญญัติจึงเป็นทั้งบ่อเกิด ที่มาของอำนาจของฝ่ายบริหาร แล้วก็เป็นการขอบหรือขอบของอำนาจ ฝ่ายบริหารอยากได้อำนาจก็ต้องไปขออำนาจจากสภาให้สภาตราพระราชบัญญัติให้อำนาจ เช่น เวนคืนที่ดิน ก็ต้องขออำนาจจากรัฐสภาตราเป็นพระราชบัญญัติ ไม่สามารถเอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีการเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่นำไปอ้างอิง

กระทำการใดได้ตามใจชอบ หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจไม่ถูกต้อง ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายว่าไว้ พอถูกฟ้องต่อศาลปกครองก็ถูกเพิกถอน ซึ่งกฎหมายกำหนดกระบวนการเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชน สภาพบังคับก็คือ ถ้าฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารไปใช้อำนาจที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน เอกชนหรือประชาชนไม่เห็นด้วยเดี๋ยวดร้อน คำก็มีสิทธิโต้แย้ง โดยไปฟ้องคดีต่อศาลเพื่อตรวจสอบว่าฝ่ายบริหารใช้อำนาจโดยมีหรือไม่มีอำนาจ แม้มีอำนาจใช้เกินอำนาจใหม่ หรือว่าเกินหลักการหรือวิธีการที่กฎหมายให้ไว้ใหม่ นี่คือสภาพบังคับของหลักนิติรัฐ

4. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง

4.1 ความหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง

ฝ่ายบริหารกับฝ่ายปกครองเหมือนกันไหม? ฝ่ายบริหารในความหมายอย่างแคบ (Executive) หมายถึงไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ใช่ฝ่ายตุลาการ นิยามฝ่ายบริหารมีทั้งในเชิง negative และในเชิง positive

ในเชิง negative บอกว่าไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ใช่ฝ่ายตุลาการ แล้วจะดูว่าเป็นฝ่ายบริหารหรือไม่ดูที่องค์การหรือดูที่การใช้อำนาจ จะดูว่าเป็นฝ่ายปกครองจะดูที่องค์การหรือการใช้อำนาจ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจตาม เรากล่าวมาแล้ว มีการจัดองค์การตามอำนาจแต่ละด้าน คือ องค์การนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และยังมีความแตกต่างในรูปแบบรัฐบาลแยกย่อยลงไป ถ้าเป็นระบบประธานาธิบดีผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติคือรัฐสภา ผู้ใช้อำนาจบริหารคือประธานาธิบดี แต่ในระบบรัฐสภาาร่วมมือกันใช้อำนาจ แต่ละอำนาจตรวจสอบกันได้

ฝ่ายบริหารในความหมายกว้างคือองคตพย พทั้งหมด แยกเป็น 2 ระดับ คือ ฝ่ายการเมือง กับฝ่ายประจำ ฝ่ายการเมืองคือรัฐมนตรีและรัฐบาล ดำรงตำแหน่งอยู่ตามวาระ มาและไปตามการเมือง มีหน้าที่กำหนดนโยบาย ติดตามให้ฝ่ายปกครองนำนโยบายไปปฏิบัติ ฝ่ายบริหารก็คือฝ่ายการเมืองนั่นเอง ได้แก่ พระมหากษัตริย์ นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี ฝ่ายประจำก็คือฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองก็มี รูปแบบส่วนราชการ แยกเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค มีองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการกระจายอำนาจทางเขตแดน มีองค์การกระจายอำนาจทางบริการ ไม่ว่าจะป็นรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐที่ไม่ได้เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ซึ่งรัฐวิสาหกิจก็มีทั้งที่ตั้งตามพระราชบัญญัติหรือตั้งตามกฎหมายมหาชน หรือตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา ตรงนี้เป็นการทบทวนเพื่อชี้ให้เห็นว่า เรากำลัง

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่นุญาตให้นำไปอ้างอิง

อยู่ในหัวข้อเรื่องการควบคุมฝ่ายปกครอง แล้วฝ่ายปกครองคืออะไร ในความหมายนี้ฝ่ายปกครองก็คือ ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานของรัฐ

ประเด็นอยู่ที่ว่าสภาใช้อำนาจทางนิติบัญญัติเสมอไหม เมื่อที่เราพูดกันมาแล้วว่าสภาใช้อำนาจทางนิติบัญญัติแล้วก็ใช้อำนาจทางบริหารด้วย แล้วหน่วยธุรการของสำนักงานสภาที่มีหนังสือเวียนให้ข้าราชการในสังกัดปฏิบัติอย่างนั้น ละเว้นการกระทำอย่างนี้ เช่นนี้ สำนักงานเลขาธิการสภา ใช้อำนาจอะไร

ศาล ใช้อำนาจทางตุลาการ สำนักงานศาลฯ ไม่ได้ใช้อำนาจทางตุลาการเพราะไม่ได้ตัดสินคดี แต่ทำหน้าที่สนับสนุนงานศาล สำนักงานศาลก็จัดซื้อจัดจ้าง ของงบประมาณบริหารงานบุคลากร เป็นการใช้อำนาจทางบริหารหรืออำนาจทางปกครอง ได้ไม่ได้เป็นฝ่ายปกครองแต่ได้ใช้อำนาจทางปกครองได้ เราอยู่ในหัวข้อว่าด้วยการควบคุมฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองในที่นี้ความหมายจึงหลากหลาย

มาถึงองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เรามีคณะกรรมการป.ป.ช. , ค.ต.ง. , ผู้ตรวจการแผ่นดิน อะไรเหล่านี้ รัฐธรรมนูญปี 2560 ได้จัดกลุ่มว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ความจริงแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งความจริงไม่ควรเรียกว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ควรจะเรียกว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ได้หมายความรวมถึงศาล เพราะศาลเป็นองค์กรตุลาการ ที่ผ่านมามีความเข้าใจสับสน องค์กรอิสระเป็นองค์กรตั้งใหม่ตามรัฐธรรมนูญ ที่ผ่านมามีการเข้าใจผิด ฝ่ายนิติบัญญัติ ตั้งกรรมาธิการมาติดตามงานต่าง ๆ ของศาล มาซักถามนู่นนี่ เพราะเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองเป็นองค์กรอิสระ รัฐธรรมนูญปี 60 ได้แยกศาลรัฐธรรมนูญออกจากศาลแล้วมาอยู่ในส่วนขององค์กรอิสระ ซึ่งจริง ๆ แล้วเป็นการแทรกแซงศาล สภาทำได้เพียงแค่สอบถามเรื่องงบประมาณเพื่อที่จะอนุมัติงบประมาณ ว่าทำงานไปแค่ไหน หรือถามว่าทำไมศาลพิจารณาคดีช้าเหลือเกิน แต่จะมาบอกว่าทำไมคดีนี้พิจารณาพิพากษาอย่างนี้ไม่ได้ แต่ถ้าเป็นองค์กรอิสระจะเรียกมาตรวจสอบได้

การที่มีความเป็นอิสระไม่ได้หมายความว่า เป็นองค์กรอิสระ องค์กรกลุ่มนี้ที่เรียกว่า เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ต้องดูว่าใช้อำนาจด้านใด ก.ก.ต. ออกกฎหมายแต่ไม่ได้ออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ไม่ได้ใช้อำนาจตุลาการพิพากษาคดี เหลืออยู่คนเดียวคืออำนาจบริหาร เมื่อก่อนกระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่จัดการเลือกตั้ง ถ้าพิพาทกันเรื่องการเลือกตั้งก็ไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม ส.ส.ร. 1 เห็นว่าถ้าเป็นอย่างนี้ใครเป็นรัฐบาลก็ได้เปรียบ แบ่งเขตเลือกตั้งก็ได้เปรียบ คุมการเลือกตั้งก็ได้เปรียบ เพื่อแก้ข้อ ครหาที่เลือกตั้ง ก.ก.ต. ขึ้นตามตัวอย่างของต่างประเทศบางประเทศหวังใจว่าจะเป็นกลาง ถ้ามองว่าเค้าทำหน้าที่อะไร ก.ก.ต. ตัวท่านเข้าใจว่าท่านมีอำนาจตุลาการ แต่นักวิชาการทางกฎหมายมหาชนไม่ได้เข้าใจอย่างนั้น

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มี การเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

แต่เห็นว่าท่านใช้อำนาจบริหาร เราจะมีเวลามาเก็บรายละเอียดเหล่านี้อีกที แต่ผมอยากให้นักศึกษาเห็นก่อนว่า

คำว่าฝ่ายปกครอง มี 2 สำนักความคิดเป็นอย่างน้อย ถ้าเป็นสำนักความคิดเก่าเห็นว่าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายประจำอยู่ภายใต้รัฐบาล องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ท่านไม่ได้อยู่ในความหมายของฝ่ายปกครอง เพราะ เป็นอิสระจากรัฐบาล แต่นักวิชาการเขาไม่เห็นด้วย เพราะเขาเห็นว่าอำนาจบริหารไม่ได้จำกัดว่าต้องมี ค.ร.ม. เป็นยอดพีรามิต ดังนั้นฝ่ายบริหารจึงแจกออกเป็นรัฐบาล และ องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ

4.2 ขอบเขตของการควบคุมฝ่ายปกครอง การควบคุมหมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองประการหนึ่ง และการเยียวยาให้แก่ผู้เสียหายโดยฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง การตรวจสอบหมายถึงการสืบสวน สอดส่อง ดูแลให้ถูกต้อง ก่อนมีการกระทำหรือก่อนที่นิติกรรมทางปกครองจะออกไปสู่บุคคลภายนอก นี่คือการควบคุมก่อนกระทำ เป็นการควบคุมแบบป้องกัน เยียวยาคือการแก้ไขซึ่งความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหาย การควบคุมมีความหมายทั้งตรวจสอบ ทั้งเยียวยา

ภายใต้หัวข้อว่าด้วยการควบคุม มี **วัตถุประสงค์การควบคุม** คือสิ่งที่ถูกควบคุมมีอะไร อธิบายได้ว่า มีการควบคุมเหนือการกระทำของฝ่ายปกครอง และมีการควบคุมเหนือตัวบุคคล

การกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองอาจใช้กฎหมายเอกชนหรือกฎหมายแพ่ง ก็เป็นการกระทำทางแพ่งของฝ่ายปกครอง อยู่ภายใต้กฎหมายแพ่ง พิพาทกันฟ้องศาลยุติธรรม ไม่ใช่บอกว่าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองแล้วเราจะเหมาไปฟ้องต่อศาลปกครองหมด การกระทำที่จะเรียกว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ต้องเป็นการกระทำที่ “อาศัยอำนาจตามกฎหมาย ” เรียกย่อ ๆ ว่าการกระทำทางปกครอง ก็คือ การใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย ซึ่งถ้าเป็นอย่างนี้ก็จะอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครองในสวนสารบัญญัติ ส่วนวิธีสบัญญัติก็ต้องไปฟ้องต่อศาลปกครอง

ส่วนการกระทำที่อาศัยอำนาจทางปกครองก็มีนิติกรรมทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง แล้วก็มีการกระทำที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายภาษี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมผู้ร้าย ผู้ร้ายยิงต่อสู้ เจ้าหน้าที่ตำรวจยิงผู้ร้ายได้ การกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่ถามว่ากฎหมายอะไร แล้วพิพาทกันจะไปฟ้องต่อศาลใด

ถ้าเราจะสรุปว่าอาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทำการแล้วเป็นการกระทำทางปกครองหมดนั้นไม่ถูก เจ้าหน้าที่จัดเก็บภาษีก็เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายภาษี เรามีศาลภาษีก็ต้องไปฟ้องต่อศาลภาษี เป็นเรื่องการกระทำที่อาศัยอำนาจทางปกครอง

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

4.3 ความหมายของการกระทำทางปกครอง การกระทำทางปกครองคือผลผลิตของการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง อันนี้เป็นนิยามที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ ใต้ให้ไว้ คือ “การใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย ” ของ “ฝ่ายปกครอง ” แต่การกระทำทางปกครองอาจเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ “ฝ่ายอื่น” ก็ได้ อาจจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ตรงนี้กำลังบอกว่าฝ่ายนิติบัญญัติกระทำการทางปกครองได้ อย่างเช่นการให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง ตามพ.ร.บ.ระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ ในระดับอธิบดีขึ้นไป ปลัด หรือรัฐมนตรีเสนอ แล้วคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ แล้วพระเจ้าอยู่หัวทรงโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้ง การที่รัฐมนตรีเห็นชอบเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร เป็นเรื่องทางปกครอง มีข้าราชการบางตำแหน่ง เช่น เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ บอกว่า ให้สภาเข้ามามีส่วนร่วมในการกลั่นกรอง คนที่จะเป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ ไม่ใช่แค่รัฐมนตรีเห็นชอบ ถ้าสภาไม่เอาก็เป็นไม่ได้ การที่สภาใช้อำนาจนี้ ถือว่าเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร และเป็นเรื่องทางปกครอง เรื่องทางปกครองเป็นเรื่องที่เป็นงานประจำ ไม่ใช่นโยบาย ไม่ใช่การเมือง

ได้กล่าว ไปแล้วว่า ผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป ของเลขาธิการสภาคือ ประธานสภา ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจบังคับบัญชา มีอำนาจให้คุณให้โทษ แต่งตั้งหรือว่าลงโทษ การใช้อำนาจนี้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการ ฝ่ายรัฐสภา ดังนี้เป็นการใช้อำนาจบริหารเป็นเรื่องทางปกครอง

ฝ่ายบริหารมี 2 ฐานะ มีความหมายกว้าง มีความหมายแคบ ความหมายกว้างคือ องค์การทั้งหมดทั้งที่เป็นฝ่ายประจำและฝ่ายการเมือง แต่ฝ่ายบริหารในความหมายแคบ เป็นฝ่ายการเมือง คณะรัฐมนตรีก็ดี นายกรัฐมนตรีก็ดี รัฐมนตรีก็ดี สวมหมวก 2 ใบ ถ้าหากทำเรื่องนโยบายก็เป็นรัฐบาล เป็นคณะรัฐมนตรี เป็นฝ่ายการเมือง แต่บางกรณีก็มีกฎหมายให้อำนาจทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ถ้าทำในฐานะที่เป็นฝ่ายการเมืองก็จะมีเกณฑ์ในการแยกแยะ เช่น ถ้ากระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญก็เป็นการกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือ การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐบาลจะเสนอร่างพระราชบัญญัติเรื่องหนึ่งเรื่องใดตามข้อเรียกร้องของกลุ่มกดดันหรือกลุ่มผลประโยชน์ เช่น สมาคมร้านโชห่วยเรียกร้องให้ออกกฎหมายห้ามตั้งห้างยักษ์ในเขตเมือง ให้ตั้งนอกเมือง รัฐบาลไม่ยอมเสนอร่างกฎหมายนี้เพราะกลัวว่าจะขัดผลประโยชน์อะไรก็แล้วแต่ การไม่เสนอร่างพระราชบัญญัติ ต่อสภาตามข้อเรียกร้อง คณะรัฐมนตรีปฏิเสธเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องทางการเมือง เป็นเรื่องที่รัฐบาลมีอำนาจตัดสินใจว่าจะเสนอหรือไม่เสนอ หรือว่าจะแก้ไขหรือไม่แก้ไขรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ดังนั้นที่ไม่พอใจจะไปฟ้องศาลไม่ได้ ศาลไม่มีอำนาจมาตรวจสอบ เป็นเรื่องทางการเมืองต้องไปว่ากล่าวทางการ

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

เมือง ไม่ว่าจะเป็น common law หรือ civil law ต่างก็เห็นเหมือนกัน อังกฤษเรียกว่า Act of State ฝรั่งเศสเรียกว่า Acte de gouvernement ภาษาไทยเราเรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล เป็นเรื่องศาลไม่เข้ามาตรวจสอบ ต้องให้องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบคือสภา สภายื่นกระทู้ถามหรือลงมติไม่ไว้วางใจอะไรก็ว่ากันไป มิฉะนั้นถ้าให้ศาลมาตรวจสอบทางการเมือง หรือตรวจสอบนโยบาย ศาลก็จะออกนอกเขตแดนของศาล และถ้าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การเจริญสัมพันธ์ไมตรีกับประเทศหนึ่งประเทศใด จะตัดความสัมพันธ์ ประกาศสงคราม เป็นเรื่องความสัมพันธ์หรือการเมืองระหว่างประเทศเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล รัฐบาลอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจรัฐบาลดำเนินการต่างประเทศ ฟ้องศาลไม่ได้ อันนี้เป็นไปตามหลักสากล ถ้ารัฐบาลกระทำการตามพระราชบัญญัติ ก็อาศัยอำนาจทางฝ่ายปกครองผลิตผลก็เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง คนที่ไม่เห็นด้วยก็ไปได้แย้งคัดค้านต่อศาลปกครองได้

องค์กรอิสระ สามารถกระทำการทางปกครองได้ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย ก.ก.ต. , ว่าด้วย ป.ป.ช. ใ้ให้อำนาจองค์กรเหล่านี้ออกกระเบียบ ให้อำนาจออกคำสั่ง ประธานองค์กรก็มีอำนาจเป็นผู้บังคับบัญชาของหน่วยตุรการ การกระทำที่ใช้อำนาจเหล่านี้ก็เป็นการกระทำทางปกครองได้ คนที่ไม่เห็นด้วยก็ได้แย้งคัดค้านที่ศาลปกครอง อาจจะมีอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

เอกชนก็สามารถกระทำการทางปกครองได้ถ้าใช้อำนาจตามกฎหมาย โดยหลักแล้วเอกชนไม่มีอำนาจ เอกชนมีสิทธิหน้าที่ เอกชนไม่มีอำนาจมหาชน แต่ก็มีบางกรณีที่ได้ให้เอกชนบางกลุ่มบางองค์กรใช้อำนาจมหาชน เช่น ออกใบอนุญาต ควบคุมองค์กรวิชาชีพ อย่างแพทยสภา หรือสภาทนายความ เป็นเอกชนแท้ ๆ แต่ใช้อำนาจมหาชน ออกใบอนุญาตได้ ถ้ามีแพทย์ถูกร้องเรียนก็เพิกถอนใบอนุญาตได้ สภาทนายความ ถ้าทนายความไปหลอกลูกความ สภาทนายความก็ลงโทษได้ แล้วเหล่านี้อยู่ในบังคับของ พ.ร.บ.วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้วถ้าพิพาทกันก็ไปฟ้องศาลปกครอง องค์กรเหล่านี้ยังได้แย้งอำนาจศาลปกครองอยู่ ว่าเค้าเป็นเอกชนแท้ ๆ ทำไม่ต้องไปขึ้นศาลปกครอง ในทางหลักวิชานั้น แม้ร่างกายเค้าจะเป็นเอกชน แต่เมื่อเขาใช้อำนาจมหาชน ตามกฎหมายต้องถือว่าเค้ากระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง การกระทำของเขาก็เป็นการกระทำทางปกครอง แต่จริง ๆ แล้วเค้าไม่ได้เป็นฝ่ายปกครอง เขาเป็นเอกชน แต่เมื่อเขาใช้อำนาจทางกฎหมายในเรื่องทางปกครอง การกระทำของเขาก็เป็นการกระทำทางปกครอง มหาวิทยาลัยเอกชนโรงเรียนเอกชน ก็ถูกฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีการเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

การกระทำทางปกครอง ความหมายของการกระทำทางปกครองมีหลายสำนักให้ความหมายไว้ แต่ของท่าน ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ท่านแบ่งออกเป็น 2 ประเภท นิติกรรมทางปกครอง และ ปฏิบัติการทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง มีลักษณะพื้นฐานของ “นิติกรรม” คือ ต้องมีการแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลโดยมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย การที่เรายกมือขึ้นมาเกาศีรษะเป็นการเคลื่อนไหวร่างกาย แต่ไม่มีนัยยะอะไร ไม่เป็นการแสดงเจตนา ดังนั้น ต้องมีการแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคล และการแสดงเจตนาที่มุ่งประสงค์ให้เกิดผลในทางกฎหมาย นี้คือตัวร่วมกับนิติกรรมทางแพ่ง แต่ลักษณะที่ 2 ที่ 3 ที่แตกต่างกันก็คือ นิติกรรมทางปกครองผลทางกฎหมายที่มุ่งหมายให้เกิดขึ้นคือการสร้างนิติสัมพันธ์ให้เกิดขึ้นโดยคน 2 ฝ่าย โดยฝ่ายแรกเป็นองค์การของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตามกฎหมายหรือสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ของอีกฝ่ายหนึ่ง คือ นิติกรรมทางแพ่งนั้น มียื่นหมยยื่นแมว สมประโยชน์ด้วยกัน แต่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายแรกให้หน้าที่ฝ่ายที่ 2 มีหน้าที่ปฏิบัติตาม อาจจะทำให้เกิดสิทธิก็ได้ แต่ลักษณะเด่นเป็นเรื่องของการใช้อำนาจ คือถ้าหากทั้งสองฝ่ายยินยอมพร้อมใจก็ทำเป็นนิติกรรมทางแพ่งได้ ที่บอกว่า 2 ฝ่ายหรือฝ่ายเดียว ถ้าเป็นสำนักความคิดนี้ เต้าบอกว่า **นิติกรรมทางปกครอง เป็นนิติกรรมที่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวขององค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม** เพราะถ้ายินยอมก็เป็นกฎหมายเอกชน สัญญาต้องมีความยินยอม เพียงแต่สัญญาที่มีสัญญาทางแพ่งสัญญาทางปกครองเป็นอีกหลักหนึ่ง แต่ว่า ถ้านิติกรรมทางปกครองในความหมายแคบไม่รวมถึงสัญญาทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองกับสัญญาทางปกครองเป็นคนละอัน นิติกรรมทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวก็เกิดผล นิติกรรมทางมหาชน กับเอกชนไม่เหมือนกัน เอกชนเวลาจะทำอะไรก็ไปขอซื้อ หรือไปจ้างเค้าทำซึ่งแล้วแต่วัตถุแห่งสัญญา หรือข้อสัญญาที่ตกลงกัน แต่ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เป็นการใช้อำนาจมหาชนตามกฎหมาย มีอำนาจตามกฎหมาย

ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายในเรื่องทางปกครองที่ขาดลักษณะข้อหนึ่งข้อใดของนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือเป็น มิได้กระทำลงเพื่อเป็นการแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหรือ หรือมิได้มีเจตนาเพื่อจะให้เกิดผลในทางกฎหมาย เป็นปฏิบัติการทางปกครอง เช่นเจ้าพนักงานจราจรออกตรวจตราจราจร ตามบาทวิถีซึ่งตามหลักแล้วมิให้คนเดิน แต่ บางทีก็มีไว้ขายของ การห้ามจอดรถ ถ้านอกจากปักป้ายสัญญาจราจรแล้วก็จะทาสีขอบบาทวิถี ขาวแดง ยังมีคนไปจอดรถแฉะซื้อของ ช่างหลังรถก็ติด เจ้าพนักงานจราจรผ่านมา พบรถจอดในที่ห้ามจอด 2 คัน คันแรกเจ้าพนักงานจราจรก็หยิบใบสั่งขึ้นมาคนขับเป็น คุณแม่มารับลูก ก็เห็นใจ ไม่ด่าเนินคดี แต่ก็ปฏิบัติหน้าที่นิดหน่อยบอกว่าตรงนี้ห้ามเอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

จอctrณะ ต้องเคลื่อนย้ายรถออกไป การเปล่งวาจาของเขาเป็นอะไร เตือนให้รู้ว่าทำผิด กฎหมายจราจรแล้ว ให้เคลื่อนย้ายไปที่อื่น ตรงนี้เป็นนิติกรรมทางปกครอง หรือปฏิบัติการทางปกครอง ลองไล่องค์ประกอบ – คนพูดเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง – อาศัยอำนาจตามกฎหมาย – แสดงเจตนาให้ปรากฏ โดยการพูด – เป็นนิติกรรมทางปกครอง ส่วนจะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองเดี่ยวนั้นว่า กัน ส่วน รถอีกคันหนึ่งจอดอยู่ในที่ห้ามจอด ไม่มีคนขับรถอยู่ ถามว่าเจ้าพนักงานจราจรจะทำนิติกรรมทางปกครองกับรถยนต์ได้ไหม ก็ตอบว่าคงไม่ได้ เพราะสั่งรถยนต์คันนั้นว่า ตรงนี้ห้ามจอด เคลื่อนย้ายไป จะพูดอย่างไรรถยนต์มันก็ คงไม่ขยับไป ดังนั้น จึงทำนิติกรรมทางปกครองไม่ได้ นิติกรรมทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคล ไม่มีทางทำนิติกรรมทางปกครองกับวัตถุได้ แต่ก็ยังมีอำนาจตาม พ.ร.บ.จราจรทางบกฯ รถจอดในที่ห้ามจอดก็สามารถลือคล้อได้ หรือถ้ารถจอดกีดขวางการจราจรก็สามารถถอยรถไปเก็บได้ นี่คือการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายที่ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองแต่เป็นปฏิบัติการทางปกครอง เช่นสั่งให้รถถอนอาคารแล้วไม่ยอมรื้อ ก็รื้อเอง เป็นปฏิบัติการทางปกครองทางกายภาพที่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย

นิติกรรมทางปกครองยังแบ่งออกเป็นกฎ กับ คำสั่งทางปกครอง

กฎกับคำสั่งทางปกครองต่างกัน คือ กฎมีนิยามที่มี 2 เกณฑ์ คือ บุคคลถูกนิยามไว้เป็นประเภท กรณีกำหนดไว้เป็นนามธรรม ครบ 2 ข้อเป็นกฎ ขาดข้อหนึ่งข้อใดหรือขาดทั้งสองข้อเป็นคำสั่งทางปกครอง ต้องครบทั้งสองข้อเป็นกฎ บุคคลนิยามเป็นประเภท กรณีเป็นนามธรรม ข้อบังคับของมหาวิทยาลัยว่าด้วยการจัดการศึกษา ข้อบังคับจะกล่าวถึงบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท ว่า นักศึกษาอย่างนั้น นักศึกษาอย่างนี้ เค้าจะไม่กล่าวถึงนางสาว ก. หรือนาย ข. เพียงแต่กำหนดไว้เป็นประเภท กฎ ก.พ. ก็จะบอกข้าราชการพลเรือนอย่างนั้น ข้าราชการพลเรือนอย่างนี้ นี่คือข้อแรกของกฎ ข้อที่ 2 ของกฎ กรณีต้องกำหนดไว้เป็นนามธรรมคือ ข้อบังคับของมหาวิทยาลัยกำหนดว่านักศึกษาจะต้องลงทะเบียนไม่น้อยกว่าที่หน่วยกิต ต่อภาคการศึกษา แล้วก็ต้องเก็บได้ก็หน่วยกิตถึงจะจบ เป็นนามธรรมทั้งสิ้น เค้าไม่บอกว่่านักศึกษารุ่นไหน มีลักษณะเป็นการทั่วไป ครบทั้งสองข้อเป็นกฎ ถ้าขาดทั้งสองข้อ เช่น นักศึกษาที่ทุจริตในการสอบจะต้องถูกขีดชื่อออกจากทะเบียนนักศึกษา นี่คือข้อบังคับ เป็นกฎ แต่ถ้ามีนักศึกษาไปทุจริตในการสอบ ผู้คุมสอบก็ต้องรายงานไปตามขั้นตอน เรื่องก็ไปถึงผู้มีอำนาจบังคับ ก็บอกว่าให้นักศึกษาพ้นสภาพจากการเป็นนักศึกษา เวลาออกมาแล้วเขียนเป็นกระดาษออกมาถามว่า เป็นกฎ หรือเป็นคำสั่งทางปกครอง – บุคคล ถือว่าเจาะจงแล้วคือผู้ทุจริต – กรณี ก็เจาะจง คือ ทำผิดอะไรมา ข้อหาอะไร เมื่อไร อย่างไร – อย่างนี้ถือว่าสวนทางกับกฎทั้งสองข้อ จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง กรณีที่ขาดข้อหนึ่งข้อใดในลักษณะของกฎ ไม่เป็นกฎ เช่น ตาม พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร อาคารใดมีสภาพชำรุดทรุดโทรม เสีย พ.ร.บ. ควบคุมอาคารฯ ให้อำนาจเจ้าพนักงานออกข้อกำหนดห้ามมิให้บุคคลใดเข้าไปในอาคารดังกล่าว หรือว่าอาคารถูกอัคคีภัยก็ออก

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

ข้อกำหนดห้ามเข้าอาคารหลังนั้น ถ้ามันเป็นกฎ หรือเป็นคำสั่งทางปกครอง – เกณฑ์บุคคล ห้ามบุคคลใด เป็นประเภท – ส่วนกรณี ห้ามเข้าอาคารเลขที่นั้น เลขที่นี้ ถือว่าเจาะจง – ดังนี้ จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง แม้จะมีข้อแรกของกฎ แต่ขาดข้อสองของกฎ ก็เป็นคำสั่งทางปกครอง ประกาศรับสมัครบุคคลเข้ารับราชการ กรม ก. เปิดรับสมัครตำแหน่งนิติกร ปฏิบัติการ ประกาศว่า บุคคลใดมีคุณสมบัติตามที่กำหนด มาสมัครได้ ถ้ามาประกาศเป็นอะไร พิจารณา – เกณฑ์บุคคล นิยามไว้เป็นประเภท หรือ เจาะจง มีไหม ประกาศรับสมัคร นางสาว ก. หรือนาย ข. รับสมัครชื่อคนนั้นคนนี้ หรือลูกของใคร น้องของใคร ไม่ได้ ต้องบอกว่า บุคคลใดก็ตามแต่ ไม่ได้เจาะจง ไม่ได้นิยามไว้เป็นประเภท – ส่วนกรณี เป็นนามธรรม หรือเจาะจง กรณีนี้เจาะจงหน่วยงานที่รับสมัคร และเจาะจงตำแหน่ง – คือตามตัวอย่างนี้เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ถ้าเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัย หรือคำสั่งไล่ออกจากมหาวิทยาลัยเป็นคำสั่งทางปกครองเฉพาะ คำสั่งทางปกครองมี 2 ประเภท คือเฉพาะ กับทั่วไป และถ้าขาดข้อหนึ่งข้อใดของกฎ ก็เป็นคำสั่งทางปกครอง เอาพอสังเขป

กฎ มีนิยามในกฎหมาย ตาม พ.ร.บ. 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง “กฎหมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบังคับ ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่น ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ” นี่คือนิยามคำว่ากฎ ถ้าเรียกชื่อว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ไม่ต้องคิดมาก เป็นกฎ ตามที่กฎหมายระบุชื่อ ข้อบัญญัติท้องถิ่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติ ก.ท.ม. เป็นกฎ เพราะกฎหมายบอกให้เป็น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่น ระเบียบข้อบังคับ เราจะรู้ได้อย่างไรว่าเป็นกฎหรือไม่เป็นกฎ นิติกรรมทางปกครองก็ดี ปฏิบัติการทางปกครองก็ดี ต่างก็เป็น การกระทำทางปกครอง การกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ถ้าเริ่มต้นไม่ใช้การใช้อำนาจตามกฎหมายแล้ว ก็ไม่เป็นการกระทำทางปกครอง ไม่อาจเป็นนิติกรรมทางปกครอง ไม่อาจเป็นปฏิบัติการทางปกครอง ไม่อาจเป็นกฎ หรือคำสั่งทางปกครองได้ จะเป็นเหล่านี้ได้ต้องเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย ดังนั้น ระเบียบ ข้อบังคับ เราจึงต้องดูว่าออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย แต่ออกโดยอาศัยอำนาจบริหาร ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา เป็นผู้บังคับบัญชาก็ออกระเบียบข้อบังคับให้ ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามได้ ระเบียบข้อบังคับถ้าออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ก็เป็นกฎ เพราะมีนัยอย่างเดียวกับพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ซึ่งก็คืออนุบัญญัติ อนุบัญญัติออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ แต่ถ้าออกโดยอาศัยอำนาจการบริหาร อาศัยอำนาจบังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจโดยทั่วไปที่จะวางระเบียบให้ ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามได้ เช่น อาคารมีหลายชั้นจะให้สำนักนั้นอยู่ชั้น 1 จัดแบ่งแผนกยังไง

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

ก็อาศัยอำนาจบังคับบัญชาได้ เป็นเรื่องการจัดระเบียบภายในองค์กร คำว่า “บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ” ตรงนี้มีประเด็น ถ้าเป็นกฎ ก็อาจนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนได้ ถ้าไม่ใช่กฎ ฟ้องให้เพิกถอนไม่ได้ ที่ผ่านมาก็มีแนวคำพิพากษาศาลปกครองว่า อะไรก็แล้วแต่ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปถือว่าเป็นกฎ ก็ฟ้องศาลปกครองได้ ศาลปกครองก็เพิกถอนไปหลายคดี ก็มีนักวิชาการเขียนบทความวิพากษ์ เอาไว้ว่า ต้องดูว่าสิ่งที่จะขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ ต้องเป็นอนุบัญญัติ หมายความว่า อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ถ้าอาศัยอำนาจบังคับบัญชา ถือเป็นเรื่องภายในฝ่ายบริหาร มาฟ้องให้เพิกถอนไม่ได้ เพราะไม่ใช่กฎหมาย มติคณะรัฐมนตรีมีลักษณะที่หลากหลาย อาจจะเป็นกฎที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ อาจจะเป็นคำสั่งเช่น มติคณะรัฐมนตรีที่ เห็นชอบให้แต่งตั้งข้าราชการออกคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการอาศัยอำนาจตาม พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการฯ ก็เป็นคำสั่ง หรืออาจจะเป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาออกระเบียบทั่วไป สั่งการออกคำสั่งส่วนราชการต่างๆ ซึ่งไม่เหมือนกัน เอาพอสังเขป ส่วนคำสั่งทางปกครองก็มีนิยามว่าไว้อยู่แล้ว “คำสั่งทางปกครอง ” หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ถ้าไม่ได้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ที่เหลือก็ว่ากันไปแล้ว คือมีผลก่อให้เกิดสิทธิหรือกระทบสิทธิ , หรือการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ก็มีการออกกฎกระทรวงมาแล้ว สรุปสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง คือ

- (1) เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่
- (2) เป็นการใช้อำนาจรัฐ
- (3) เป็นการกำหนดสภาพโดยกฎหมาย
- (4) เกิดผลเฉพาะกรณี
- (5) มีผลภายนอกโดยตรง

บัญญัติ 5 ประการ ถ้าแม่นยำจำได้ก็วินิจฉัยได้ 1- 4 ว่ามาแล้ว ข้อที่ 5 ระหว่างมาตรการภายใน หรือเรื่องการจัดระเบียบราชการ การรายงานข้อเท็จจริง การเสนอความเห็น การทำร่างคำสั่ง ยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นเรื่องภายในองค์กรยังไม่มีผลไปสู่อภายนอก เปลี่ยนใจได้ ไม่ทำก็ได้ เช่นตัวอย่าง พ.ร.บ. ควบคุมอาคารฯ การสร้างอาคารผิดกฎหมาย ไม่ได้รับอนุญาตเจ้าพนักงานท้องถิ่นก็ต้องดำเนินการออกคำสั่งระงับการดำเนินการก่อสร้าง ออกคำสั่งให้รื้อถอน นายตรวจพบแล้วรายงานข้อเท็จจริงไปยังผู้มีอำนาจออกคำสั่งคือ ผู้อำนวยการเขต นายตรวจมีหน้าที่รายงานข้อเท็จจริงว่า อาคารดังกล่าวมีลักษณะผิดกฎหมายตามมาตรฐาน มาตรฐานนี้ ทำแบบฟอร์มเสนอขึ้นไป ผู้อำนวยการเขตอ่านแล้วเข้าใจก็เซ็นอนุมัติ สมมติว่าต่อมามีโทรศัพท์ บอกว่า เรื่องนี้เจ้าหน้าที่เข้าใจผิด ผู้อำนวยการเขตก็เลยเก็บคำสั่งที่เซ็นไว้แล้ว แล้วให้นายตรวจชี้แจงข้อเท็จจริงที่มีการร้องเรียนมา อย่างนี้ไม่เป็นคำสั่งทาง

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีกรเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นำไปอ้างอิง

ปกครองเพราะยังไม่ส่งออกไปภายนอก ยังไม่มีผล ดังนั้นคำสั่งทางปกครองต้องครบทั้ง 5 ประการ

ลองตอบคำถามนี้ คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นก็จะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง อาจนำไปฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนได้ ถ้าไม่เป็นก็ไม่ต้องปฏิบัติตาม พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง นำไปฟ้องศาลปกครอง ศาลปกครองก็ไม่รับ เป็นหรือไม่เป็นต้องอาศัย หลัก 5 ประการเมื่อนี้มาจับ

คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย ผู้ที่ออกคำสั่งคือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่เป็นผู้ออก เป็นฝ่ายปกครอง อาศัยอำนาจตามกฎหมาย เข้าข้อ 1 ข้อ 2 ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพสิทธิและหน้าที่ความเป็นราชการของผู้รับคำสั่งหรือไม่ ไม่เข้าข้อ 3 เพราะยังไม่กระทบต่อสิทธิและสถานภาพอะไร เป็นเพียงกระบวนการสอบสวน อาจได้ข้อยู่ว่าไม่ได้กระทำผิดวินัย เพราะถูกใส่ร้าย ยังไม่ได้ถูกลงโทษ ดังนั้นศาลปกครองจึงมีแนวคำวินิจฉัยมาตลอดว่า ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

อีกตัวอย่างหนึ่ง มติของคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ ใน 14 คน เป็นกรรมการในคณะกรรมการ ก.ส.ช. เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญ 2540 มาตรา 40 บัญญัติว่า ให้มีการออกกฎหมายจัดตั้งองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่วิทยุ โทรทัศน์ เคเบิลให้มีการสรรหา แล้วมีคณะกรรมการสรรหา คณะกรรมการสรรหามีหน้าที่สรรหาจากผู้สมัครจำนวนมากให้เหลือ 14 คน แล้วก็ส่งเข้ารอบสุดท้ายให้วุฒิสภาเลือก 7 คน ผู้ที่ได้รับการเลือก 7 คนก็จะได้รับทุลเกล้า และโปรดเกล้าให้เป็น ก.ส.ช. ถ้าหากว่าไม่ได้อยู่ใน 14 คนก็ตกกรอบ พอประกาศผลไม่อยู่ใน 14 คนก็มีผู้สมัครรายหนึ่งไปยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ว่ามติคณะกรรมการสรรหาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไปฟ้องให้ศาลปกครองเพิกถอน ผู้ถูกฟ้องก็ต่อสู้ว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณา เค้ไม่อยู่ในบังคับของ พ.ร.บ.วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มติที่ว่าไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองวินิจฉัยว่าอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง อยู่ในบังคับของ พ.ร.บ.วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ฯ มติที่ประกาศผลออกมาเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เข้าบัญญัติ 5 ประการใหม่ กรรมการสรรหาเป็นเจ้าหน้าที่ เป็นคณะบุคคลที่มีกฎหมายให้อำนาจใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ มุ่งบังคับใช้กับบุคคลเจาะจงเฉพาะ มีผลออกสู่ภายนอก ฉะนั้นจึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง

เอกสารนี้เป็นการสรุปการบรรยายโดยยังไม่มีการเรียบเรียงและอ้างอิง จึงยังไม่สมบูรณ์ จึงใช้ในการประกอบการเรียนเท่านั้น ไม่นำไปอ้างอิง