

บทที่ ๒

แนวความคิดพื้นฐาน

ในการปกครองรัฐจะต้องมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ องค์กร
เช่นว่านี้เรียกว่า "รัฐบาล" คำว่า "รัฐบาล" หมายความว่าบุคคลและคณะบุคคล
ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อบริหารการปกครองประเทศ อำนาจหน้าที่
ของรัฐบาลนั้นมิได้มีขอบเขตอยู่แต่เฉพาะการบริหารให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น
แต่ยังเป็นผู้วางนโยบายและดำเนินการปกครองประเทศด้วย จึงเรียกว่า "ฝ่ายบริหาร"¹

ในปัจจุบันฝ่ายที่มีอำนาจมากหรือมีบทบาทสำคัญที่สุดในการปกครองประเทศ
ก็คือฝ่ายบริหาร เพราะฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลเป็นผู้ดำเนินการปกครองประเทศเป็น
ผู้ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการในการบริหารงานของรัฐ
ทั้งในด้านการปกครองและในด้านเศรษฐกิจ ฝ่ายบริหารมีอำนาจเพิ่มขึ้นตามสภาพการณ์
ของสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับการออก
กฎหมายอยู่อย่างไร ในสมัยก่อน ๆ ปัจจุบันนี้ก็คงมีหน้าที่อยู่ตามเดิม ฝ่ายตุลาการหรือ
ศาลก็เช่นเดียวกันคงมีอำนาจตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างเดิม²

รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน
เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแนวทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติ
ให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่และ
กำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวัน
โดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน
ซึ่งเรียกว่า "บริการสาธารณะ" (Public Service)³

¹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ :
โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๓), หน้า ๑๓.

² ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า ๑๕ - ๑๖.

³ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า ๑๖.

แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่ารัฐบาลจะมีอำนาจและหน้าที่เพิ่มมากขึ้นก็ตาม รัฐบาลก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมาย ทั้งนี้ตามแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม (The rule of Law) ซึ่งเป็นที่ยึดถือกันโดยทั่วไปในรัฐเสรีประชาธิปไตย และหลักนิติธรรมนี้เองที่เป็นที่มาของหลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Principe de Légalité des actes administratifs) ซึ่งหลักกฎหมายปกครองดังกล่าวนี้มีความหมายว่า "องค์กรรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ ซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐรับรอง และให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรแต่ละคนอย่างเท่าเทียมกันได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย"⁴

ภายในรัฐเอง จึงจำต้องมีองค์กรและวิธีการสำหรับตรวจสอบควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหาร และการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐ ซึ่งการควบคุมการกระทำดังกล่าวก็จะมีลักษณะและวิธีการควบคุมตรวจสอบที่แตกต่างกันออกไป แล้วแต่สภาพ (Nature) ของการกระทำนั้น ๆ

ในงานขององค์กรฝ่ายบริหารเอง อาจแยกออกได้เป็น ๒ ส่วนหลัก คือ "งานนโยบาย" ซึ่งรับผิดชอบทางการเมืองต่อสภา กับ "งานประจำ" ซึ่งอาจถูกตรวจสอบควบคุมภายใต้หลักการ "นิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย" ได้เสมอ ดังนั้น การศึกษาในประเด็นแรก จึงจะขอกล่าวถึง "หลักการว่าด้วยการแยกงานประจำออกจากงานนโยบาย" ทั้งนี้ เพื่อวางหลักการพื้นฐานในการจำแนกการกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองออกจากกัน อันจะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาและวิเคราะห์ถึงองค์กรและวิธีการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารและการกระทำของฝ่ายปกครอง และในประเด็นที่สองจะได้วิเคราะห์ถึง "หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย" เพื่อเป็นกรอบในการวิเคราะห์มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นงานประจำ อันเป็นวัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ", วารสารกฎหมายปกครอง, ๘ (๒๕๓๒) : ๓๓.

ส่วนที่หนึ่ง หลักการว่าด้วยการแยกงานประจำออกจากงานนโยบาย

๑. แนวความคิดในการแยกงานประจำออกจากงานนโยบาย

ในทางทฤษฎี เราอาจแยกหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ออกได้เป็น ๒ ส่วน คือ หน้าที่ในฐานะรัฐบาล (Governmental function) หรือระบบงานนโยบาย และหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครองหรือระบบงานประจำ (Administrative function)⁵ อำนาจหน้าที่ในฐานะรัฐบาลเป็นอำนาจหน้าที่ซึ่งคณะรัฐมนตรีใช้ร่วมกัน และอำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง เป็นอำนาจหน้าที่ซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีแต่ละคน เป็นผู้ใช้ในการบริหารงานของกระทรวงหรือทบวงการ เมืองที่ตนเป็นผู้ปกครอง บังคับบัญชา⁶

ในทางปฏิบัติ อำนาจหน้าที่ทั้งสองส่วนนี้ยากที่จะแยกออกจากกัน ได้อย่างเด็ดขาด เพราะมีความสัมพันธ์กันอยู่เสมอ และหน้าที่ของทั้งสองฝ่ายนี้ มีลักษณะ เสริมและทดแทนกัน แต่อาจจะวางแนวทางการแบ่งแยกได้⁷ ดังนี้

๑.๑ อำนาจหน้าที่ในฐานะรัฐบาล คือ อำนาจหน้าที่ที่จะกำหนดและ ดำเนินนโยบายของชาติ กิจการที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติในฐานะรัฐบาลนั้น คือกิจการ ประเภทสำคัญๆ เกี่ยวกับการดำเนินนโยบายของรัฐบาลที่จัดทำเพื่อความดำรงอยู่ ความปลอดภัย ความเจริญและความมั่นคงของประเทศ เช่น การประกาศสงคราม การวางแผนเศรษฐกิจของชาติ การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การติดต่อ ดำเนินงานระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาเพื่อบริหารราชการของประเทศ

๑.๒ อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง คือ อำนาจหน้าที่ในการ ที่จะปฏิบัติกิจการที่เป็นปกติธุระ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายและนโยบายที่รัฐบาลวางไว้ เป็นการปฏิบัติในรายละเอียดที่มีกลไกในทางปฏิบัติมากมายหลายประการซึ่ง

⁵อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์อักษรไทย, ๒๕๓๐), หน้า ๔๕.

⁶ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง หน้า ๑๖-๑๗.

⁷ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง หน้า ๑๗.

ฝ่ายปกครองจัดทำอยู่เป็นประจำ และการปฏิบัติกิจการในทางปกครองนั้น นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแต่ละคนพร้อมด้วยข้าราชการและพนักงานในกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ เป็นผู้ปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยสั่งการด้วยตนเองทุกเรื่องไปเหมือนกับกิจการในหน้าที่ของรัฐบาล เว้นแต่ในเรื่องสำคัญที่เกี่ยวกับนโยบายซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอาจจะนำขึ้นเสนอขอคำวินิจฉัยจากคณะรัฐมนตรีก่อนปฏิบัติ เพราะฉะนั้นกิจการในหน้าที่ของฝ่ายปกครอง รัฐบาลจึงอาจมอบหมายให้กระทรวงและทบวงการเมืองต่าง ๆ เป็นผู้ปฏิบัติแทน ตัวอย่างกิจการที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติในฐานะฝ่ายปกครองก็คือ กิจการต่าง ๆ ที่อยู่ในหน้าที่ของกระทรวงทบวงการเมืองต่าง ๆ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน การป้องกันประเทศ การสาธารณสุข การคมนาคม การเกษตร การอุตสาหกรรม เป็นต้น

กิจการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลนั้น จะทำได้แต่โดยรัฐบาล เท่านั้น กล่าวคือคณะรัฐมนตรีจะต้องปฏิบัติและรับผิดชอบในกิจการนั้นร่วมกัน แต่กิจการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง รัฐบาลอาจมอบให้องค์การทางปกครองอื่น ๆ รับผิดชอบก็ได้ เช่น มอบอำนาจหน้าที่ในการปกครองท้องถิ่นให้แก่เทศบาล หรือ แม้แต่จะมอบให้เอกชนรับไปทำแทนก็ได้ เช่น การให้สัมปทานเอกชนจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง เป็นต้น^๘

ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ทั่วไปในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยปฏิบัติตามกฎหมาย นโยบาย และคำสั่งของรัฐบาล ฉะนั้น ฝ่ายปกครองจึงอยู่ใต้บังคับบัญชาของรัฐบาล หน้าที่ของฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งแห่งหน้าที่ของฝ่ายบริหาร แต่แยกออกจากหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ^๙

^๘ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า ๑๗-๑๘.

^๙ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า ๒๒.

ฝ่ายปกครองมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงของกระทรวงต่าง ๆ เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบในกิจการของกระทรวงที่รัฐมนตรีนั้นเป็นผู้ว่าการ รวมทั้งข้าราชการและพนักงานในสังกัดกระทรวงนั้น ๆ ทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค ตลอดจนองค์การของราชการบริหารส่วนท้องถิ่นที่อยู่ในการควบคุมกำกับของราชการบริหารส่วนกลาง รัฐมนตรีว่าการกระทรวง นอกจากเป็นส่วนประกอบของรัฐบาล และรับผิดชอบร่วมกับคณะรัฐมนตรีในนโยบายทั่วไปของรัฐบาลแล้ว ยังเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบในฐานะที่เป็นเจ้ากระทรวงในราชการของกระทรวงที่ตนว่าการอีกด้วย ทั้งนี้หมายความรวมถึงนายกรัฐมนตรี ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาสำนักนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการทบวงด้วย¹⁰

การปฏิบัติงานของรัฐมนตรีนั้น ถ้าปฏิบัติงานรวมกันเป็นคณะก็ทำในฐานะที่เป็นคณะรัฐมนตรี ถ้าทำงานแยกเป็นรายบุคคลในฐานะที่บังคับบัญชากระทรวงทบวงต่าง ๆ ก็มีฐานะเป็นฝ่ายปกครอง เพราะฉะนั้นความรับผิดชอบของรัฐมนตรีจึงมีสองสถาน คือรับผิดชอบร่วมกันในนโยบายร่วมกับคณะรัฐมนตรี และต้องรับผิดชอบในราชการของกระทรวงหรือทบวงที่ตนว่าการอีกด้วย¹¹

ประเด็นปัญหาที่สำคัญก็คือ การสั่งการหรือมติของคณะรัฐมนตรี ถือว่าเป็น "นโยบาย" ร่วมกันของคณะรัฐมนตรีทุกเรื่องหรือไม่ กล่าวคือ ถ้าการสั่งการหรือมติของคณะรัฐมนตรีทุกเรื่องเป็น "งานนโยบาย" คณะรัฐมนตรีก็จะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในทุกระเบียงที่คณะรัฐมนตรีได้มีการสั่งการหรือมีมติไปแล้ว โดยไม่มีองค์การอื่นใดอีกที่จะควบคุมหรือตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรี หากการสั่งการหรือมติของคณะรัฐมนตรีบางเรื่องเป็น "งานประจำ" ซึ่งไม่ใช่ "งานนโยบาย" การสั่งการหรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นก็ต้องถูกตรวจสอบหรือควบคุมโดยองค์การอื่นที่มีใช้รัฐสภา ทั้งนี้เพราะคณะรัฐมนตรีมี "ความรับผิดชอบทางการเมือง" ต่อรัฐสภาเท่านั้น ซึ่งมีระบบและกลไกในการควบคุมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มิได้มีความรับผิดชอบทางด้านกฎหมายหรือด้านอื่น

¹⁰ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า ๒๑.

¹¹ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า ๒๑-๒๒.

ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้เสนอความเห็น
 ในฐานะ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อประกอบการพิจารณา
 คำร้องทุกข์ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ ๔๐/๒๕๒๘ เรื่อง
 นายสาเพา สิริสัมพันธ์ และบริษัทกัททรยุทธภัณฑ์ จำกัด ขอความเป็นธรรมเกี่ยวกับการ
 การจ้างสร้างโรงงานวัตถุประสงค์ของกระทรวงกลาโหม¹² ว่า "ในระบบสภาแห่งรัฐ
 (ซึ่งเป็นสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองในต่างประเทศนั้น สภาแห่งรัฐ (Couseil
 d'Etat) จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรี ใน "ส่วนที่เกี่ยวกับ
 งานประจำ" (มิให้ขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายหรือขัดต่อ "หลักกฎหมาย") ด้วย และ
 สภาแห่งรัฐจะไม่ตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีเฉพาะในเรื่องที่มีลักษณะ
 เป็น "งานนโยบาย" เท่านั้น ทั้งนี้เพราะสถาบันรัฐสภาจะเป็นผู้ควบคุม "งาน
 นโยบาย" ของคณะรัฐมนตรีตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว แต่สำหรับ
 ประเทศไทย ประเทศไทยยังอยู่ในระยะต้นของการพัฒนา "หลักกฎหมายปกครอง"
 และในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการแยก "งานประจำ"
 ออกจาก "งานทางนโยบาย" นั้น มีความจำเป็นจะต้องพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับ
 "หลักกฎหมายปกครองในระดับพื้นฐาน" ขึ้นก่อน เช่น หลักกฎหมายว่าด้วย
 นิติกรรมทางปกครอง (administrative act) หลักกฎหมายว่าด้วยความไม่
 สมบูรณ์ ของ "นิติกรรมทางปกครอง" ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักกฎหมายเกี่ยว
 กับวิธีพิจารณา ฯลฯ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารจะต้องปฏิบัติก่อนออก "คำสั่งทางบริหาร"
 บางลักษณะ ฯลฯ

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ เห็นว่า ตราบไคที่สถาบัน
 ฝ่ายกฎหมายปกครองของไทย (คณะกรรมการกฤษฎีกา) ยังไม่ได้รับการพัฒนา
 ให้เป็นสถาบันที่สามารถใช้ปรัชญากฎหมายมหาชนในเชิงประยุกต์ จนถึงระดับที่สร้าง
 "หลักกฎหมายปกครองระดับพื้นฐาน" ให้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปทั้งในภาคราชการ
 และภาคเอกชนได้แล้ว การที่จะสร้างทฤษฎีกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการแยก
 การสั่งการ (หรือมติ) ของคณะรัฐมนตรีให้ออกเป็น "งานประจำ" และ
 "งานนโยบาย" ย่อมเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก และนอกจากนั้นก็ยังไม่อาจคาดหมาย
 ได้ว่าสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองของไทยจะสร้างทฤษฎีดังกล่าวโดยมี

¹²วารสารกฎหมายปกครอง, ๕ (๒๕๒๙) : ๒๐๕-๒๐๖.

"การให้เหตุผล (reasoning)" ที่เหมาะสมกับสภาพของการบริหารของเรา ได้หรือไม่ เพียงใด ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ เห็นว่า ต่อไปภายหน้า หากสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองของไทยได้รับการพัฒนาจนถึงระดับหนึ่งแล้ว ความเหมาะสมและความจำเป็นของการสร้าง "ทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการแยก งานประจำออกจากงานนโยบาย" ก็จะปรากฏขึ้นเอง และสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองฯ (ในขณะนั้น) ก็จะอยู่ในสภาพที่พร้อมจะรับบทบาทในการตรวจสอบการทำ "งานประจำ" ของฝ่ายบริหารทั้ง "ระบบ" ได้¹³

จากที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่ากิจการอันอยู่ในหน้าที่ของฝ่ายบริหาร และฝ่ายปกครองนั้น แม้จะแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วนก็ดี แต่ก็มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด เป็นการยากที่จะขีดเส้นแบ่งหน้าที่กันอย่างเด็ดขาด ตัวอย่างเช่น การแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับสูงก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เป็นต้น แต่เราก็อาจกล่าวได้ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต่างจากการกระทำของฝ่ายบริหารตรงที่การกระทำทางปกครอง เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายของฝ่ายบริหาร ส่วนการกระทำของฝ่ายบริหาร เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกำหนดนโยบายการปกครองประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องทางการเมือง การกระทำของฝ่ายบริหารดังกล่าว ในแง่กฎหมายปกครอง ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า "การกระทำของรัฐบาล" (Act de Gouvernement) ส่วนในประเทศอังกฤษ เรียกว่า "การกระทำของรัฐ" (Act of State) ซึ่งศาลจะไม่ควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารในลักษณะเช่นนี้ เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายระดับสูง¹⁴ เหตุผลและรายละเอียดเกี่ยวกับทฤษฎีกฎหมายเรื่องนี้ จะได้อีกต่อไป ในส่วนที่สอง

¹³วารสารกฎหมายปกครอง, ๕ (๒๕๒๙) : ๒๐๕-๒๐๖.

¹⁴ไพฑูริย์ เอกจริยากร, "เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครอง ในประเทศไทย", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๖), หน้า ๔๙.

กล่าวโดยสรุป การสั่งการหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็น "งานนโยบาย" จะไม่ถูกควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล แต่คณะรัฐมนตรีจะต้องมี "ความรับผิดชอบทางการเมือง" สำหรับงานนโยบายดังกล่าวต่อสภา ซึ่งมีระบบการควบคุมและกลไกตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ส่วนการสั่งการหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็น "งานประจำ" จะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง และอยู่ภายใต้หลักการที่ว่า "นิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย"

๒. ความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรีที่มีต่องานนโยบาย

ระบบรัฐสภา เป็นระบบการปกครองประชาธิปไตยระบบหนึ่งที่หลาย ๆ ประเทศในโลกนิยมใช้ปกครองประเทศของตน โดยมีหลักการที่สำคัญคือการถ่วงดุลและคานอำนาจทางการเมืองขององค์กรที่สำคัญสองฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร กล่าวคือฝ่ายบริหารจะต้องได้รับความไว้วางใจจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีสมาชิกส่วนใหญ่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชน การดำเนินงานของฝ่ายบริหารอันได้แก่คณะรัฐมนตรีอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายนิติบัญญัติ ในกรณีที่ทางฝ่ายบริหารเห็นว่าการควบคุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อให้เกิดอุปสรรคในการดำเนินงานจนฝ่ายบริหารไม่สามารถบริหารราชการแผ่นดินต่อไปได้อย่างราบรื่น ตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารก็มีทางเลือกอยู่สองทางคือ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารกราบบังคมทูลให้พระมหากษัตริย์ทรงยุบสภา หรือนายกรัฐมนตรีลาออกจากตำแหน่ง

ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีลาออกจากตำแหน่ง ก็มีผลทำให้คณะรัฐมนตรีทั้งคณะพ้นจากตำแหน่งไปด้วย เหตุผลที่ถูกนำมาอธิบายในกรณีนี้คือ หลักความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรี (Collective Responsibility) อันเป็นความรับผิดชอบทางการเมือง

หลักความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีในทางการเมืองนั้น ได้มีวิวัฒนาการมาจากระบบการเมืองและการปกครองของประเทศอังกฤษ¹⁵ กล่าวคือ กษัตริย์อังกฤษในช่วงศตวรรษที่ ๑๘ นับตั้งแต่สมัยพระเจ้าจอร์จที่ ๑ ที่พระองค์ไม่ทรงสนใจทางการเมืองปล่อยให้คณะที่ปรึกษาของพระองค์เป็นผู้ตัดสินใจทางการเมือง เมืองแทนพระองค์ทั้งหมด ดังนั้นถ้าหากการตัดสินใจผิดพลาด ผู้ที่จะต้องได้รับการตำหนิติเตียนก็คือ หัวหน้าคณะที่ปรึกษาและคณะที่ปรึกษาพระมหากษัตริย์ในสมัยนั้น ตัวอย่างก็คือ Sir Robert Walpole หัวหน้าคณะที่ปรึกษาของพระเจ้าจอร์จที่ ๑ ที่ลาออกจากตำแหน่ง เนื่องจากสภาสามัญ (House of Commons) ตำหนิติเตียนและขู่ว่าจะใช้วิธีการ Impeachment อันเป็นวิธีการพิเศษที่มีผลเป็นการลงโทษทางอาญา อันเป็นมาตรการบีบบังคับให้วอลโพลลาออกจากตำแหน่ง นับแต่นั้นเป็นต้นมาก็ได้ก่อให้เกิดธรรมเนียมปฏิบัติที่ผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าคณะที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ ซึ่งต่อมาได้วิวัฒนาการมาเป็นนายกรัฐมนตรี จะดำรงตำแหน่งอยู่ต่อไปได้ก็โดยได้รับความไว้วางใจจากฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁶

๒.๑ หลักความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีในประเทศอังกฤษ

Lord Salisbury ได้กล่าวว่า มติคณะรัฐมนตรีทุกเรื่อง รัฐมนตรีแต่ละคนที่ไม่ได้ลาออก ต้องรับผิดชอบในมติดังกล่าว และไม่มีสิทธิ์ที่จะพูดในภายหลังว่าเขาได้เห็นด้วยเพื่อเป็นการประนีประนอม หรือเป็นเพราะเขาถูกชักจูงโดยเพื่อนร่วมคณะรัฐมนตรี¹⁷

¹⁵ หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๓), หน้า ๓๔.

¹⁶ เดือน บุนนาค และไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ (พระนคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นิตินิทัศน์, ๒๕๓๗), หน้า ๒๙๘.

¹⁷ Ivor Jennings, Cabinet Government, (London : Cambridge University Press, ๑๙๖๙) p.๒๗๗ อ้างใน ทรงศักดิ์ วุฒิกะโร, "ความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีในทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๒๑", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๑) หน้า ๑๗-๑๘.

Joseph Chamberlain ได้ให้คำนิยามว่า มติคณะรัฐมนตรี ควรจะได้รับความสนับสนุนและความเคารพอย่างภักดีจากคณะรัฐมนตรี ในฐานะเป็นการตัดสินใจของคณะรัฐบาลทั้งหมด ด้วยเหตุนี้อาจจะมีความเห็นแตกต่างกันบ้าง ซึ่งเป็นฝ่ายข้างน้อยแต่รัฐมนตรีทุกคนมีหน้าที่จะต้องสนับสนุนการตัดสินใจดังกล่าวต่อไป รัฐมนตรีคนใดไม่เห็นด้วยก็ต้องลาออกไป¹⁸

Geoffrey Marshall ได้กล่าวว่า ธรรมเนียมปฏิบัติของความรับผิดชอบร่วมกัน ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ ๓ ประการด้วยกันคือ กฎเกณฑ์ความไว้วางใจ (confidence rule) กฎเกณฑ์ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (unanimity rule) และกฎเกณฑ์การรักษาความลับ (confidentiality rule) โดยกฎเกณฑ์อันแรกเป็นเงื่อนไขที่รัฐบาลจะต้องปฏิบัติ เพื่อที่จะดำรงอยู่ในตำแหน่งต่อไป ส่วนกฎเกณฑ์สองประการหลังเป็นแนวทางความประพฤติของรัฐมนตรี ในขณะที่อยู่ในตำแหน่ง¹⁹

กฎเกณฑ์ความไว้วางใจ เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเงื่อนไขในการดำรงอยู่ในตำแหน่งของรัฐบาล ถ้ารัฐบาลสูญเสียความไว้วางใจจากสภาสามัญ (House of Commons) แล้ว รัฐบาลมีสิทธิเลือกทางออกอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ ลาออกหรือไม่ก็กราบบังคมทูลแนะนำให้กษัตริย์ทรงยุบสภาสามัญเสีย Sir Ivor Jennings กล่าวว่า "คณะรัฐมนตรีมีความรับผิดชอบร่วมกันในนโยบายทั่วไปของรัฐบาล กล่าวคือ รัฐมนตรีจะต้องสนับสนุนรัฐบาลในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ก็ต้องลาออกหรือยุบสภาเพราะสิ่งนี้กลายเป็นหลักความไว้วางใจที่มีต่อรัฐบาล"²⁰

¹⁸ Ivor Jennings, Cabinet Government., อ้างใน ทรงศักดิ์ วุฒิศะโร, "ความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีในทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๒๑" หน้า ๑๘.

¹⁹ Geoffrey Marshall, Constitutional convention, (Oxford : Clarendon press, ๑๙๘๔) p.๕๕ อ้างใน ทรงศักดิ์ วุฒิศะโร, "ความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีในทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๒๑", หน้า ๑๘.

²⁰ Ivor Jennings, Cabinet Government, p.๑๕๐-๑๕๑.

กฎเกณฑ์ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เป็นสิทธิที่สืบเนื่อง
 ในหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีต่อคณะรัฐมนตรี ธรรมเนียมปฏิบัติในความเป็นอันหนึ่ง
 อันเดียวกันของคณะรัฐมนตรีที่แสดงออกต่อสาธารณชนเป็นสิ่งที่ผู้เลือกตั้งคาดหวังกัน
 การที่รัฐมนตรีคนหนึ่งคนใด แสดงความไม่เห็นด้วยอย่างเปิดเผยในนโยบายของ
 คณะรัฐมนตรี ในบางครั้งก็เป็นการเปิดโอกาสให้แก่นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบ
 ของคณะรัฐมนตรี อาจให้ถือภัยการกระทำดังกล่าวของรัฐมนตรีผู้นั้นได้ โดยมองข้าม
 การกระทำอันนั้นเสีย แม้จะไม่เต็มใจก็ตาม สมาชิกในคณะรัฐมนตรีจะต้องซื่อสัตย์
 ต่อกัน และพวกเขาสามารถที่จะอ้างความซื่อสัตย์ต่อเพื่อนรัฐมนตรีของเขาได้
 เฉพาะในกรณีที่พวกเขาวิพากษ์วิจารณ์สนับสนุนนโยบายคณะรัฐมนตรีต่อสาธารณชน
 เท่านั้น ถ้าหากพวกเขาวิพากษ์วิจารณ์นโยบายคณะรัฐมนตรีไปในทางเสียหายหรือ
 วิพากษ์วิจารณ์ความล้มเหลวของรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล พวกเขาไม่สามารถอ้าง
 ความรับผิดชอบเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคณะรัฐมนตรีได้²¹

กฎเกณฑ์การรักษาความลับ โดยเหตุที่รัฐมนตรีเป็นผู้บังคับ
 บัญชาของข้าราชการในหน่วยงานกระทรวงที่เขารับผิดชอบ ดังนั้นในการตัดสินใจ
 ทุกครั้งซึ่งได้กระทำไปในนามของรัฐมนตรี ถึงแม้ว่าขณะที่ได้มีการตัดสินใจดังกล่าว
 รัฐมนตรีจะไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในเนื้อหาของเรื่องนั้น แต่เพียงได้มาทราบข้อเท็จจริง
 ภายหลัง โดยการสอบถามข้าราชการ ซึ่งได้ตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวแทน รัฐมนตรีผู้นั้น
 ยังต้องรับผิดชอบ แต่การบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องนี้มีน้อยมาก²²

หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการเปิดเผยการประชุมคณะรัฐมนตรี
 หรือมติคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีคนก่อนถูกอนุญาตโดยความยินยอมของพระมหากษัตริย์
 เท่านั้น อันเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานที่ได้กล่าวไว้ในศาลาบาานที่จะรักษาความลับขององคมนตรี

²¹S.A. De Smith, Constitutional and administrative law, ๒nd ed. (Harmondsworth, Middlesex : Penguin Books Inc., ๑๙๗๓), p.๑๗๕.

²²S.A. De Smith, Constitutional and administrative Law, Ibid, p.๑๗๖. อ้างใน ทรงศักดิ์ วุฒิศะโร, "ความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรี ในทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๒๑", หน้า ๒๒.



(Privy Councillor's oath) ซึ่งจะไม่เปิดเผยข้อความที่ได้รับมาด้วยความไว้วางใจในความสามารถของบุคคล ในฐานะข้าราชการ (Crown servant) รวมทั้งผลประโยชน์ของชาติและผลประโยชน์ที่นำมาสู่การตัดสินใจในนโยบายของรัฐบาล ซึ่งจะเกิดความเสียหายหากรัฐมนตรีได้นำบันทึกมาพิมพ์และนำออกแสดงทางโทรทัศน์หลังจากเขาออกจากตำแหน่ง²³

Richard Crossman ได้จัดทำ Diaries of a Cabinet Minister ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ข้อจำกัดในการให้ข่าวสารของรัฐมนตรี ที่เรียกว่า "Parameters" และปรากฏว่า Sir John Hunt เลขาธิการคณะรัฐมนตรี (Secretary of the Cabinet) ของอังกฤษ ได้นำเอากฎเกณฑ์ "parameters" มาใช้เป็นคำสั่งควบคุมการเปิดเผยในการติดต่อหรือการอภิปรายออกเป็น ๓ ระดับ คือ²⁴

๑. การอภิปรายในคณะรัฐมนตรี หรือคณะกรรมการของรัฐมนตรี (Cabinet committees)
๒. การติดต่ออื่น ๆ ระหว่างรัฐมนตรีด้วยกัน หรือระหว่างรัฐมนตรีและข้าราชการเกี่ยวกับการวางกฎเกณฑ์หรือปฏิบัติตามนโยบาย
๓. การอภิปรายเกี่ยวกับการแต่งตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือบรรจุสำหรับตำแหน่งข้าราชการชั้นผู้ใหญ่

การปฏิบัติเกี่ยวกับการรักษาความลับของรัฐมนตรีอังกฤษ ในปัจจุบันนี้เป็นรูปแบบที่ยึดหลักใน The Report of the Radcliffe Committee of Privy Councillors on Ministerial Memories ที่มีหลักการสำคัญว่า รัฐมนตรีไม่ควรเปิดเผยการติดต่อในระหว่างคณะรัฐมนตรี เป็นระยะเวลา ๑๕ ปีหลังจากที่เหตุการณ์ได้ปรากฏขึ้น ถ้าหากคณะรัฐมนตรีเห็นว่า

²³ S.A. De Smith, Constitutional and administrative Law, Ibid, p.๑๓๓

²⁴ Marshall, Constitutional Conventions, Ibid, p.๕๘-๕๙, อ้างใน ทรงศักดิ์ วุฒิศะโร, "ความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรี ในทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๒๑ หน้า ๒๓-๒๔.

การเปิดเผยดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ หรือจะเป็นผลเสียหายแก่ความสัมพันธ์กับต่างประเทศ ซึ่งหลักเกณฑ์อันนี้ได้ใช้รวมถึง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐมนตรีกับข้าราชการ และรัฐมนตรีกับที่ปรึกษาของเขาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกด้วย²⁵

R.E.C. Jewell กล่าวว่า "หลักความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรี" (Doctrine of collective ministerial responsibility) หมายความว่า สมาชิกทั้งหมดของคณะรัฐบาลต้องยอมรับการตัดสินใจที่ได้กระทำในนามของคณะรัฐมนตรี กล่าวคือรัฐมนตรีของพระมหากษัตริย์ (Minister of the Crown) ต้องปกป้องนโยบายของรัฐบาลในรัฐสภาและในที่สาธารณะทั่วประเทศ เพื่อความคงอยู่หรือล้มลงด้วยกันของคณะรัฐมนตรี"²⁶

นอกจากนี้ Sir Ivor Jennings ยังกล่าวว่า "คณะรัฐมนตรีมีความรับผิดชอบร่วมกันในนโยบายทั่วไปของรัฐบาล" ไม่ว่ามีมาก่อนคณะรัฐมนตรีหรือไม่ หลักดังกล่าวนี้ถูกสันนิษฐานว่า การบริหารงานที่บกพร่องโดยหรือภายใต้การควบคุมของรัฐมนตรีคนใด ๆ ควรจะเป็นคณะรัฐมนตรีไม่ใช่รัฐมนตรี แต่ในทางปฏิบัติหลักการอันนี้ไม่เคยถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวาง เพราะขึ้นอยู่กับคณะรัฐมนตรีว่าพวกเขาจะยอมรับหรือปฏิเสธการตัดสินใจของรัฐมนตรี ถ้าคณะรัฐมนตรีเลือกที่จะปฏิเสธการตัดสินใจดังกล่าวแล้ว รัฐมนตรีที่ตัดสินใจดังกล่าวคนเดียวจะต้องลาออก ถ้าคณะรัฐมนตรีเลือกที่จะยอมรับการตัดสินใจดังกล่าวเป็นของตน คณะรัฐมนตรีจะปฏิบัติสิ่งดังกล่าวในฐานะเป็นสิ่งหนึ่งของความไว้วางใจ (one of confidence)²⁷

²⁵ Marshall, Constitutional conventions, p.๕๘-๕๙, อ้างใน ทรงศักดิ์ วุฒิกะโร, "ความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีในทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๒๑, หน้า ๒๔.

²⁶ R.E.C. Jewell, The British Constitution (๓rd ed; London : Hodder and Stoughton, ๑๙๗๕) p.๑๐๔ อ้างใน ทรงศักดิ์ วุฒิกะโร, "ความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีในทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๒๑, หน้า ๓๔.

²⁷ Ivor Jennings, Cabinet Government, pp.๑๕๐-๑๕๑, อ้างใน ทรงศักดิ์ วุฒิกะโร, "ความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีในทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๒๑, หน้า ๓๔-๓๕.

ขอบเขตของคำว่า "นโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี" ตามธรรมเนียมปฏิบัติของอังกฤษ หัวหน้าพรรคที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาสามัญ (House of Commons) จะได้รับการแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ให้เป็นนายกรัฐมนตรีและได้รับมอบหมายให้จัดตั้งคณะรัฐบาล เพื่อกำหนดนโยบายของรัฐบาลที่ใช้ในการบริหารงานปกครองประเทศต่อไป โดยปกติแล้วนโยบายของรัฐบาลจะร่างขึ้นตามแนวนโยบายของพรรคการเมืองที่เข้ามาจัดตั้งรัฐบาล อันเป็นแนวนโยบายของพรรคที่เสนอต่อประชาชนในการรณรงค์หาเสียง แต่มีได้หมายความว่า คณะรัฐมนตรีจะต้องกำหนดนโยบายทุกอย่างทุกชั้นตอน ตามนโยบายที่ได้แถลงต่อประชาชนเพราะนโยบายของพรรคเป็นเพียงแนวนโยบายทั่วไป ซึ่งเป็นที่เข้าใจของประชาชนว่า เมื่อพรรคได้รับเลือกเป็นรัฐบาลจะดำเนินการบริหารไปในแนวใด และประชาชนอังกฤษก็มีได้คาดคั้นว่าพรรคการเมืองจะต้องผูกพันกับนโยบายที่แถลงโดยเคร่งครัด ในการกำหนดนโยบายของคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีที่มีส่วนในการตัดสินใจในการกำหนดนโยบายที่สำคัญจริง ๆ จะมีเพียง ๕-๑๐ คน ในจำนวนคณะรัฐมนตรีประมาณ ๒๐ คน เรียกว่า "คณะรัฐมนตรีวงใน" (inner cabinet) ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน ส่วนรายละเอียดของนโยบายเหล่านั้นหรือที่เรียกว่า นโยบายอันดับรอง เป็นการตัดสินใจที่มาจากข้าราชการชั้นปกครองในระดับกลางและระดับต่ำลงไป ได้ถูกเสนอผ่านการกลั่นกรองขึ้นไปสู่ระดับสูงตั้งแต่หัวหน้าประจำของกระทรวง รัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรี ตามลำดับความสำคัญของเรื่อง^{๒๘}

นโยบายของรัฐบาลจะออกมาในรูปของพระราชบัญญัติ หรือกฎระเบียบต่าง ๆ และแถลงการณ์ที่คณะรัฐมนตรีเห็นว่ามีความจำเป็น เพื่อเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติตามนโยบาย นอกจากนี้ยังรวมถึงมติของคณะรัฐมนตรีในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการบริหารงาน หรือการให้ความเห็นชอบในการกระทำของรัฐมนตรีที่เกินอำนาจหรือมิได้รับมอบหมายจากคณะรัฐมนตรี

กล่าวโดยสรุปนโยบายทั่วไปของรัฐบาลอังกฤษ จึงรวมทั้งนโยบายที่รัฐบาลได้แถลงต่อสภาสามัญ และการกระทำของคณะรัฐมนตรี ที่ได้ให้

^{๒๘} โรเบิร์ต ฮิวเวิร์ด และรอย ซี แมคริตซ์ (ผู้รวบรวม), ระบบการเมืองปัจจุบัน, แปลโดยเสน่ห์ จามริก และคนอื่น ๆ (พระนคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, ๒๕๑๐) หน้า ๒๐๙.

ความเห็นชอบในการกระทำที่เกินอำนาจหรือมิได้รับมอบหมายของรัฐมนตรี ซึ่งเมื่อ
คณะรัฐมนตรีได้ยินยอมรับการกระทำดังกล่าวแล้ว จึงทำให้เกิดหน้าที่ที่จะปฏิบัติต่อ
สิ่งนั้นเสมือนนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา

๒.๒ หลักความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีในประเทศไทย

หลักความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรี ในประเทศไทย
ได้ปรากฏขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๔๗๕ มาตรา ๕๐
ที่บัญญัติว่า

"ในการบริหารราชการแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีต้องปฏิบัติหน้าที่
ด้วยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร

รัฐมนตรีผู้ได้รับแต่งตั้งให้บัญชาการกระทรวง ทบวงการ
ต้องรับผิดชอบในหน้าที่ของตนต่อสภาผู้แทนราษฎรในทางรัฐธรรมนูญและรัฐมนตรี
ทุกคนจะ ได้รับแต่งตั้งให้บัญชาการกระทรวง ทบวงการหรือไม่ก็ตาม ต้องรับผิดชอบ
ร่วมกันในนโยบายทั่วไปของรัฐบาล"

นับตั้งแต่หลักความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรี ได้ปรากฏ
ขึ้นเป็นครั้งแรกในมาตรา ๕๐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๔๗๕
รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา จนถึงปัจจุบันก็ได้บัญญัติถึงหลักความรับผิดชอบร่วมกัน
ของรัฐมนตรีไว้

ความเห็นของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบ
ร่วมกัน พอสรุปได้ดังนี้^{๒๙} คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบทางการเมืองร่วมกันต่อรัฐสภา
เพราะคณะรัฐมนตรีเข้ามาบริหารราชการแผ่นดินโดยอาศัยความไว้วางใจของ
รัฐสภา ฉะนั้นถ้ารัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจคณะรัฐบาลทั้งคณะ รัฐมนตรีทุกคนต้อง

^{๒๙}วิชญ์ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
นิติบรรณาการ, ๒๕๓๐), หน้า ๖๒๐-๖๒๓.

พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่การลงมติไม่ไว้วางใจนั้น จะมีผลเป็นการเฉพาะตัว เช่น รัฐมนตรีทำการใดผิดพลาด โดยกิจการนั้นไม่เกี่ยวแก่นโยบายของรัฐบาลหรือ กิจการนั้นไม่ได้ผ่านการปรึกษาในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับชื่อเสียงความประพฤติส่วนตัวของรัฐมนตรีคนนั้นเท่านั้น

ดังนั้นมติของคณะรัฐมนตรีทุกเรื่อง สมาชิกของคณะรัฐมนตรีทุกคนซึ่งไม่ได้ลาออกภายหลังที่มีมตินั้น ต้องรับผิดชอบอย่างเด็ดขาด แม้จะขอปลีกตัวว่าเรื่องนั้นเรื่องนี้ตนไม่เห็นด้วยก็ไม่ได้ และไม่มีสิทธิจะพูดว่า ตนตกลงด้วยเพื่อเป็นการประนีประนอมหรือถูกเพื่อนคณะชักจูง หลักในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกันอย่างเด็ดขาดภายหลังที่มีมติไปแล้ว และยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไป เป็นหลักสำคัญที่สุดหลักหนึ่งของการที่ให้ความรับผิดชอบต่อรัฐสภา³⁰

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายหลักความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรี ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ มาตรา ๑๔๒ ไว้ว่า³¹

"(๑) คณะรัฐมนตรีจะต้องแสดงออกในฐานะที่มีความคิดเห็นเป็นเอกฉันท์ต่อพระมหากษัตริย์ รัฐสภาและประชาชน แม้ว่าในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีอาจมีความเห็นขัดแย้งกันอย่างไรก็ตาม แต่เมื่อคณะรัฐมนตรีลงมติแล้วต้องถือว่า รัฐมนตรีได้เห็นชอบด้วยกันทุกคน และการที่จะนามากล่าวนอกที่ประชุมคณะรัฐมนตรีว่า ตนมีความคิดเห็นขัดแย้งกับคณะรัฐมนตรี ย่อมถือว่าผิดมารยาท และถ้ารัฐมนตรีเห็นว่าตนไม่สามารถจะร่วมรับผิดชอบในมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใดก็ต้องลาออก มติของคณะรัฐมนตรีย่อมผูกมัดรัฐมนตรีทุกคน รัฐมนตรีคนใดจะอ้างในภายหลังว่า ตนไม่เห็นด้วยไม่ได้

³⁰ดิเรก ชัยนาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญและการเลือกตั้งพิศดาร (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, ๒๔๙๓), หน้า ๖๓.

³¹หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ ๓ (พระนคร : คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า ๒๖๕-๒๖๖, ๒๗๔, ๒๗๘.

(๒) ความรับผิดชอบร่วมกันมีเฉพาะนโยบายทั่วไปของ คณะรัฐมนตรีเท่านั้น "นโยบายทั่วไป" หมายความว่า เป็นนโยบายที่สำคัญของประเทศ เช่นการป้องกันประเทศ การคลัง การต่างประเทศ การศึกษา ฯลฯ เป็นต้น ซึ่งต้องถือว่าเป็นนโยบายหลัก (main policy) ไม่รวมถึงรายละเอียดปลีกย่อยของนโยบายนั้น ๆ

(๓) เนื่องจากคณะรัฐมนตรีรับผิดชอบร่วมกัน ฉะนั้นรัฐมนตรี จำต้องช่วยเหลือกัน ในกรณีจะบกปิดข้อผิดพลาดของเพื่อนรัฐมนตรีด้วยกันและต่าง ช่วยกันอภิปรายในวุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎร หรือในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา ตอบโต้กับสมาชิกของสภาดังกล่าว ในกรณีที่รัฐมนตรีคนหนึ่งทำผิดพลาดก็ดี หรือรัฐมนตรี ปฏิบัติราชการโดยไร้สมรรถภาพก็ดี หรือได้มีพฤติกรรมเกิดขึ้นภายหลัง ซึ่งแสดงว่า การดำเนินงานของรัฐมนตรีคนหนึ่งนำผลร้ายมาให้แก่ประเทศชาติจนได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในหมู่ประชาชนอย่างรุนแรงก็ดี รัฐมนตรีอื่นย่อมขอให้รัฐมนตรี ผู้นั้นลาออกเสีย เพื่อแสดงว่าเป็นความผิดของรัฐมนตรีคนนั้นคนเดียว ทั้งนี้เพื่อรักษา คณะรัฐมนตรีทั้งคณะไว้ ซึ่งจะ เป็นผลดีแก่พรรคการเมืองที่สนับสนุนคณะรัฐมนตรีนั้น ในที่สุด

(๔) การเปิดอภิปราย และการลงมติในคณะรัฐมนตรี ต้องถือเป็นความลับและรัฐมนตรีมีหน้าที่ไม่นำไปเปิดเผย เพราะฝ่ายค้านในสภาย่อมคอยสลับ รับฟังว่าได้มีการแตกแยกความคิดเห็นในคณะรัฐมนตรีบ้างหรือไม่"

ขอบเขตของคำว่า "นโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี"

นายมนูญ บริสุทธิ์ อดีตเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้กล่าวว่า³² "นโยบายทั่วไป" ได้แก่ ข้อความที่คณะรัฐมนตรีเสนอไว้ต่อสภานิติบัญญัติหรือเรื่อง ที่ได้มีการพิจารณาปรึกษาลงมติกันในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี แต่คำว่า "นโยบายทั่วไป" นี้ไม่มีนิยามไว้ ณ ที่ใด ตามที่เข้าใจกันคือ เป็นโครงการหรือวิธีการซึ่งคณะรัฐมนตรี ชุตหนึ่งมีอยู่และได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา ตลอดจนการปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายนั้น ทำให้รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีมีความคิดเห็นหรือทำที่บางอย่างต่อปัญหาที่จะเกิดขึ้น

³² มนูญ บริสุทธิ์, คณะรัฐมนตรี, (พระนคร : โรงพิมพ์สำนัก เลขาธิการคณะรัฐมนตรี, ๒๕๒๑), หน้า ๗๔-๗๕.

เช่นนั้น ๆ ด้วย ดังนี้รัฐมนตรีทุกคน จึงต้องรับผิดชอบร่วมกันในส่วนที่เรียกว่า "นโยบายทั่วไป" ความรับผิดชอบนี้เป็นความรับผิดชอบทางการเมืองเท่านั้น

นโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี เป็นนโยบายที่คณะรัฐมนตรีโดยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้แถลงนโยบายต่อรัฐสภา อันเป็นการประกาศแผนการหรือโครงการที่คณะรัฐมนตรีชุดดังกล่าวจะดำเนินการบริหารปกครองประเทศตามแผนการหรือโครงการอันเป็นเป้าหมายในการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรี เพื่อที่จะให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้รับทราบ และสอดคล้องติดตามการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรี ว่า ได้ดำเนินการตามนโยบายทั่วไปที่ได้แถลงไว้ต่อสภาผู้แทนราษฎร หรือไม่ มีอุปสรรคหรือข้อบกพร่องในนโยบายดังกล่าวที่จะทำให้เกิดการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรี ไม่สามารถนำความสำเร็จรุ่งเรืองมาสู่ประเทศชาติบ้างหรือไม่ อันเป็นหน้าที่โดยตรงของฝ่ายนิติบัญญัติที่คอยควบคุมสอดส่อง การบริหารงานของคณะรัฐมนตรี ตามหลักความไว้วางใจที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้แก่ฝ่ายบริหาร

โดยทั่วไปแล้วนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรีมักจะเป็นการวางหลักการอย่างกว้าง ๆ เช่น นโยบายการเมืองและการบริหาร การป้องกันประเทศ การต่างประเทศ เศรษฐกิจ สังคม วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและการพลังงาน เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณานโยบายของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นนโยบายกว้าง ๆ ดังนั้น แม้ว่าในบางเรื่องที่นายกรัฐมนตรีจะไม่ได้แถลงไว้ต่อสภาผู้แทนราษฎร แต่ได้มีมติของคณะรัฐมนตรีในภายหลังให้ปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าหากมติของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจัดอยู่ในนโยบายเรื่องใดเรื่องหนึ่งของนโยบายทั่วไปที่ได้แถลงไว้ต่อสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวแล้วมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวก็จัดได้ว่าเป็นนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี หรือแม้แต่เป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือจากนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรีที่ได้แถลงไว้ต่อสภาผู้แทนราษฎรก็ตาม ถ้าหากว่า ได้มีมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวในภายหลัง คณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบในนโยบายดังกล่าวต่อสภาผู้แทนราษฎรเช่นกัน แม้แต่การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ในการกระทำที่เกี่ยวกับราชการแผ่นดิน เช่น พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา ที่ประกาศออกไปนั้น ถือว่าอยู่ในความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรี เพราะได้มีการปรึกษากลางกันในคณะรัฐมนตรีแล้ว จึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย เพื่อประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป เพราะ หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภาที่ว่า

"พระมหากษัตริย์ทรงทำผิดไม่ได้" กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมือง จึงต้องมีรัฐมนตรีคนหนึ่ง เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์เสมอและการลงนามนี้ก็ถือว่ารัฐมนตรีทั้งคณะ ได้เห็นชอบด้วยและร่วมกันรับผิดชอบ

๓. ความสรุป

ถึงแม้ว่าการแยกการสั่งการของคณะรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรีออกเป็น "งานประจำ" และ "งานนโยบาย" จะเป็นเรื่องที่ยากแต่ก็มีความจำเป็นที่จะต้องแยกมติคณะรัฐมนตรีออกเป็น ๒ ลักษณะดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการควบคุมมติคณะรัฐมนตรี เนื่องจากคณะรัฐมนตรีของไทยมิได้ปฏิบัติหน้าที่ในงานด้านนโยบายอย่างเดี่ยว แต่ยังปฏิบัติหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครองสูงสุดด้วย มติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องจึงมีลักษณะเป็นงานประจำ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย

ในขณะนี้ สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองของไทย (คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และ ศาลยุติธรรม) ยังมิได้มีการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีอย่างแท้จริง แต่อย่างไรก็ตาม ความจำเป็นที่จะต้องสร้างระบบการควบคุมมติคณะรัฐมนตรีให้เกิดขึ้น ก็เป็นเรื่องที่สำคัญและจะต้องพัฒนาระบบและแนวทางในการควบคุมให้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป

ส่วนที่ ๒ หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

รัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal - Democratic State) หรืออีกนัยหนึ่ง รัฐที่จัดองค์กรทางการเมืองการปกครองของตน โดยยึดมั่นในหลักนิติรัฐ (Legal State) และหลักประชาธิปไตย (Democratic Principle) นั้น มีหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญอยู่หลักหนึ่งซึ่งเรียกกันว่า "หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย" (Principe de Légalité des actes administratifs) หลักกฎหมายปกครองดังกล่าวนี้มีความหมายว่าองค์กรของรัฐ

ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ ซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรแต่ละคนอย่างเท่าเทียมกันได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย³³

ในส่วนนี้ จะได้กล่าวถึง ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เหตุแห่งการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง การถ่วงดุลย์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ทฤษฎีเรื่องการกระทำของรัฐบาลและทฤษฎีเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ เพื่อเป็นกรอบและพื้นฐานในการวิเคราะห์ผลทางกฎหมายและการควบคุมมติคณะรัฐมนตรี ในบทต่อ ๆ ไป

๑. ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง

๑.๑ ความหมายทั่วไป

คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" เป็นคำที่แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสที่ว่า "acte administratif" ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ มีความเห็นว่าควรจะแปลคำดังกล่าวว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ในลักษณะเดียวกันกับการแปลคำว่า "juristic act" ในกฎหมายแพ่งว่า "นิติกรรม"³⁴

³³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์การตุลาการ", ๓๓.

³⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง" วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๙ ตอน ๑ (เมษายน ๒๕๓๓), : ๑๖๓.

Duguit นักกฎหมายปกครองชั้นนำของฝรั่งเศส ได้ให้คำอธิบายของคำว่า "acte administratif" ว่าหมายถึง "การกระทำที่ได้ทำลงไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมาย" (les actes qui sont faits en vue de provoquer une modification dans l'ordonnement juridique)³⁵

คำว่า "นิติกรรมของฝ่ายปกครอง" (actes juridiques de l'administration) นั้น หมายถึง นิติกรรมทั้งหมดของฝ่ายปกครองซึ่งอาจจะเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" (actes administratifs) หรือนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน (กฎหมายแพ่งหรือกฎหมายพาณิชย์) ก็ได้ ทั้งนี้ เป็นเพราะในการดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองอาจเลือกใช้วิธีการทางกฎหมายโดยอาศัย "เอกสิทธิแห่งอำนาจมหาชน" บังคับเอาแก่เอกชนโดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน หรืออาจเลือกใช้วิธีการตามกฎหมายเอกชน (เช่น โดยการทำสัญญากับเอกชนตามกฎหมายเอกชน) ก็ได้ ดังนั้น "นิติกรรมของฝ่ายปกครอง" จึงไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" เสมอไป³⁶

นิติกรรม (actes) ที่รัฐกระทำไปในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่นั้น อาจพิจารณาแบ่งแยกกันได้โดยคำนึงถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่ หรือโดยคำนึงถึงเนื้อหาของสาระของนิติกรรมนั้น³⁷

³⁵ Charles Eisenmann, Cours de droit administratif, Tome II, L.G.D.J, p.๑๘๗-๑๘๘ อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส." : ๑๖๔.

³⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส." : ๑๗๓.

³⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส." : ๑๖๖.

หากพิจารณากันในแง่ขององค์กร (du point de vue organique) แล้ว ก็จะต้องถือว่านิติกรรมทุกอย่างที่กระทำโดยองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้นที่เป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (actes législatifs) และในทำนองเดียวกัน ก็จะต้องถือว่า นิติกรรมทุกอย่างที่กระทำโดยองค์กรทางปกครองเท่านั้นที่เป็น "นิติกรรมทางปกครอง"

แต่ถ้าพิจารณากันในแง่ของเนื้อหาสาระ (du point de vue matériel) แล้ว ก็จะต้องพิจารณาจากลักษณะหรือสภาพภายในของนิติกรรมนั้น ๆ ซึ่งถ้าพิจารณากันในแง่นี้แล้ว ก็อาจกล่าวได้ว่า "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (actes Legislatifs)" ได้แก่ข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น โดยมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงว่าจะใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ ส่วน "นิติกรรมทางตุลาการ (actes juridictionnel)" นั้นคือนิติกรรมที่รัฐกระทำในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท^{๓๘} ส่วน "นิติกรรมทางปกครอง" (actes administratifs) นั้น คือ การสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร ที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิและหรือหน้าที่แก่เอกชนคนหนึ่งหรือหลายคน

การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" หรือไม่ จึงพิจารณาได้หลายแง่มุม เช่น การใช้องค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยถือว่าหากองค์กรใดเป็นองค์กรทางปกครอง (organe administratif) นิติกรรมที่กระทำโดยองค์กรนั้นก็ต้องเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" และการใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

นิติกรรมทางปกครอง คือ การแสดงออกซึ่งเจตนาของฝ่ายปกครอง แต่การกระทำทั้งหมดของฝ่ายปกครองก็มีได้เป็นนิติกรรมทางปกครองที่จะถูกศาลตรวจสอบได้ทั้งหมด ในบางประเทศ เขตอำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองตั้งอยู่บนพื้นฐานเรื่ององค์กรที่เกี่ยวข้อง ไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเนื้อหาของการกระทำ (The nature of the action)

^{๓๘}ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส." : ๑๖๖.

ทั้งนี้มิได้หมายความว่า เนื้อหาของการกระทำไม่เป็นสิ่งสำคัญ แต่เป็นการให้ความสำคัญกับองค์การที่วินิจฉัยสั่งการหรือกระทำการว่าเป็นองค์การฝ่ายปกครองหรือไม่³⁹

๑.๒ ความหมายของนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

ตามทฤษฎีกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส เมื่อพูดถึง "นิติกรรมทางปกครอง" (actes administratifs) จะหมายถึง "นิติกรรมฝ่ายเดียว" ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเรียกกันว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่มีผลใช้บังคับได้เอง (décision exécutoire) เป็นการออกโดยอาศัยเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองนี้เป็นกระบวนการทางกฎหมายที่ใช้เป็นปกติในกิจการทางปกครอง⁴⁰

คำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่มีผลใช้บังคับได้เอง (décisions exécutoires) หมายถึง คำสั่งหรือคำวินิจฉัยฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดหน้าที่และสิทธิในบางกรณีให้แก่บุคคลภายนอก โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม (consentement) จากบุคคลภายนอก หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่มีผลใช้บังคับได้เอง (décisions exécutoires) มี ๓ ประการคือ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับองค์การ (organique) หลักเกณฑ์ที่คำนึงถึงสภาพของกระบวนการทางกฎหมายที่ใช้อยู่ (procédes de droit) และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่ง (contenu)⁴¹

³⁹ ยงยุทธ อนุกุล, "สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนคำสั่ง และมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๓๓), หน้า ๕๔-๕๕.

⁴⁰ พูนศักดิ์ ไวสารว, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส" วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๔ ตอน ๒ (สิงหาคม ๒๕๒๘) : ๒๗๓-๒๗๕.

⁴¹ พูนศักดิ์ ไวสารว, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส" : ๒๗๖.

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับองค์กร หมายถึง คำสั่งที่มาจากองค์กรทางปกครอง ซึ่งแตกต่างจากองค์กรของรัฐอื่น ๆ และองค์กรของเอกชน องค์กรของรัฐอื่น ๆ เช่น องค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งศาลได้เคยพิพากษาว่าการกระทำใด ๆ ที่มาจากเจ้าหน้าที่นิติบัญญัติ (autorité Législative) มีสภาพเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ (acte législatif) องค์กรของรัฐอีกประเภทหนึ่ง คือ องค์กรทางศาล (organe juridictionnel) ในบางกรณีองค์กรบางประเภทมีทั้งหน้าที่ทางปกครองและหน้าที่วินิจัย (fonctions juridictionnelles) ซึ่งจำเป็นต้องวิเคราะห์ที่ตัวการกระทำนั้น ๆ ว่า มีลักษณะทางปกครองหรือลักษณะทางศาล การกระทำที่ถือเป็นการกระทำทางวินิจัยหรือทางศาล (actes juridictionnel) ก็คือการตัดสินข้อโต้แย้งบนฐานของกฎหมายและมีผลบังคับทางกฎหมายอย่างแท้จริง องค์กรอื่นคือองค์กรของเอกชน คำสั่งทางปกครองอาจมาจากองค์กรเอกชนได้ ในกรณีที่เป็้องค์กรที่ได้รับมอบหมายหน้าที่บริการสาธารณะ และเมื่อดูจากลักษณะขึ้นอยู่กับ (dépendance) ขององค์กรเอกชนต่อฝ่ายปกครอง อาจยอมรับได้ว่าองค์กรนี้เป็นเจ้าหน้าที่ทางปกครองด้วย (C.E. ๑๓ janv. ๑๙๖๑, Magnier)⁴²

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการทางกฎหมาย ซึ่งหมายถึงสภาพของการจัดการ (nature de gestion) การจัดบริการสาธารณะของรัฐที่มอบให้สถาบันหรือองค์กรใดจัดการ ไม่จำเป็นว่าการกระทำของสถาบันหรือองค์กรนั้นจะต้องขึ้นศาลปกครองเสมอไป การจัดการบริการสาธารณะอาจขึ้นศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าการจัดการนั้นเป็นแบบมหาชนหรือเอกชน (gestion publique ou privée) การกระทำหรือนิติกรรมฝ่ายเดียวจะเป็นนิติกรรมทางปกครองและอาจถูกฟ้องเพิกถอนได้นั้น จะต้องเกิดจากการจัดทำแบบมหาชนทั้งสิ้น⁴³

⁴² พูนศักดิ์ ไวสารวาท, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส" : ๒๘๑-๒๘๒.

⁴³ พูนศักดิ์ ไวสารวาท, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส" : ๒๘๒-๒๘๔.

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่ง ซึ่งหมายถึงลักษณะของนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไป (actes réglementaire) และที่มีผลบังคับเฉพาะบุคคล (acte individuel)⁴⁴

ข้อแตกต่างระหว่างคำสั่งหรือคำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้เอง (decisions executories) กับการกระทำอย่างอื่น ๆ ของฝ่ายปกครอง

(๑) คำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้เอง (décisions exécutoires) เป็นนิติกรรม หมายถึงการกระทำต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดผลต่าง ๆ ทางกฎหมาย (produit des effets de droit) จึงเห็นได้ว่าอาจมีการกระทำอื่นๆ ของฝ่ายปกครองที่ไม่มีสภาพเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับเพราะว่าไม่มีผลทางกฎหมายใดตามมา การกระทำเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งแท้ๆ มีคำพิพากษาพิจารณาว่าไม่ก่อให้เกิดความเสียหายและไม่อาจเรียกร้องต่อศาลปกครองได้โดยวิธีทางฟ้องเพิกถอน เช่น ในกรณีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการให้คำปรึกษาหรือกำหนดแนวทาง (consultatif ou indicatif) หรือการกระทำที่เกี่ยวกับการเข้าถึงกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แล้ว หรือมาตรการเตรียมก่อนการออกคำสั่ง (measure préparatoires) หรือภายหลังคำสั่ง เกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำสั่งและที่ไม่มีปัจจัยใหม่เพิ่มเติมอย่างใดก็ดี มีการกระทำบางประการที่ยากต่อการชี้ให้แน่ชัด ต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วน อาทิ มาตรการภายในฝ่ายปกครอง (mesures d'administration intérieure) และการกระทำที่เรียกว่า directives

(๒) การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองมิได้เป็น "คำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้เอง (décisions exécutoires) ทั้งหมด และ "คำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้เอง" เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว (actes unilatéraux) แต่การกระทำฝ่ายเดียวบางอย่างมิได้เป็น "คำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้เอง" เพราะขาดองค์ประกอบของการวินิจฉัยสั่งการ (décision) ซึ่งในการพิจารณาคดีปกครอง เรียกว่า การกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (ne font pas grief) เช่นการกระทำที่ไม่มีค่าในการชี้เฉพาะเจาะจง แต่เป็นเพียงการให้ข้อมูลหรือ

⁴⁴ พูนศักดิ์ ไวสารวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส" : ๒๘๔.

ข่าวสาร (renseignement) เช่น การประกาศโครงการ การกระทำฝ่ายเดียว บางอย่างเป็นเพียงการกระทำขั้นเตรียมการ (actes préparatoires) เช่น ข้อเสนอ (propositions) ความเห็น (avis) การแสดงความปรารถนา (voeux) รายงาน (rapports) และอื่น ๆ⁴⁵

จากการที่ฝรั่งเศสถือหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับองค์กรเป็นข้อพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ จึงถือกันว่าการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (หรือฝ่ายปกครอง) เช่น การตราข้อบังคับของรัฐบาล ตามรัฐธรรมนูญ ปี ๑๙๕๘ มาตรา ๓๗ วรรคแรก ซึ่งให้รัฐบาลมีอำนาจตราข้อบังคับ ชั้น ๒ ประเภท คือ ข้อบังคับเอกเทศ (règlement autonome) และข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศ แม้โดยเนื้อหาข้อบังคับเอกเทศจะมีผลบังคับเสมือนหนึ่งรัฐบัญญัติก็ตาม แต่โดยรูปแบบนั้น ข้อบังคับเอกเทศก็ยังคงเป็นการกระทำขององค์กรบริหาร ด้วยเหตุนี้ ข้อบังคับเอกเทศจึงอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง เช่นเดียวกับการกระทำในทางปกครองอื่น ๆ ของรัฐบาล⁴⁶

แม้แต่ในกรณีของรัฐกำหนด นับตั้งแต่วันที่รัฐกำหนดมีผลใช้บังคับจนถึงวันที่รัฐสภาลงมติเกี่ยวกับการให้สัตยาบัน รัฐกำหนดก็ยังคงมีสภาพเป็นการกระทำขององค์กรบริหาร ดังนั้น ในระหว่างช่วงเวลานี้ ศาลปกครองจึงมีอำนาจเพิกถอนรัฐกำหนด ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่รัฐกำหนดซึ่งรัฐสภาให้สัตยาบันแล้วมีสภาพในทางกฎหมายเป็นรัฐบัญญัติ ดังนั้น จึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลใดๆ ทั้งสิ้น เช่นเดียวกับรัฐบัญญัติซึ่งรัฐสภาได้ตราขึ้น⁴⁷

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁵ ยงยุทธ อนุกุล, "สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนคำสั่งและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง", หน้า ๕๘-๕๙.

⁴⁶ อิศระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพฯ : กิ่งจันทร์การพิมพ์, ๒๕๒๙), หน้า ๗๑-๗๓.

⁴⁷ อิศระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า ๗๕.

๑.๓ ความหมายของนิติกรรมทางปกครองในประเทศไทย

เดิมก่อนประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อพ.ศ. ๒๔๗๕ ชำราชการปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยอำนาจจากพระมหากษัตริย์ หากกระทรวง ทบวง กรม ถูกฟ้องศาล กระทรวง ทบวง กรม จะเข้ามาให้การแก้คดีหรือไม่ก็ได้ ศาลไม่มีอำนาจบังคับ ทางปฏิบัติศาลจะไม่ออกหมายเรียกไปยังกระทรวง ทบวง กรม นั้นๆ โดยตรง แต่จะมีหนังสือส่งสำเนาคำฟ้องไปยังกรมอัยการ ๆ ก็จะติดต่อไปยังกระทรวง ทบวง กรม นั้นๆ ให้เข้ามาเป็นจำเลยในคดี และจะฟ้องเสนาบดีเจ้ากระทรวง เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ ต้องทูลเกล้าถวายฎีกาเสียก่อน (พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ร.ศ. ๑๒๗ มาตรา ๕)⁴⁸

หลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดถึงสิทธิของประชาชนที่จะฟ้องหน่วยราชการไว้ แต่เมื่อถือว่าศาลเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์แล้ว กระทรวง ทบวง กรม จึงได้เข้ามาเป็นจำเลย⁴⁹

ในปี พ.ศ. ๒๔๗๖ ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช ๒๔๗๖ เพื่อจัดตั้ง "คณะกรรมการกฤษฎีกา" ขึ้นทำหน้าที่พิจารณาจัดทำร่างกฎหมาย ให้คำปรึกษาทางกฎหมาย และวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองตามที่จะมีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกา (แต่มีข้อขัดข้องบางประการ ที่ทำให้ร่างกฎหมายเกี่ยวกับคดีปกครองไม่ผ่านการพิจารณาออกมาเป็นกฎหมาย)

ในปี พ.ศ. ๒๔๙๒ ได้มีการตราพระราชบัญญัติเรื่องราร้องทุกข์ พ.ศ. ๒๔๙๒ จัดตั้ง "คณะกรรมการเรื่องราร้องทุกข์" ขึ้นอีกคณะหนึ่งต่างหากจากคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยมีหน่วยธุรการอยู่ในสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี

⁴⁸ ประพันธ์ ทรัพย์แสง, "สิทธิฟ้องหน่วยราชการ", ตุลาการ ปีที่ ๒๑ เล่ม ๑๓ (พฤษภาคม-มิถุนายน ๒๕๑๗), : ๑๙.

⁴⁹ ประพันธ์ ทรัพย์แสง, "สิทธิฟ้องหน่วยราชการ", : ๒๐.

ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้ให้การรับรองสิทธิของประชาชนที่จะฟ้องร้องหน่วยราชการได้คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๔๙๒ มาตรา ๔๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๔๙๕ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.๒๔๙๕ มาตรา ๓๔ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๑๑ มาตรา ๔๒ ซึ่งบัญญัติถึงสิทธิฟ้องหน่วยราชการไว้มีข้อความอย่างเดียวกันว่า "สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการซึ่งเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบการกระทำของเจ้าพนักงานในฐานะเสมือนเป็นตัวการหรือนายจ้าง ย่อมได้รับความคุ้มครอง" จึงเป็นการตัดปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานไม่ว่าเป็นเรื่องทานติกรรมสัญญาหรือละเมิด โดยถือว่าหน่วยราชการเป็นเสมือนตัวการหรือนายจ้าง เพื่อให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะฟ้องหน่วยราชการให้รับผิดชอบ และตัดปัญหากรณีที่หน่วยราชการไม่ยอมเข้ามาเป็นจำเลย สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๑๗ มาตรา ๕๑ บัญญัติว่า "สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบการกระทำของเจ้าพนักงาน ย่อมได้รับความคุ้มครอง" ทั้งนี้โดยตัดถ้อยคำว่า ในฐานะเสมือนเป็นตัวการหรือนายจ้างออกไป^{๔๙} และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๒๑ มาตรา ๔๓ ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๑๗ ประชาชนจึงสามารถฟ้องหน่วยราชการได้ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาพิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในประเทศไทยจึงต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม และเนื่องจากศาลไทยไม่ได้แยกความคิดทางกฎหมายปกครองเป็นพิเศษออกจากกฎหมายเอกชน ศาลไทยจึงพิจารณาลิทธิของประชาชนตามกฎหมายปกครองในฐานะที่เป็นสิทธิอย่างหนึ่งในทางแพ่ง^{๕๐} การที่ศาลจะรับเรื่องใดไว้พิจารณาหรือไม่จำต้องยึดหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

^{๔๙} ประพันธ์ ทรัพย์แสง, "สิทธิฟ้องหน่วยราชการ" : ๒๐.

^{๕๐} กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "อำนาจฟ้องคดีปกครอง", วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ ๓ ปีที่ ๑๗ (กันยายน ๒๕๓๐) : ๘๐.

มาตรา ๕๕ ที่บัญญัติว่า "เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ของ บุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะ เสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่ง และ ประมวลกฎหมายนี้" ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในทางศาลเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรม ทางปกครองในประเทศไทยจึงยังไม่เกิดขึ้น⁵¹

ภายหลังที่ได้ตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ จัดตั้ง "คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์" ขึ้น เพื่อเป็นองค์กรให้คำปรึกษาหารือและ เสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อสั่งการแก้ไขทุกข์ของราษฎรแล้ว (ยกเลิกคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์) ข้อความคิดเรื่อง "นิติกรรมทางปกครอง" ก็เริ่มปรากฏชัดเจนขึ้น แม้ในพระราชบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้ระบุคำว่า "นิติกรรมทาง ปกครอง" ไว้ชัดเจนนัก โดยในมาตรา ๑๘ วรรคแรก ของพระราชบัญญัติ คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้บัญญัติไว้ว่า "บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิร้องทุกข์ได้ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้"

สำหรับเรื่องที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณา ได้นั้น ต้องมีลักษณะตามมาตรา ๑๙ ซึ่งบัญญัติว่า "เรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการ วินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณาได้ ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(๑) เป็นเรื่องและผู้ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และ

(๒) ความเดือดร้อนหรือความเสียหายตาม (๑) นั้น เนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(ก) ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

(ข) ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(ค) กระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือขัด

หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

(ง) กระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ อันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ สำหรับการนั้น หรือ

⁵¹ ยงยุทธ อนุกุล, "สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน คำสั่งและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง." : หน้า ๖๘.

(จ) กระทำการโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุผล
อันสมควร

ความใน (๒) (ง) (จ) จะใช้เมื่อใดกับหน่วยงานของรัฐใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

แต่อย่างไรก็ดี ยังมีเรื่องร้องทุกข์ที่ต้องห้ามมิให้คณะกรรมการวินิจฉัยเรื่องทุกข์รับไว้พิจารณา ทั้งนี้ตามมาตรา ๒๐ ซึ่งบัญญัติว่า "เรื่องร้องทุกข์ดังต่อไปนี้ไม่ให้รับไว้พิจารณา

(๑) เรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไปทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา

(๒) เรื่องที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีมติเด็ดขาดแล้ว

(๓) เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล หรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว

(๔) เรื่องที่ยังมิได้ดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้

(๕) เรื่องที่คณะกรรมการวินิจฉัยเรื่องทุกข์ได้วินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดแล้ว เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการพบพยานหลักฐานใหม่ตามที่กำหนดในมาตรา ๕๐

(๖) เรื่องที่ผู้ร้องทุกข์ละทิ้งการร้องทุกข์ตามมาตรา ๕๖

(๗) เรื่องที่ขาดอายุความร้องทุกข์ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขตามมาตรา ๒๓

ศ.ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้ناقศัพท์เทคนิคคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" มาใช้ในการเขียนข้อสังเกตเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการของนายกรัฐมนตรีในหลายกรณีด้วยกันและได้ให้ความหมายของคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ว่า "นิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ การสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (บริหาร) ที่ก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง ฯลฯ ซึ่งสิทธิและหรือหน้าที่แก่เอกชนคนหนึ่งหรือหลายคน" ซึ่งมีหลักเกณฑ์ไม่เหมือนกับหลักเกณฑ์ของ "นิติกรรมทางแพ่ง" ศ.ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้ตั้งประเด็นคำถามว่า เราจะตรากฎหมายเพื่อกำหนดคำนิยามของ "นิติกรรมทางปกครอง" ขึ้นจะดีหรือไม่ ซึ่งท่านได้ให้คำตอบว่า ปัญหาใน

ทางบริหารนั้นมิใช่อยู่ที่คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" คืออะไร หรือมีความหมาย
 อย่างไร แต่ปัญหาอยู่ที่ว่า หลักกฎหมายใดบ้างที่จะใช้กับนิติกรรมทางปกครอง
 เช่นนิติกรรมทางปกครองมีกี่ประเภท เมื่อใดจะถือว่านิติกรรมทางปกครองประเภท
 ใดมีความสมบูรณ์ คือมีผลบังคับใช้ หรือไม่สมบูรณ์ และไม่มีผลบังคับใช้ ฯลฯ ทฤษฎี
 นิติกรรมทางปกครองจึงเป็นเรื่องที่จะไปเกี่ยวข้องกับ "หลักกฎหมายปกครอง"
 อีกเป็นจำนวนมาก⁵²

เรื่องร้องทุกข์ ที่ ศ.ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ นำศัพท์คำว่า "นิติกรรม
 ทางปกครอง" มาใช้ คือเรื่อง นายสมนึก รื่องพริ้ม ร้องทุกข์ขอความเป็น
 ธรรมเกี่ยวกับการสอบคัดเลือกเพื่อเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับสูง
 ขึ้น⁵³ (คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ ๘๙/๒๕๒๗ ลงวันที่ ๖
 พฤศจิกายน ๒๕๒๗) โดยในเรื่องนี้ ศ.ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้เสนอความ
 เห็นและเหตุผลประกอบการสั่งการของนายกรัฐมนตรีไว้ว่า "ในส่วนของ
 การวินิจฉัยกรณีร้องทุกข์ของนายสมนึกฯ นี้ ประเด็นมีว่า นายสมนึกฯ ร้องเรียน
 ว่า "ประกาศผลการสอบคัดเลือกของทางราชการ" เป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วย
 กฎหมาย ประกาศผลการสอบของทางราชการย่อมเป็น "นิติกรรมทางปกครอง
 (administrative act)" ซึ่งเมื่อผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมาย ได้ลงนามในประกาศ
 แล้วย่อมทำให้ผลของการสอบเป็นที่ยุติและ "เกิด" สิทธิแก่ผู้สอบได้ ในการที่จะ
 ได้รับการบรรจุแต่งตั้งตามระเบียบและหลักการของทางราชการ ดังนั้น ประเด็น
 ที่สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง (คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์) จะต้องวินิจฉัย
 ชี้ขาดก็คือ นิติกรรมทางปกครอง (ประกาศของทางราชการในเรื่องนี้) ชอบด้วย
 กฎหมายหรือไม่ กล่าวคือมีเหตุผลสมควรประการใดหรือไม่ที่นายกรัฐมนตรี
 (หัวหน้ารัฐบาล) จะสมควรสั่งเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอน "นิติกรรมทางปกครอง"
 นี้เสีย ประเด็นวินิจฉัยจึงมิใช่อยู่ที่ปัญหาว่า ผู้ตรวจกระดาษสอบจะให้คะแนนแก่ผู้
 เข้าสอบแต่ละคนเป็นจำนวนคะแนนเท่าใด การให้คะแนนของผู้ตรวจกระดาษสอบ
 (ที่ถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง) เป็นเพียง "ประเด็นข้อเท็จจริง" ประการหนึ่ง

⁵²อมร จันทรสมบูรณ์, "บทบรรณาธิการ" วารสารกฎหมายปกครอง
 เล่ม ๓ ตอน ๒ (สิงหาคม ๒๕๒๗) : ๙.

⁵³วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๓ ตอน ๒ (สิงหาคม ๒๕๒๗) :
 ๕๒๓-๕๔๓.

ในหลายประเด็น (ซึ่งอาจเป็นประเด็นข้อเท็จจริงหรือเป็นประเด็นข้อกฎหมาย ปลีกย่อยก็ได้) ที่จะนำมาพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดว่า "การประกาศของทางราชการ (นิติกรรมทางปกครอง) ได้กระทำขึ้นโดยชอบหรือไม่ชอบ เท่านั้น"

ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์ ได้กล่าวถึง ทฤษฎี "นิติกรรมทางปกครอง" ในความเห็นประกอบคำวินิจฉัยร้องทุกข์ของนายสมนึก เรืองพริ้ม ไว้ด้วยว่า ทฤษฎี "นิติกรรมทางปกครอง" มีหลักเกณฑ์และพื้นฐานที่พัฒนาขึ้นมาจาก "นิติกรรมในทางกฎหมายแพ่ง" แต่ "นิติกรรมทางปกครอง" นั้นได้มีวิวัฒนาการแตกต่างไปจากนิติกรรมทางแพ่ง เพราะสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง ได้อาศัยหลักตรรกวิทยาและหลักการอธิบายเหตุผลตามหลักปรัชญากฎหมายมหาชน มาสร้างหลักเกณฑ์ของ "นิติกรรมทางปกครอง" โดยมีความมุ่งหมายให้การบังคับใช้กฎหมาย (Law enforcement) เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ความไขว้เขวของทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่มีอยู่ในวงการศึกษากฎหมายของไทยเกิดขึ้นเนื่องจากการแปลคำว่า "administrative act" เป็นภาษาไทยว่า "การกระทำ (ทางปกครองหรือของฝ่ายปกครอง)" ซึ่งอันที่จริงแล้ว ควรจะแปลว่า "นิติกรรม (ทางปกครอง)" โดยทำการแปลในลักษณะเดียวกันกับการแปลคำว่า "juristic act" ในทางกฎหมายแพ่ง ว่า "นิติกรรม" (ไม่ใช่แปลว่า "การกระทำ")⁵⁴

๑.๕ ความเกี่ยวพันระหว่างมติคณะรัฐมนตรีกับนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองหมายถึง การสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิและหรือหน้าที่แก่เอกชนคนใดคนหนึ่งหรือหลายคน

นิติกรรมทางปกครอง จึงมีลักษณะเป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือประกาศ ฯลฯ ซึ่งมีผลบังคับให้ต้องปฏิบัติตามและมีผลทันที ตามหลักทฤษฎี

⁵⁴อมร จันทรสมบูรณ์, "กรณีร้องทุกข์เรื่องผลการสอบคัดเลือก (คำร้องทุกข์ของนายสมนึก เรืองพริ้ม)", วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๓ ตอน ๒ (สิงหาคม ๒๕๒๗) : ๕๓๑-๕๓๒.

เรื่อง การมีผลบังคับใช้ของนิติกรรมทางปกครอง (l'entrée en application de l'acte administratif)

โดยที่มติคณะรัฐมนตรีคือ ผลการตัดสินใจร่วมกันของ คณะรัฐมนตรีที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน มติคณะรัฐมนตรีจึงอาจ จะเป็นการกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน หรือการกำหนดระเบียบ แบบแผนในการปฏิบัติราชการก็ได้ ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของสาระของมติคณะรัฐมนตรี ในเรื่องนั้น ๆ

มติคณะรัฐมนตรี มิได้มีลักษณะ เป็นนิติกรรมทางปกครอง ทั้งหมด เพราะมติคณะรัฐมนตรีไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ของ บุคคลทุกกรณี แต่มติคณะรัฐมนตรีอาจจะ เป็นแนวทางในการออกนิติกรรมทางปกครอง ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ กรณีเช่นนี้ก็ไม่ว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว เป็น นิติกรรมทางปกครอง แต่คำสั่งของเจ้าหน้าที่ปกครองดังกล่าวถือได้ว่าเป็นนิติกรรม ทางปกครอง ซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วย กฎหมายด้วย

มติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องจะมีลักษณะ เป็น "มาตรการภายใน (mesures d'ordre interieur)" ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้บังคับภายใน หน่วยงานของรัฐ โดยมุ่งที่การจัดระเบียบภายในและการดำเนินการของ หน่วยงาน จึงไม่ใช่มาตรการที่จะใช้บังคับกับประชาชนโดยตรง คงมีผลกระทบถึง ประชาชนแต่ในทางอ้อม และด้วยเหตุนี้จึงทำให้มติคณะรัฐมนตรีแตกต่างจาก นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะ เป็นคำสั่งให้ปฏิบัติตาม

๒. ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ประเทศที่มีระบอบกฎหมายสมัยใหม่ต่างก็ยอมรับนับถือหลักการ ปกครองและบริหารราชการว่าต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ เจ้าพนักงาน ผู้ใช้อำนาจปกครองจะริรอนสิทธิ เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของเอกชนได้ก็เฉพาะ เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ซึ่งเป็นหลักนิติรัฐ (Legal State)

และหลักนิติธรรม (The Rule of Law)⁵⁵ โดยนัยนี้กฎหมายจึงเป็นทั้ง "แหล่งที่มา" (source) และข้อจำกัดของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และนิติกรรมทางปกครองจึงเป็นเพียงการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น⁵⁶

โดยปกติแล้วกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ส่วนกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งนั้น นอกจากตัวพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่ให้อำนาจนั้นเองแล้ว ยังมีรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับอื่น ๆ และบรรดากฎหมายซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง เพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับที่เป็นแม่บท (Parent Legislation) และซึ่งมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดตั้งที่เรียกกันว่า "กฎหมายลำดับรอง" (Subordinate Legislation) อีกด้วย⁵⁷

หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครอง หลักกฎหมายเหล่านี้มีที่มาทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรกับที่มาที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร⁵⁸

⁵⁵ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, ๒๕๓๑), : ๑๘๓-๑๘๔.

⁵⁶วราพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ." ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ ๖๐ ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (กรุงเทพฯ : พี.เค. ฟรินดิงเฮาส์, ๒๕๓๑) : ๑๙๕.

⁵⁷วราพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ." : ๑๙๕.

⁵⁸มนตรี รุประภรณ์, "หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย", วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๖ ตอน ๓ (ธันวาคม ๒๕๓๐) : ๕๓๕.

๒.๑ ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

๒.๑.๑ ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส

ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร จะพบอยู่ในกฎหมายแบบพิธีที่ถูกตราโดยรัฐสภา กับข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป (règlement) ออกโดยเจ้าหน้าที่ทางปกครองภายในกรอบของความสามารถ ทั้งกฎหมายแบบพิธีและข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไปนี้มีผลบังคับต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของกฎหมายแบบพิธีและข้อบังคับดังกล่าวจะมีผลทำให้เกิดการทางปกครอง เป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁹

(๑) บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (Lois constitutionnelles) ถือเป็น "ที่มา" ของหลักความชอบด้วยกฎหมายทั้งปวง ผู้พิพากษาสามารถอ้างอิงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (actes administratifs) ที่ขัดแย้งได้

(๒) คำปฏิญาณว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Declarations de droits) และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ (Préambules constitutionnels) ปฏิญาณว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและคำปรารภของรัฐธรรมนูญ มีสภาพบังคับเท่ากับกฎหมาย ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองใด ๆ ที่มีลักษณะขัดแย้งกับปฏิญาณว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องถูกเพิกถอนโดยผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม คำตอบนี้เป็นจริงก็เฉพาะบทบัญญัติที่มีลักษณะขัดแย้ง จึงจะมีผลเท่ากับเป็นกฎหมาย (Lois positives)

มีข้อสังเกตว่า ก่อนหน้านั้น (ค.ศ.๑๙๖๐) สภาแห่งรัฐ ไม่ยอมรับว่าปฏิญาณว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและคำปรารภของรัฐธรรมนูญ จะมีคุณค่าเท่ากับกฎหมาย แต่สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยในช่วงก่อนหน้านั้นว่า เป็นหลัก

⁵⁹มนตรี รูปสุวรรณ, "หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย" : ๕๗๕.

กฎหมายที่สามารถนำมาใช้ได้เสมือนกับหลักเกณฑ์ทางประเพณีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Principes coutumiers non écrits)

นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าคำบรรยายของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๕๖ ได้อ้างอิงถึงสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติอยู่ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. ๑๗๘๙ และยังสามารถรับถึงสิทธิใหม่อยู่หลายประการ อาทิ สิทธิทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ ทางสังคม ที่จำเป็นต้องมีในสมัยนั้น และยังพาดพิงถึงหลักการขั้นพื้นฐานที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายแห่งสาธารณรัฐ (Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)

อนึ่ง หลักการขั้นพื้นฐานซึ่งบัญญัติอยู่ในกฎหมายแห่งสาธารณรัฐนี้ แม้ว่าจะเป็นการยากยิ่งที่จะหาจากากัดความในเนื้อหาก็ตาม แต่ก็ยังเป็นหลักการที่เป็นที่มาแห่งหลักการควบคุมกฎหมายธรรมดาให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งควบคุมโดยตุลาการรัฐธรรมนูญ (Le Conseil Constitutionnel) และยังเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งควบคุมโดยผู้พิพากษาศาลปกครองอีกด้วย กล่าวคือ

๑) ในด้านการควบคุมกฎหมายธรรมดาให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น ตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ากฎหมายธรรมดาย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ขัดหรือแย้งกับ "หลักการขั้นพื้นฐานซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งสาธารณรัฐ"

๒) ในด้านความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้อ้างถึงหลักการขั้นพื้นฐานซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งสาธารณรัฐ ในคดี C.E. ๑๑ กรกฎาคม ๑๙๕๖, Amicale des annamites de Paris, ๓๑๗

(๓) สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Traité internationaux) รัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๕๖ มาตรา ๒๖ (ปัจจุบันรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๕๘ มาตรา ๕๕) ได้ยอมรับว่าสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้รับการให้สัตยาบันถูกต้องแล้ว มีคุณค่าสูงกว่ากฎหมายธรรมดา ในส่วนของแนว

คำพิพากษาก็ถือว่าสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ดังนั้นนิติกรรมทางปกครองใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศย่อมถูกเพิกถอนได้

(๕) ข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป ที่เรียกว่า Règlement ข้อบังคับที่เรียกว่า Règlement นี้มีความหมายรวมไปถึงนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์อันมาจากรัฐ (acte-règle d'origine étatique) เป็นที่แน่ชัดว่าข้อบังคับของรัฐที่มีลักษณะทั่วไปมีผลใช้บังคับที่อยู่ในฐานะสูงกว่าและกว้างขวางกว่า ข้อบังคับที่มีลักษณะเฉพาะปรับใช้ในบริการสาธารณะนั้นๆ (service public déterminé) หรือใช้ในท้องที่นั้นๆ แต่กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไป ที่เรียกว่า mesure réglementaire เป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายในลักษณะที่ว่า เมื่อมีการออกกฎเกณฑ์นั้นๆ อย่างถูกต้องแล้ว กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะที่ใช้บังคับ (mesure individuelle d'application) ต้องสอดคล้องด้วยเสมอ ฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่า "คำวินิจฉัยที่มีผลเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นมาก่อนแล้ว" (toute décision individuelle doit être conforme à la règle préétablie) หลักความจริงนี้ได้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสใน ๓ รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ

๑. คำวินิจฉัยที่มีผลเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป เมื่อข้อบังคับนั้นถูกตราขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในฐานะที่สูงกว่า
๒. คำวินิจฉัยที่มีผลเฉพาะบุคคลยังต้องสอดคล้องกับข้อบังคับที่มีผลใช้บังคับทั่วไป เมื่อข้อบังคับนั้นถูกตราขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ในระดับเดียวกันกับเจ้าหน้าที่ที่ตรากฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ลักษณะเฉพาะของเขาเองได้
๓. คำวินิจฉัยที่มีลักษณะเฉพาะบุคคลต้องสอดคล้องกับข้อบังคับที่มีผลใช้บังคับทั่วไป เมื่อข้อบังคับนี้ถูกตราขึ้นในขอบเขตความสามารถของเจ้าหน้าที่ที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าผู้ที่ออกกฎเกณฑ์ลักษณะเฉพาะบุคคลอันได้นำมาใช้ปฏิบัติ (la mesure individuelle d'application) ตัวอย่างในคดี C.E. ๓ Juillet ๑๙๓๑, Ville de Clamart, s. ๑๙๓๒, ๓, I ในคดีนี้สภา

แห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้ตัดสินว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ของเทศบาลได้ปลดเกษียณตามข้อบังคับเทศบาล ต่อมารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังปฏิเสธคำสั่งให้ปลดเกษียณของเจ้าหน้าที่เทศบาลผู้นี้ สภาแห่งรัฐพิพากษาว่าคำสั่งของรัฐมนตรีนี้เป็นคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเพิกถอนคำสั่งนี้

(๕) ลำดับชั้นของที่มาที่เป็นลายลักษณ์อักษร
(Hiérarchie des sources écrites)

ในบรรดาที่มาต่าง ๆ ของความชอบด้วยกฎหมายนั้น มีลักษณะที่ขึ้นอยู่กับลำดับชั้นขององค์กรของรัฐด้วย หมายถึงว่าองค์กรของรัฐที่สูงกว่าก็ออกกฎเกณฑ์ที่มีฐานะสูงกว่าองค์กรที่ต่ำกว่า

ในแต่ละลำดับชั้น คาวินิจฉัยรวมถึงข้อบังคับที่มีผลใช้บังคับทั่วไปไม่สามารถฝ่าฝืนกฎที่มีลักษณะทั่วไป (les normes réglementaires) ที่ใช้บังคับแก่ลำดับชั้นที่สูงกว่า

ประเภทของข้อบังคับลักษณะทั่วไปก็มีลำดับชั้นในตัวเอง คำสั่งลักษณะทั่วไป (les arrêtés réglementaires) ของรัฐมนตรี ของผู้ว่าราชการจังหวัด (préfets) ของนายกเทศมนตรี (maires) ล้วนแต่ต่ำกว่ารัฐกำหนดที่มีลักษณะทั่วไป (decrets réglementaires)

๒.๑.๒ ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรในประเทศไทย

ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร จะพบอยู่ในกฎหมายตามแบบพิธี

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของกฎหมายไว้ว่า กฎหมายแบ่งออกได้เป็นสองอย่างคือ "กฎหมายตามเนื้อความ" อย่างหนึ่งกับ "กฎหมายตามแบบพิธี" อีก

อย่างหนึ่ง จึงไม่สามารถที่จะให้ความหมายของกฎหมายเป็นการทั่ว ๆ ไปได้ แต่ต้องแยกพิจารณา กล่าวคือ^{๕๐}

"กฎหมายตามเนื้อความ" หมายความว่า กฎหมายซึ่งบทบัญญัติมีลักษณะเป็นกฎหมายแท้ ได้แก่ ข้อบังคับของรัฐซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ

"กฎหมายตามเนื้อความ" จึงมีองค์ประกอบดังนี้

๑. ต้องเป็นข้อบังคับ คือ ต้องมีข้อความบงการให้กระทำหรือให้งดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง
๒. ต้องเป็นข้อบังคับของรัฐ ไม่ใช่ของบุคคล
๓. ข้อบังคับต้องกำหนดความประพฤติ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการงดเว้นเคลื่อนไหวร่างกายอย่างใดอย่างหนึ่ง ลาพังแต่จิตใจอย่างเดียวกฎหมายย่อมไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง
๔. ข้อบังคับนั้นต้องกำหนดความประพฤติของมนุษย์
๕. ข้อบังคับนั้นถ้าฝ่าฝืน จะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ซึ่งเรียกว่า "สภาพบังคับ (Sanction) ของกฎหมาย"

"กฎหมายตามแบบพิธี"^{๕๑} หมายความว่า กฎหมายที่ออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายนั้นเข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือไม่ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ซึ่งแม้ว่าจะ เป็น "พระราชบัญญัติ" แต่ก็ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความแต่ประการใด เพราะ ไม่ใช่กฎข้อบังคับที่กำหนดความประพฤติของบุคคล ซึ่งผู้ใดฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ

^{๕๐}หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๙ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๓), หน้า ๓๗-๓๘.

^{๕๑}หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า ๔๕-๔๖.

"กฎหมายตามแบบพิธี" มีหลายประเภท เป็นต้นว่า

๑. พระราชบัญญัติ
๒. พระราชกำหนด
๓. พระราชกฤษฎีกา
๔. กฎกระทรวง
๕. เทศบัญญัติ
๖. ข้อบังคับสภามหาวิทยาลัย
๗. ข้อบัญญัติจังหวัด

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ เห็นว่า^{๖๒} ในประเทศไทย นอกจาก "รัฐธรรมนูญ" ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศแล้ว เราอาจแบ่งกฎหมายออกได้เป็น ๓ ประเภท คือ

- (ก) กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ
- (ข) กฎหมายของฝ่ายบริหาร
- (ค) กฎหมายของท้องถิ่น

(ก) กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

๑. พระราชบัญญัติ เป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา โดยพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา พระราชบัญญัตินั้นจะใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา

๒. ประมวลกฎหมาย เป็นรูปการบัญญัติกฎหมายที่จัดเรียงลำดับไว้เป็นหมวดหมู่ตามสาระ และให้ใช้ชื่อกฎหมายนั้นว่า "ประมวลกฎหมาย" และจะประกาศให้ใช้บังคับ โดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติฉบับหนึ่ง เรียกชื่อว่า "พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมาย"

^{๖๒}อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐ (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์อักษรไทย, ๒๕๓๐), หน้า ๑๒๒-๑๒๖.

ในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมาย จะมีบทบัญญัติระบุวันที่ ที่ประมวลกฎหมายมีผลใช้บังคับ พร้อมทั้งบทบัญญัติที่เป็นบทเฉพาะกาลต่าง ๆ สำหรับใช้บังคับในระยะ เวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ถูกยกเลิกมาใช้บทบัญญัติที่กำหนดขึ้นใหม่ รวมทั้งมีบทบัญญัติรับรองสิทธิต่าง ๆ ของบุคคลที่ได้รับอยู่แล้วตามบทบัญญัติที่ยกเลิกด้วย

(ข) กฎหมายของฝ่ายบริหาร

๑. พระราชกำหนด เป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร เป็นผู้ตราตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เหตุที่ฝ่ายบริหารจะดำเนินการตราพระราชกำหนดได้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ^{๖๓}

^{๖๓}รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๗๒ และมาตรา ๑๗๔ ว่า

"มาตรา ๑๗๒ ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศหรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทาง เศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ ดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าอยู่นอกสมัยประชุมและการรอกการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ หรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแล้ววุฒิสภาไม่อนุมัติ และสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียง ไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น (ต่อ)

๒. ประกาศพระบรมราชโองการ เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยประมุขของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร เป็นผู้ออกตามคำแนะนำของผู้มีหน้าที่รับสนองพระบรมราชโองการตามรัฐธรรมนูญ ประกาศพระบรมราชโองการอาจเป็นคำสั่งของประมุขของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับฐานะเฉพาะบุคคล (decrets individuals) ก็ได้ หรืออาจเป็นการกำหนดกฎข้อบังคับ (decrets réglementaires) ก็ได้

(ต่อ) หากพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และพระราชกำหนดนั้นต้องตกไปตามวรรคสาม ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกมีผลใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นมีผล

ถ้าวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันที่ถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การพิจารณาพระราชกำหนดของวุฒิสภาและของสภาผู้แทนราษฎร ในกรณียืนยันการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้นๆ"

"มาตรา ๑๓๔ ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวด้วยการภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับ เพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วันที่ถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๓๒ มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

ประกาศพระบรมราชโองการที่เป็นคำสั่งของประมุขของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับฐานะเฉพาะบุคคล ได้แก่ประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญต่าง ๆ เช่น ประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ ประกาศพระบรมราชโองการตั้งนายกรัฐมนตรี และประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้งรัฐมนตรี

ประกาศพระบรมราชโองการที่เป็นกาหนดกฎข้อบังคับใช้กับบุคคลทั่วไป มีอยู่หลายประเภทและมีที่ใช้มานานาประการ ตามปกติการประกาศใช้รัฐธรรมนูญหรือประกาศใช้พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือพระราชกฤษฎีกาก็ดี จะกระทำในรูปแบบ "ประกาศพระบรมราชโองการ" ทั้งสิ้น พระบรมราชโองการลักษณะนี้ถือว่าเป็น *decrets réglementaires* อย่างหนึ่ง

"พระบรมราชโองการ" ที่มีผลเป็นคำสั่งของประมุขของรัฐในเรื่องที่เป็นสามัญ มิได้กระทำในรูปแบบ "ประกาศพระบรมราชโองการ" แต่จะได้มีประกาศของทางราชการประกาศให้ประชาชนทราบถึงพระบรมราชโองการนั้นโดยวิธีอื่น ๆ หลังจากที่ประมุขของรัฐได้มีพระบรมราชโองการแล้ว เช่น เมื่อมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งข้าราชการหรือพระราชทานยศทหาร ต่อมาก็จะมี "ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี" แจ้งให้ประชาชนทราบถึงการแต่งตั้งหรือการพระราชทานยศโดยพระบรมราชโองการดังกล่าวหรือเมื่อมีการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศดังกล่าวได้มีผลใช้บังคับแล้ว เป็นต้น

๓. พระราชกฤษฎีกา เป็นกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ของฝ่ายบริหาร โดยมีประมุขของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารเป็นผู้ตราตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติรับรองพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาไว้โดยชัดแจ้ง

นอกจากพระราชกฤษฎีกาซึ่งพระมหากษัตริย์เป็นผู้ตราขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ฝ่ายบริหารอาจออกพระราชกฤษฎีกาได้ ๓ กรณี คือ

(๑) พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายแม่บท พระราชกฤษฎีกาจำพวกนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อกำหนดรายละเอียดต่างๆ ของกฎหมายแม่บท เช่น ให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตท้องที่ที่กฎหมายแม่บทจะใช้บังคับ หรือให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทกิจการที่กฎหมายแม่บทจะใช้บังคับ หรือกำหนดเรื่องอื่น ๆ เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบพนักงานเทศบาลตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาล พระราชกฤษฎีกาตั้งอธิบดีผู้พิพากษาภาคตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (พ.ศ.๒๔๗๗)

(๒) พระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นคำสั่งของประมุขของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารกำหนดกิจการที่สำคัญ ๆ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดการเปิดประชุมสภานิติบัญญัติ พระราชกฤษฎีกาปิดประชุมสภานิติบัญญัติ พระราชกฤษฎีกายาวเวลาประชุมสภานิติบัญญัติ พระราชกฤษฎีกายุบสภานิติบัญญัติ และพระราชกฤษฎีกากำหนดการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ เป็นต้น

(๓) พระราชกฤษฎีกาออกโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดระเบียบเกี่ยวกับราชการของฝ่ายบริหารเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบประชุมกรรมการ หรือพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ เป็นต้น แต่ในบางครั้งก็ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาในเรื่องอื่นๆ อีกด้วยเช่นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับราชสำนัก คือพระราชกฤษฎีกายกเลิกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการไว้ทุกข์ในพระราชสำนัก พ.ศ.๒๔๘๕ เป็นต้น

๔. กฎกระทรวง เป็นกฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) ของฝ่ายบริหาร โดยรัฐมนตรีเป็นผู้ออกด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี กฎกระทรวงเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมาย (delegate) ให้ฝ่ายบริหารออกใช้บังคับ เพื่อกำหนดรายละเอียดของกฎหมายแม่บท ซึ่งตามปกติจะเป็นรายละเอียดที่มีความสำคัญน้อยกว่ากรณีที่กฎหมายแม่บทมอบหมายให้ฝ่ายบริหารกำหนด โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา กรณีที่กฎหมายแม่บทมอบหมายให้ฝ่ายบริหารออกเป็นกฎกระทรวง เช่น กฎกระทรวงกำหนดแบบบัตรประจำตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ และกฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมภายในอัตราขั้นสูงที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ เป็นต้น

๕. ประกาศของกระทรวง ประกาศของกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงมีอำนาจออกได้ ปัจจุบันนี้กฎหมายที่ออกในรูปแบบประกาศของกระทรวงมีความสำคัญมากขึ้น และในบางกรณีกฎหมายแม่บทได้บัญญัติให้การออกกฎหมายในรูปแบบประกาศของกระทรวงมาใช้แทนการออกกฎหมายในรูปแบบพระราชกฤษฎีกา เช่น ให้ออกประกาศของกระทรวงกำหนดเขตท้องที่ ที่กฎหมายแม่บทจะใช้บังคับ หรือให้ออกประกาศของกระทรวงมหาดไทยกำหนดกรณีใดๆ ที่ยกเว้นไม่ให้ใช้กฎหมายแม่บทบังคับหรือให้ออกประกาศของกระทรวงในเรื่องที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหาร (decrets reglementaires) เป็นต้น

นอกจากกฎหมายของฝ่ายบริหารต่าง ๆ ดังที่กล่าวมานี้แล้วยังมีประกาศและข้อบังคับอีกเป็นจำนวนมากที่มีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) ที่มีผลบังคับต่อประชาชน และอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ก็อาจมิใช่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร แต่เป็นอำนาจของคณะกรรมการซึ่งตั้งขึ้นโดยกฎหมายหรือเป็นอำนาจของรัฐวิสาหกิจ ก็ได้ กฎหมายทานองนี้เป็น byelaw ประเภทหนึ่งของอังกฤษ เพราะเป็นกฎหมายที่มีได้ออกโดยราชการส่วนกลาง

(ค) กฎหมายท้องถิ่น

เป็นกฎหมายในลำดับรอง (subordinate legislation) ซึ่งรัฐมอบอำนาจให้องค์การท้องถิ่น ออกใช้บังคับในท้องถิ่นได้ ปัจจุบันประเทศไทยมีการปกครองท้องถิ่นอยู่ ๓ รูป และการปกครองส่วนท้องถิ่นระบบพิเศษอีกสองแห่ง คือ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

กฎหมายของท้องถิ่น (และกิ่งท้องถิ่น) ที่ออกใช้บังคับในเขตท้องถิ่นเรียกชื่อแตกต่างกัน คือ

(๑) ข้อบัญญัติจังหวัด เป็นกฎหมายที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดออกใช้บังคับในเขตจังหวัด โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. ๒๔๙๘

กฎหมาย ไม่ใช่ลงมติให้มีผลได้นอกกฎหมาย^{๕๔} ตามรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรี มีอำนาจในการบริหาร อำนาจในการบริหารต้องอาศัยตัวบทกฎหมายอะไร ที่นอกตัวบทกฎหมาย คณะรัฐมนตรีก็ไม่มีอำนาจ^{๕๕}

อย่างไรก็ตาม ความหมายของคำว่า "กฎหมาย" ตามความ เข้าใจโดยทั่วไปนั้น หมายถึง กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่รวมถึงระเบียบ แบบแผนของทางราชการ ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง และมติคณะรัฐมนตรีด้วย ซึ่งไม่ถือว่าเป็น "กฎหมาย" ในหลักความชอบด้วยกฎหมาย

๒.๒ ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

๒.๒.๑ ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็น ลายลักษณ์อักษร ในประเทศฝรั่งเศส

(๑) ประเพณีปฏิบัติ และคำพิพากษา

(Coutume et juriaprudence)

ประเพณีปฏิบัติและคำพิพากษาเป็นที่มา ของกฎหมายปกครอง ในขณะที่เดียวกันประเพณีปฏิบัติและคำพิพากษาก็เป็นที่มาของ หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ถ้านิติกรรมทางปกครองขัดหรือฝ่าฝืนกับ ประเพณีปฏิบัติก็จะมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมาย^{๕๖}

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้ยอมรับว่าหลักการที่ได้ถือปฏิบัติสืบเนื่องกันมานานและเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป เป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ยังยอมรับว่าแนวทางปฏิบัติ ของฝ่ายปกครองก็สามารถถูกสร้างเป็นประเพณีที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันเช่นกัน

^{๕๔} คำพิพากษาฎีกา ที่ ๙๕๐/๒๕๙๑.

^{๕๕} คำพิพากษาฎีกา ที่ ๕๕๙/๒๕๙๖.

^{๕๖} มนตรี รูปสุวรรณ, "หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้อง ชอบด้วยกฎหมาย." : ๕๘๐.

(๒) เทศบัญญัติ เป็นกฎหมายซึ่งเทศบาลต่างๆ (เทศบาลนคร เทศบาลเมือง เทศบาลตำบล) ออกใช้บังคับในเขตเทศบาล โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖

(๓) ข้อบังคับสุขาภิบาล เป็นกฎหมายที่สุขาภิบาลออกใช้บังคับในเขตสุขาภิบาล โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. ๒๔๙๕

(๔) ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เป็นกฎหมายของกรุงเทพมหานครออกใช้บังคับในเขตกรุงเทพมหานคร โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๒

(๕) ข้อบัญญัติเมืองพัทยา เป็นกฎหมายของเมืองพัทยา ออกใช้บังคับในเขตเมืองพัทยา โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. ๒๕๒๑

ปัญหาว่า ในประเทศไทยการที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย คำว่า "กฎหมาย" ที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและคำนึงถึง ในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น หมายถึงอย่างไรบ้าง

ในเบื้องต้นความหมายของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และกฎหมายลำดับรองที่ได้รับมอบอำนาจนั้น เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าเป็นกฎหมายที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและไม่อาจกระทำการขัดหรือแย้ง หรือฝ่าฝืนกฎหมายข้างต้นได้ หากนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาขัดหรือแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าว นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพิกถอนได้

นอกจากฝ่ายปกครองจะต้องเคารพหลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว คณะรัฐมนตรีของไทยที่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครองสูงสุด ก็จะต้องเคารพหลักการดังกล่าวด้วย ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรี จะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย ศาลฎีกาได้วางแนววินิจฉัยไว้มานานแล้วว่า คณะรัฐมนตรีต้องปฏิบัติตาม

ด้วยเหตุนี้คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนกับแนวปฏิบัติก็อาจเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ถ้าคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้น ๆ ไม่ได้แสดงออกถึงเจตนารมณ์ของผู้ออกคำสั่งที่จะยกเลิกแนวปฏิบัติเดิมอย่างชัดแจ้ง เพื่อถือเป็นแนวปฏิบัติใหม่ข้างหน้า เป็นแต่เพียงต้องการยกเลิกแนวปฏิบัติเฉพาะกรณีนั้นๆ เท่านั้น⁶⁷

(๒) หลักกฎหมายทั่วไป (Les principes généraux du droit)

หลักกฎหมายทั่วไปได้นำเข้ามาในหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ด้วยการขยายความของคำว่ากฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปเป็นเหตุรับฟ้องของสภาแห่งรัฐ หลักกฎหมายทั่วไปได้เป็นลักษณะสำคัญของคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ตั้งแต่ ปี ค.ศ. ๑๙๔๔ และเป็นมาตรการสำคัญที่ทำให้สภาแห่งรัฐมีอิทธิพลเหนือระบบบริหารของประเทศฝรั่งเศส การวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปแสดงให้เห็นถึงคุณสมบัติอ่อนตัวของกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส⁶⁸ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐได้ยอมรับว่าฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองต้องถือปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไปและเป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ถ้าฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตาม นิติกรรมทางปกครองนั้น ๆ ก็ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นักกฎหมายปกครอง ชื่อ Bouffahdeau ได้ให้นิยามของหลักกฎหมายทั่วไปว่า "ได้แก่กฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีข้อบังคับเสมือนกฎหมาย และดังนั้นจึงมีผลผูกพันฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจออกกฎข้อบังคับหรือในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้เท่าที่หลักกฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดแจ้ง... อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายทั่วไป

⁶⁷ มนตรี รูปสุวรรณ, "หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย." : ๕๘๐-๕๘๑.

⁶⁸ Brown and Garner, The French Administrative Law แปลโดย ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์, หน้า ๑๖๔.

ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในทางบริหาร เพราะหลักกฎหมายทั่วไปส่วนใหญ่ได้รับการยอมรับจากศาลปกครอง ตามความเป็นจริงแล้ว หลักกฎหมายปกครอง เป็นสิ่งที่ศาลปกครองได้สร้างขึ้นโดยนามาจากหลักความเป็นธรรม และนามาอ้างอิงเพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนตัวของประชาชน"⁶⁹

หลักกฎหมายทั่วไปของฝรั่งเศสอาจมีที่มา

ได้ดังนี้

(๑) ตราสารรัฐธรรมนูญต่างๆ เช่น

บัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนปี ๑๗๘๙ คำปรารภของรัฐธรรมนูญ สาระสำคัญของตราสารเหล่านี้รวมถึงเสรีภาพการเคารพสิทธิของประชาชน ความเสมอภาคในด้านต่าง ๆ (ภาษีอากร, ภาระสาธารณะ, การเข้ารับราชการ ฯลฯ) ซึ่งนักนิติศาสตร์บางท่านรวมเรียกว่าประเพณีรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐ

(๒) หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักอาจนามา

จากกฎหมายแพ่งและวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลปกครองได้นำกฎเกณฑ์บางเรื่องของวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับแม้ว่าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะให้ศาลปกครองมีอำนาจเช่นนั้น เช่น หลักเกณฑ์ห้ามการลงโทษซ้ำในเรื่องเดียวกัน อำนาจของศาลอุทธรณ์ที่มีอยู่เหนือกว่าศาลชั้นต้น และกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาทั่ว ๆ ไปอย่างอื่น (เช่น สิทธิในการชี้แจงหรือให้การ และผลการย้อนหลังของการกระทำของฝ่ายปกครอง)

(๓) ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป ข้อสุดท้าย

คือ กฎหมายธรรมชาติซึ่งทำให้เกิดความยุติธรรมและความเป็นธรรม และหลักที่ว่าฝ่ายบริหารย่อมจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนอย่างตรงไปตรงมาและเป็นธรรม ได้มาจากหลักกฎหมายธรรมชาตินี้เอง ด้วยเหตุนี้สิทธิในการสั่งวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหาร เมื่อมีคำขอเรื่องนอกเหนืออำนาจ (Recours pour excès de pouvoir) จึงไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งมาจากความยุติธรรมตามธรรมชาติ⁷⁰

⁶⁹ Brown and Garner, The French Administrative Law หน้า ๑๖๕.

⁷⁰ Brown and Garner, The French Administrative Law หน้า ๑๖๕.

ก่อน ค.ศ. ๑๙๕๘ เป็นที่ยอมรับกันว่าหลักกฎหมายทั่วไปอยู่ในระดับเดียวกับกฎหมายแบบพิธี (lois) ดังนั้นจึงมีสภาพบังคับต่อฝ่ายปกครองเพราะอยู่ในลำดับสูงกว่าข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป (règlement)

ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๕๘ ก็มีปัญหาโต้เถียงกันขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากเกิดมีข้อบังคับของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า "règlements autonomes" ตามบทบัญญัติในมาตรา ๓๗ แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๕๘ règlement autonome นี้ไม่อยู่ภายใต้หลักที่ว่า "ข้อบังคับต้องอยู่ต่ำกว่ากฎหมาย" ดังนั้น règlements autonomes นี้จึงไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปถ้าข้อบังคับนี้มีฐานะเท่ากับกฎหมาย

ศาสตราจารย์ René Chapus ได้อธิบายว่าหลักกฎหมายทั่วไปอยู่ในระดับต่ำกว่ากฎหมาย (loi) แต่เหนือกว่าข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป (règlement) ที่เรียกว่า "Infra législatif et supradecretal"

ศาสตราจารย์ Andre de laubadere ได้อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในระดับเดียวกับกฎหมาย ยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติอยู่ในคำปรารภรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงอาจถูกแก้ไขหรือยกเลิกได้โดยกฎหมายแบบพิธี ซึ่งตุลาการรัฐธรรมนูญ (le Conseil Constitutionnel) ก็ได้ยืนยันหลักนี้ในคำวินิจฉัยเมื่อ ๒๖ มิถุนายน ๑๙๖๙ ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองมีค่าเท่ากับคำปฏิเสธ (le silence garde parmi administration vaut décision de rejet) เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ฉะนั้นถ้าจะยกเลิกจะต้องมีการตรากฎหมายออกมาสลับหลักดังกล่าว จึงจะถือว่าหลักกฎหมายดังกล่าวถูกยกเลิกไป⁷¹

⁷¹มนตรี รูปสุวรรณ, "หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย", : ๕๘๕.

๒.๒.๒ ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็น
ลายลักษณ์อักษรในประเทศไทย

(๑) จารีตประเพณี

นอกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นที่มาอันสำคัญและแน่นอนที่สุดของกฎหมายปกครองไทยแล้ว จารีตประเพณีก็อาจเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองได้เช่นเดียวกัน แต่เป็นที่มาที่มีความสำคัญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ในประเทศไทยถือหลักว่า กฎหมายที่ตราเป็นลายลักษณ์อักษรมีอำนาจบังคับสูงสุดเหนือกฎหมายที่มีได้ตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จะอ้างเอาจารีตประเพณีมาลบล้างบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือใช้แทนบทกฎหมายที่ตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ได้ เพราะตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญถือว่าการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีบทกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง ฝ่ายปกครองจะอ้างเอาหลักตามจารีตประเพณีมาใช้บังคับแก่บุคคลในกรณีดังกล่าวแล้วไม่ได้ ถ้าทำเช่นนั้นต้องถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายและเป็น การฝ่าฝืนหลักการที่ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทางที่จะนำเอาจารีตประเพณีมาใช้ประกอบได้ก็มีแต่ในกรณีที่บทกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะใช้ดุลพินิจได้ เพื่อให้สามารถใช้บทกฎหมายบังคับได้เหมาะสมกับพฤติการณ์ ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองอาจนำหลักของจารีตประเพณีมาประกอบการใช้ดุลพินิจได้ แต่ถึงกระนั้นก็ไม่อาจที่จะกระทำโดยขัดต่อหลักที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งได้⁷²

จารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายปกครองที่มีความสำคัญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งต่างกับกฎหมายเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายแพ่ง จารีตประเพณีเป็นที่มาอันสำคัญมาก ทั้งนี้เพราะกฎหมายแพ่งมีบทบัญญัติที่มาจากจารีตประเพณีอยู่มาก นอกจากนี้ในกรณีที่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้ ยังอาจนำจารีตประเพณีมาใช้แทนได้อีกด้วย ดังจะเห็นได้จาก

⁷² ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า ๗๒-๗๓.

บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ วรรค ๒ ซึ่งบัญญัติว่า
 "เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีต
 ประเพณีแห่งท้องถิ่น"

(๒) คำพิพากษาของศาล

เนื่องจากในปัจจุบันยังมิได้มีการจัดตั้ง
 ศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย ดังนั้นในการฟ้องคดีปกครองต่อศาล เพื่อให้ศาล
 ตรวจสอบ และควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประเภท
 ที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง จึงต้องฟ้องต่อศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งทั่วไป ซึ่ง
 ศาลไทยไม่ได้แยกแนวความคิดทางกฎหมายปกครอง เป็นพิเศษออกจากกฎหมายเอกชน
 คำพิพากษาของศาลยุติธรรมจึงไม่เป็นที่มาที่สำคัญของกฎหมายปกครองของไทย

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมอาจจะ เป็นที่
 มาของความชอบด้วยกฎหมายได้โดยเป็นต้นเหตุให้มีการแก้ไขกฎหมาย เมื่อ
 ฝ่ายบริหารเห็นว่าศาลได้ตีความกฎหมายไปในทางที่ไม่ตรงต่อเจตนารมณ์หรือ
 นโยบายที่ได้ออกกฎหมายนั้นมา และทำให้เกิดความขัดข้องหรือความเสียหาย
 ในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองหรือเมื่อศาลได้ชี้ให้เห็นข้อบกพร่องของกฎหมาย
 จนเป็นเหตุให้มีการแก้กฎหมายนั้น⁷³

(๓) หลักกฎหมายทั่วไป

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์
 ได้กล่าวถึง "หลักกฎหมายทั่วไป" ไว้ว่า⁷⁴ หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่
 "ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ" (เช่นการสั่งการจะต้องให้
 "เหตุผล" ประกอบการสั่งการนั้นด้วย ถ้าไม่มีเหตุผล ก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย)

⁷³ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า ๓๕-๓๖.

⁷⁴ ออมร จันทรสมบูรณ์, "บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการ
 การกฤษฎีกา เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯลฯ พ.ศ.----,"
วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม ๑ ตอน ๓, : ๓๑๐.

การเสริมช่องว่างของกฎหมายโดยอาศัย "หลักกฎหมายทั่วไป" เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการชี้ขาดคดีปกครอง เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการควบคุมฝ่ายบริหาร

โดยที่เป็นที่ทราบกันอยู่แล้วว่า ในการตรากฎหมาย (พระราชบัญญัติ) นั้นย่อมไม่สามารถกำหนดรายละเอียดได้ ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายบริหารที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจึงเกิดขึ้นเพราะการบริหารได้รุดหน้าไปอย่างรวดเร็ว จน "ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ" ไม่สามารถพัฒนาได้ทันกับการเพิ่มอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง

ระเบียบแบบแผนในทางราชการเป็นเรื่องที่กำหนดให้แน่นอนตายตัวได้ยาก เพราะงานของฝ่ายบริหารมีหลายลักษณะและหลายประเภท "ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ" จึงจะประกอบด้วยหลักทั่วไปโดยมีข้อยกเว้น และต่อไปก็จะมีข้อยกเว้นของข้อยกเว้น ฯลฯ อีกเป็นจำนวนมาก โดยระเบียบปฏิบัติหรือแบบแผนดังกล่าว จะต้องมึลักษณะที่ปรับตัวได้ง่ายและสร้างข้อยกเว้นได้ง่ายพอสมควร ทั้งนี้เนื่องจากการบริหารราชการแผ่นดินนั้นย่อมไม่สามารถทราบโดยแน่นอนได้ว่าจะมีอุปสรรคหรือข้อเท็จจริงใด ๆ เกิดขึ้นอีก

ในประเทศที่เคยมีปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายบริหารมาแล้วในอดีตอันยาวนาน ระเบียบแบบแผนทางราชการจะมีปรากฏอยู่ ดังนั้นเมื่อรัฐต้องการจะปรับปรุงการบริหารด้วยการกำหนดให้ "ระเบียบแบบแผนทางราชการ" มีสภาพบังคับ (sanction) กล่าวคือ ทำให้ "ระเบียบแบบแผน" กลายมาเป็น "หลักกฎหมายทั่วไป" (คือ การฝ่าฝืนระเบียบแบบแผนจะมีผลทำให้การสั่งการนั้นเสียไป เพราะ "ไม่ชอบด้วยกฎหมาย") ประเทศนั้นๆ ก็สามารถทำได้โดยง่าย เพราะฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารได้ทราบกันอยู่แล้วว่า "ระเบียบแบบแผน" นี้มีอยู่อย่างไร และจะต้องปฏิบัติอย่างไร

ประเทศไทยและประเทศกำลังพัฒนายังไม่มีเวลาพอที่จะพัฒนา "ระเบียบแบบแผน" ในทางราชการขึ้นได้เหมือนกับประเทศที่มีอดีตอันยาวนาน และการที่จะลอกเลียน "หลักกฎหมายทั่วไป"

ของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยโดยตรงก็จะเป็นผลเสียแก่ระบบบริหารได้ เพราะสภาพการบริหารของแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกัน และอยู่ในระดับการพัฒนาที่ไม่เท่ากัน

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้กล่าวถึง ปัญหาที่ว่า ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจกำหนดระเบียบแบบแผนในทางบริหาร (ที่มีลักษณะสลับซับซ้อน) และปัญหาว่าผู้ใดจะเป็นผู้ชี้ขาดให้เป็นที่สุดว่า คำสั่งใดในทางบริหารชอบหรือไม่ชอบด้วยระเบียบแบบแผนนั้น ว่า⁷⁵ ปัญหานี้เป็นปัญหาที่ตอบค่อนข้างยากสำหรับประเทศไทยหรือประเทศที่ยังมิได้มีการพัฒนา "ระเบียบแบบแผนในทางราชการ" มาก่อนอย่างในต่างประเทศ ปัญหาที่จะต้องตอบในขณะนี้ก่อนที่จะเริ่มปรับปรุงระบบบริหารของประเทศ ก็คือ ควรจะบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดระเบียบแบบแผนทางราชการ (กระทำโดยมติคณะรัฐมนตรีหรือโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี) และให้หัวหน้าฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี) เป็นผู้ชี้ขาดเป็นที่สุด หรือว่าควรจะบัญญัติให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเป็นผู้กำหนดและเป็นผู้ชี้ขาด เป็นที่สุดด้วยตนเอง

ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯลฯ พ.ศ.---- ของกระทรวงยุติธรรม ได้บัญญัติให้ ผู้พิพากษา "ศาลปกครอง" เป็นผู้ใช้ "หลักกฎหมายทั่วไป" (ซึ่งขณะนี้ยังไม่มีผู้ใดทราบว่ามีสาระอย่างไร) และได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาศาลปกครอง (ซึ่งไม่ต้องรับผิดชอบในงานบริหาร) เป็นผู้มีความชี้ขาดว่ากระทำของฝ่ายบริหารไม่มีผลบังคับเพราะไม่ชอบด้วยกฎหมาย (และนอกจากนั้น ในบางกรณี ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งการใหม่ในทางบริหารได้)⁷⁶

⁷⁵อมร จันทรสมบูรณ์, "บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯลฯ พ.ศ.----," : ๗๑๐ - ๗๑๑.

⁷⁶อมร จันทรสมบูรณ์, "บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯลฯ พ.ศ.----," : ๗๑๑.

โครงสร้างของพระราชบัญญัติคณะกรรมการ
 กฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ มิได้มีแนวตามร่างฯ ของกระทรวงยุติธรรม แต่ถือตามแนว
 ทาง โดยเห็นว่า ตามสภาพเมืองไทยในขณะนี้ผู้ที่กำหนด "ระเบียบแบบแผนใน
 ทางราชการ" หรือที่เรียกว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" ควรจะได้แก่ผู้บริหารเอง
 เพราะผู้บริหารเป็นผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในงานบริหารและสามารถรู้ปัญหาในทาง
 บริหารได้ดี นอกจากนั้น "ระเบียบแบบแผนในทางราชการ" เป็นเรื่องที่ไม่สามารถ
 วางกำหนดให้ตายตัว และสามารถกำหนดให้ครอบคลุมปัญหาได้ทุกปัญหาได้โดย
 การกำหนดเพียงครั้งเดียวหรือกำหนดขึ้นภายในระยะเวลาอันสั้น ระเบียบแบบ
 แผนทางราชการเป็นเรื่องที่ต้องการระยะเวลาสำหรับพัฒนา และเป็นเรื่องที่ต้อง
 กำหนดขึ้นด้วยเหตุด้วยผลตามสภาพความเป็นจริงของการบริหาร และด้วยเหตุนี้
 การสร้าง "สภาพบังคับ" ด้วยการให้ผู้นั่งผู้ใดชี้ขาดไปในทางหนึ่งทางใดเป็น
 การตายตัว จึงน่าจะเป็นผลเสียมากกว่าผลดี และในระยะเวลาเริ่มต้นของการ
 แก้ไขปัญหา ผู้ที่ควรจะมีอำนาจชี้ขาดว่าการกระทำที่ฝ่าฝืนระเบียบแบบแผนจะต้อง
 เสียไปหรือไม่ หรือควรจะต้องมีการสั่งการแก้ไขปรับปรุงอย่างไรหรือไม่ จึงควร
 จะได้แก่ฝ่ายบริหารซึ่งต้องเป็นผู้รับผิดชอบในงานนั้น ๆ เอง

๓. เนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักการพื้นฐานของการควบคุมฝ่ายบริหาร คือฝ่ายบริหารจะ
 ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (ซึ่งความหมายเกือบจะตรงกับหลักนิติธรรม
 The rule of law ในประเทศอังกฤษ)

เมื่อมีการพิจารณาคดีที่มีการร้องเรียนว่าฝ่ายบริหารกระทำนอกเหนือ
 อำนาจ ในเบื้องต้นจะต้องตรวจสอบบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งฝ่ายบริหาร
 มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามให้เป็นไปตามลำดับของกฎหมายประเภทต่าง ๆ ลำดับสูงสุด
 ได้แก่ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ถัดจากนั้นมาก็มี
 รูปแบบอื่น ๆ ของกฎหมาย ดังนั้นคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดก็อาจจะไม่ชอบด้วย
 กฎหมาย ถ้าไปขัดกับกฎกระทรวง และกฎกระทรวงนั้นเองอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ถ้าไปขัดกับพระราชบัญญัติ 77

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อส่วนราชการได้กำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองไว้ครั้งหนึ่งแล้ว ถ้าหลังจากนั้นไปฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่ตนได้วางไว้ ก็จะถือว่าส่วนราชการนั้นฝ่าฝืนกฎหมาย

ในประเทศอังกฤษ เทศบาลไม่สามารถจะอนุญาตให้มีการกระทำที่ผิดไปจากเทศบัญญัติได้ (คดี Yabbicom V. King (๑๘๙๙)) สำหรับในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองวินิจฉัยว่า ถ้าส่วนราชการได้กำหนดว่า หากตนจะใช้มาตรการในอนาคตจะปรึกษาหารือกับคณะกรรมการคณะหนึ่งก่อน ส่วนราชการนั้นกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากหลังจากนั้นได้ใช้มาตรการเหล่านั้น ไปโดยมิได้ปรึกษาหารือกับคณะกรรมการก่อน คดี Societe Michel Faure (คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๐ มกราคม ๑๙๕๐)⁷⁸

หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายมิได้เกี่ยวพันกับกฎหมายที่ตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ฝ่ายบริหารผูกพันต้องเคารพสิทธิของเอกชนซึ่งตนเองได้เคยวินิจฉัยไว้แล้ว หลักที่ชัดเจนก็คือฝ่ายบริหารมีข้อผูกพันต้องเคารพคำวินิจฉัยของศาล ทฤษฎีว่าด้วยการฝ่าฝืนสิ่งที่ได้วินิจฉัยแล้ว คล้ายคลึงกับคำร้องของอังกฤษ เรื่อง *res iudicate* อยู่บ้าง ตามหลักทั่วไปคำวินิจฉัยของศาลฝรั่งเศสมีข้อจำกัดและผูกพันเฉพาะคู่ความ แต่ในกรณีที่ศาลปกครองสั่งเพิกถอนการกระทำของฝ่ายบริหาร คำวินิจฉัยดังกล่าว (ถ้าไม่มีการอุทธรณ์ต่อไป) มีสภาพบังคับต่อบุคคลทุกคน ซึ่งจะรวมถึงฝ่ายบริหารด้วย แม้ว่าคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐจะไม่เป็นมาตรฐานผูกพันในคดีเวลาต่อไป แต่จะผูกพันศาลชั้นต้นหรือเจ้าพนักงานในคดีเฉพาะเรื่อง⁷⁹

⁷⁷ Brown and Garner, The French Administrative Law หน้า 163.

⁷⁸ Brown and Garner, The French Administrative Law หน้า ๑๖๓.

⁷⁹ Brown and Garner, The French Administrative Law หน้า ๑๖๓.

หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายสามารถ
จำกัดการกระทำของฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ^{๘๐}

๑) ความชอบด้วยกฎหมายกับกิจกรรมที่เป็นจริง (légalité
et action positive)

หลักความชอบด้วยกฎหมายได้ผูกพันกับฝ่ายปกครองในกิจกรรม
ของฝ่ายปกครองในลักษณะที่ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องยึดถือกฎเกณฑ์ที่ระบุ
ในหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ข้อจำกัดนี้จะมีลักษณะยืดหยุ่นในลักษณะที่ว่า กฎเกณฑ์นั้นได้
เปิดช่องว่างให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เล็กน้อยเพียงใด

ถ้ามีช่องว่างมาก ฝ่ายปกครองก็มีโอกาสใช้ดุลพินิจมากขึ้น
อำนาจของฝ่ายปกครองลักษณะนี้เรียกว่า อำนาจดุลพินิจ (le pouvoir
discretionnaire)

ถ้ามีช่องว่างน้อย ฝ่ายปกครองไม่มีโอกาสใช้ดุลพินิจ อำนาจ
ของฝ่ายปกครองลักษณะนี้เรียกว่า อำนาจผูกพัน (le pouvoir lié)

๒) ความชอบด้วยกฎหมายกับการยกเว้นไม่ปฏิบัติตาม
(absentions)

หลักความชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีผลเฉพาะในการบังคับให้
ฝ่ายปกครองต้องยึดถือความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำที่เป็นจริง และทันทีที่เท่านั้น
หลักนี้ยังรวมไปถึงการห้ามไม่ให้ฝ่ายปกครองละเว้นไม่ปฏิบัติตามอีกด้วย ซึ่งก็มีใน
กรณีดังต่อไปนี้

^{๘๐} มนตรี รูปสุวรรณ, "นิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย",
: ๕๔๕-๕๔๖.

๒.๑) เมื่อบทกฎหมาย (texte) ระบุไว้ชัดให้ฝ่ายปกครองต้องออกกฎเกณฑ์อย่างหนึ่ง ก็เป็นที่ชัดแจ้งว่าฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม ถ้าปฏิเสธไม่ออกกฎเกณฑ์นั้น คาปฏิเสธก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถูกฟ้องร้องให้เพิกถอนได้ รวมทั้งจะต้องรับผิดชอบในคาปฏิเสธนั้น ๆ ด้วย

๒.๒) ในกรณีที่ไม่มียกกฎหมายระบุไว้ ฝ่ายปกครองก็สามารถพิจารณาได้ตามความเหมาะสม (I'opportunité'd agir) แต่หลักนี้ก็ไม่ใช่ที่เด็ดขาดแน่นอน กล่าวคือ

ในเรื่องเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการใช้อำนาจทางความสงบเรียบร้อย (réglementation de police) คาพิพากษาของสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยเกี่ยวกับคาปฏิเสธของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทางความสงบเรียบร้อย เช่น นายกเทศมนตรี (maire) ที่จะออกกฎข้อบังคับที่จำเป็นเพื่อระงับภัยอันตรายอันร้ายแรงว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น

ในคดี C.E. ๒๓ Oct. ๑๙๕๙, Doublet, R.D.P., ๑๙๕๙, ๑๒๓๕ Concl., A. Bernard; id ๑๙๖๐, ๘๐๒, note Waline สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า เมื่อมีกรณีที่เป็นภัยอันตรายอันจะนำมาสู่สถานการณ์ที่เป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อย ความมั่นคง นายกเทศมนตรี (maire) ปฏิเสธไม่ออกคำสั่งใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อระงับภัยอันตรายนี้ ดังนั้น คาปฏิเสธของนายกเทศมนตรีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงถูกเพิกถอนได้

๒.๓) ฝ่ายปกครองต้องออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับทั่วไป (mesures réglementaires) ที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย หรือตามข้อบังคับที่มีผลใช้บังคับทั่วไป (règlements) และฝ่ายปกครองต้องออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวภายในระยะเวลาอันสมควร "délai raisonnable" การยกเว้นไม่ออกกฎเกณฑ์ในระยะเวลาอันสมควรถือว่า เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illégalité) และฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

๔. เหตุแห่งการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

เหตุที่จะสามารถขอให้ศาลปกครองยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีวิวัฒนาการทั้งในทางแนวทางของคำพิพากษาและทางวิชาการที่น่าสนใจอยู่ไม่น้อย เป็นการแสดงถึงวิวัฒนาการของการขยายขอบเขตการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองมาเป็นลำดับ^{๘๑}

นักวิชาการคนสำคัญที่ได้จัดแบ่งแยกแยะเหตุ (cas d'ouvertures) แห่งการร้องขอให้เพิกถอนให้เป็นระบบคนแรกคือ Laferrière โดยได้แบ่งเป็น ๔ เหตุสำคัญ คือ

- (๑) นิติกรรมที่กระทำลงโดยปราศจากอำนาจ (incompétence)
- (๒) นิติกรรมที่ไม่ถูกต้องตามแบบของกฎหมาย (vice de forme)
- (๓) นิติกรรมที่กระทำลงโดยมีจุดมุ่งหมายนอกเหนือเจตนารมณ์ (détournement de pouvoir)
- (๔) นิติกรรมที่กระทำลงโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi)

การแบ่งประเภทของเหตุแห่งการร้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการรุ่นหลังมากกว่า เป็นเรื่องของกระบวนการพิจารณาเสียมาก โดยเน้นถึงการควบคุมของศาล แต่ไม่ได้พิจารณาถึงสาระของนิติกรรมทางปกครองให้ถ่องแท้ว่ามีธรรมชาติอย่างไร และเหตุขอให้เพิกถอนบางเหตุ เช่น นิติกรรมที่กระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมาย นั้นก็มีลักษณะไม่ชัดเจนมุ่งครอบคลุมแบบกว้าง ๆ

^{๘๑} โกลิน พलगู, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง" เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรหลักกฎหมายปกครอง : วิธีสบัญญัติ ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ ๒๖ - ๒๗ สิงหาคม ๒๕๓๐, หน้า ๖๗-๑๓๖.

ต่อมา Bonnard ได้พยายามแยกแยะใหม่โดยอธิบายว่า เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น ก่อนอื่นจะเป็นเรื่องความถูกต้องในทางรูปแบบ จากนั้นจึงเป็นเรื่องความถูกต้องในทางเนื้อหาหรือสาระัตถะของนิติกรรม ดังนั้น จึงอาจแบ่งเหตุที่จะทำให้นิติกรรมทางปกครองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายออกได้เป็น

- (๑) เหตุที่เกี่ยวกับองค์กรที่ก่อให้เกิดนิติกรรม (organe)
- (๒) เหตุที่เกี่ยวกับรูปแบบขั้นตอนในการก่อให้เกิดนิติกรรม (procédure)
- (๓) เหตุที่เกี่ยวกับมูลเหตุที่ก่อให้เกิดนิติกรรม (motifs)
- (๔) เหตุที่เกี่ยวกับวัตถุแห่งนิติกรรม (objet)
- (๕) เหตุที่เกี่ยวกับจุดมุ่งหมายของนิติกรรม (but)

Lompue ได้ทำให้แนวความคิดของ Bonnard ชัดเจนขึ้นโดยได้แยกออกเป็น

- (๑) ความชอบด้วยกฎหมายภายนอก (légalité externe)
- (๒) ความชอบด้วยกฎหมายภายใน (légalité interne)

ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก มีอยู่ด้วยกัน ๓ เหตุ คือ

- (๑.๑) นิติกรรมที่กระทำลงโดยปราศจากอำนาจ
- (๑.๒) นิติกรรมที่ไม่ถูกต้องตามแบบของกฎหมาย
- (๑.๓) นิติกรรมที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนวิธีการของกฎหมาย

ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน มีด้วยกัน ๓ เหตุ คือ

- (๒.๑) การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย
- (๒.๒) นิติกรรมที่กระทำโดยมีมูลเหตุที่ไม่ชอบ
- (๒.๓) นิติกรรมที่กระทำโดยมีจุดมุ่งหมายนอกเหนือจาก

เจตนารมณ์ของกฎหมาย

โดยสรุปก็คือ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกนั้นเป็นเรื่องของรูปแบบของนิติกรรม แต่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในนั้นเป็นเรื่อง

ของสารัตถะของนิติกรรม

ด้วยเหตุนี้ นักวิชาการหลาย ๆ คน เช่น Gazier, Charlier, De Laubadere จึงกล่าวรวม ๆ ว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง นั้นมีด้วยกัน ๕ สาเหตุสำคัญ ๆ คือ

- (๑) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องมาจากผู้กระทำ คือผู้กระทำไม่มีอำนาจ (incompétence)
- (๒) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องมาจากรูปแบบและวิธีการ (vice de forme)
- (๓) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องมาจากจุดมุ่งหมาย คือ กระทำการด้วยจุดมุ่งหมายที่นอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมาย (détournement de pouvoir)
- (๔) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องมาจากวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม (objet)
- (๕) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องมาจากจุดมุ่งหมายแห่งนิติกรรม (but)

ศาสตราจารย์ Auby หรือ Drago ได้จัดแบ่งให้เป็นระบบยิ่งขึ้น โดยพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาของศาลปกครองประกอบกับแนวการวิเคราะห์ของ Gazier โดยแยกการควบคุมของศาลออกเป็น

- (๑) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายนอก
 - (๑.๑) นิติกรรมที่กระทำโดยปราศจากอำนาจ (incompétence)
 - (๑.๒) นิติกรรมที่ไม่ถูกต้องตามแบบของกฎหมาย (vice de forme)
 - (๑.๓) นิติกรรมที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนวิธีการของกฎหมาย (vice de procédure)



- (๒) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายใน
- (๒.๑) นิติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย
(Violation de la règle de droit)
- (๒.๒) นิติกรรมที่มีมูลเหตุทางกฎหมายไม่ชอบด้วยกฎหมาย
(illégalité tenant aux motifs de droit)
- (๒.๒.๑) นิติกรรมนอกเหนือจากขอบเขตบังคับ
ของกฎหมาย (acte pris en dehors du champ d' application de
la loi)
- (๒.๒.๒) นิติกรรมที่ปราศจากพื้นฐานทาง
กฎหมายรองรับ (defaut de base légale)
- (๒.๒.๓) นิติกรรมที่เกิดจากความผิดพลาดทาง
ข้อกฎหมาย (erreur de droit)
- (๒.๓) นิติกรรมที่มีมูลเหตุทางข้อเท็จจริงไม่ชอบด้วยกฎหมาย
(illégalité tenant aux motifs de droit)
- (๒.๓.๑) ข้อเท็จจริงมีเนื้อหาคลาดเคลื่อน (fait
matériellement inexact)
- (๒.๓.๒) ข้อเท็จจริงไม่อยู่ในขอบเขตบังคับของ
กฎหมาย (Fait n' entrant pas dans le champ d' application de
la loi).
- (๒.๓.๓) คุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริง
ต่าง ๆ ไม่ถูกต้อง (qualification juridique des faits)
- (๒.๓.๔) ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ไม่ครบถ้วนถูกต้อง
(appréciation des faits)
- (๒.๔) นิติกรรมที่มีจุดมุ่งหมายนอกเหนือเจตนารมณ์ของ
กฎหมาย (détournement de pouvoir)

คำว่า "ยกเลิก" กับ "เพิกถอน" นั้น มีความหมายต่างกัน
ดร. อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ^{๘๒} กล่าวว่า ในประเทศฝรั่งเศสศาลปกครองได้

^{๘๒}อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ,
หน้า ๑๗๓.

บัญญัติศัพท์กฎหมายขึ้นมาหลายที่เดียว เช่น การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง (l'abrogation des actes administratifs) "การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง" เป็นศัพท์ที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้ในกรณีเจ้าหน้าที่ปกครองกระทำการในทางปกครองซึ่งเป็นผลให้นิติกรรมทางปกครองอันใดอันหนึ่งสิ้นผลบังคับในอนาคต ส่วน "การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง" นั้น ใช้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ปกครองกระทำการในทางปกครอง ซึ่งมีผลให้นิติกรรมทางปกครองอันใดอันหนึ่งสิ้นผลบังคับตั้งแต่ต้น จะเห็นได้ว่า การเพิกถอนและการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้น เหมือนกันตรงที่ว่า ต่างก็เป็นผลให้นิติกรรมทางปกครองอันใดอันหนึ่งสิ้นผลบังคับไป แต่ต่างกันก็ตรงที่ว่า การยกเลิกนั้นไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งหมายความว่า นิติกรรมทางปกครองที่ถูกยกเลิกนั้นจะสิ้นผลบังคับนับแต่วันที่ยกเลิก ส่วนการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลย้อนหลัง ซึ่งหมายความว่า นิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น

ดร. พูนศักดิ์ ไวสารวจ^{๘๓} กล่าวว่า การเพิกถอน (retrait) หมายถึง ผู้ออกคำสั่งต้องการที่จะเพิกถอนโดยให้ผลของคำสั่งสิ้นสุดลงทั้งในอดีตและอนาคต การเพิกถอน (retrait) เป็นที่ยอมรับได้ยากกว่าการยกเลิกทั้งสองกรณีกระทบเสียหายต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (droit acquis) นอกจากนั้น การเพิกถอนยังตรงกันข้ามกับหลักไม่มีผลย้อนหลังอีกด้วย

๕. การถ่วงดุลย์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ในทางการเมือง หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นฐานของความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ใหญ่ ๆ ประการ กล่าวคือ ความเข้มงวดในการให้หลักประกันแก่ผู้ถูกปกครองอันมีส่วนผลักดัน

^{๘๓} พูนศักดิ์ ไวสารวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส", : ๓๐๕.

ในการพัฒนาไปสู่การจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง ในทางตรงกันข้าม
ฝ่ายปกครองก็ต้องการมีเสรีภาพในการกระทำ^{๘๔}

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักบังคับที่ว่า ในการดำเนิน
กิจการต่าง ๆ ในทางปกครองจักต้องให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย กล่าวคือ
นิติกรรมในทางปกครองต้องเป็นนิติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมาย หลักที่ว่านิติกรรม
ทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและ
เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นหลักกฎหมายอันเป็นรากฐาน
ของกฎหมายปกครอง^{๘๕} นิติกรรมทางปกครองจึงอาจถูกควบคุมได้โดยศาลปกครอง

แต่หลักกฎหมายปกครองดังกล่าว เมื่อพิจารณาในแง่การบริหาร
แล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล
ดังนั้น ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (actes de gouvernement)
ตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส หรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำ
ของรัฐ (acts of state) ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษซึ่งมี
ความหมายคล้ายคลึงกัน จึงวิวัฒนาการขึ้นมาเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐบาล
โดยถือว่า การกระทำของรัฐบาลบางประการไม่อยู่ในขอบข่ายของคดีปกครอง
โดยทฤษฎีดังกล่าวมีความโน้มเอียงไปในทางที่จะให้ฝ่ายบริหารมีความเป็น
อิสระมากขึ้น คือ ไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่จะต้องถูกควบคุมความชอบ
ด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง

นอกจากทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลที่เป็นมาตรการหนึ่ง
ในการถ่วงดุลย์ของหลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแล้ว
ศาลปกครองฝรั่งเศส (สภาแห่งรัฐ) ได้สร้างทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน
(theories des circonstances exceptionnelles) ขึ้น เพื่อเป็น
ข้อยกเว้นของหลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย

^{๘๔} มนตรี รูปสุวรรณ, "นิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย",
: ๕๗๔.

^{๘๕} ประยูร กาญจนกุล, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ,
(กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๐), หน้า ๑๘.

ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ในเวลาที่มีสถานการณ์ไม่ปกติ การใช้บังคับกฎหมายกระทำได้ไม่เหมือนในเวลาที่มีสถานการณ์ปกติ (circonstances normales) นอกจากนี้ การนำรัฐบัญญัติและข้อบังคับ ซึ่งตราขึ้นเพื่อใช้เวลาที่มีสถานการณ์ปกติไปใช้บังคับ ในเวลาที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินยังเป็นการไม่เหมาะสม เพราะนอกจากจะทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินงานในทางปกครองแล้ว ยังเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ขององค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรผู้ตราข้อบังคับอีกด้วย^{๘๖}

ดังนั้น ในส่วนนี้จึงจะกล่าวถึงทฤษฎีทั้ง ๒ ประการ อันเป็นข้อยกเว้นของหลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจมติคณะรัฐมนตรี ที่มีลักษณะ เป็นการกระทำของรัฐบาล และการใช้อำนาจพิเศษของคณะรัฐมนตรี

๕.๑ ทฤษฎีเรื่องการกระทำของรัฐบาล

ศาสตราจารย์ Chapus ให้คำอธิบายว่า การกระทำของรัฐบาลคือ การกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่รัฐบาล ซึ่งต่างจากการปฏิบัติหน้าที่ทางปกครองอันเป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร^{๘๗}

สภาแห่งรัฐได้สร้างทฤษฎีว่าด้วย "การกระทำของรัฐบาล" โดยในเบื้องต้นแรกคาพิทาคาถือว่าการกระทำที่มีมูลเหตุในทางการเมือง (Le mobile politique) เป็นการกระทำของรัฐบาล^{๘๘} ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่

^{๘๖} อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : กิ่งจันทร์การพิมพ์, ๒๕๒๙) หน้า ๑๑๐-๑๑๑.

^{๘๗} โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชาปัญหาค้นสูงทางกฎหมายมหาชน ๒ : คดีปกครองในฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๘, หน้า ๓๖.

^{๘๘} คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ ๙ พฤษภาคม ๑๘๖๗, คดี duc d' Aumale อ้างใน โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชาปัญหาค้นสูงทางกฎหมายมหาชน ๒ : คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า ๓๕.

อันตรายมาก เพราะการกระทำทุกการกระทำจะเป็นการกระทำของรัฐบาลหมด ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาลเลย ซึ่งต่อมาคำพิพากษาได้เลิกเดินตามแนวนี้ นักวิชาการได้มีการตีความว่า สิทธิร้องไปยังศาลระดับความขัดแย้ง (Le Tribunal des confaits) ตามมาตรา ๒๖ ของพระราชบัญญัติ (La Loi) ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๑๘๗๒ นี้เป็นปัญหาเรื่องการกระทำของรัฐบาล แต่ก็ไม่สามารถ ถือได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นที่มาของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลได้ นักวิชาการอีกพวกหนึ่งได้อธิบายถึงทฤษฎีว่าด้วย "การกระทำผสม" (l'acte mixte) นั่นคือ การกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำของอำนาจบริหาร ในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลโดยเฉพาะ ศาลปกครอง ทั้งนี้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ใช่เรื่องของอำนาจบริหาร แต่ผู้เดียว แต่คำอธิบายนี้ก็ไม่สมบูรณ์^{๘๙}

ตั้งแต่คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ วันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ ๑๘๗๕ คดี "Prince Napoleon" ศาลเลิกถือว่าการกระทำที่มีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์ทางการเมืองเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า

"เมื่อปี ค.ศ. ๑๘๕๓ จักรพรรดินโปเลียนที่ ๓ ได้แต่งตั้ง เจ้าชายนโปเลียน โจเซฟ โบนาปาร์ต (NAPOLEON - JOSEPH BONAPARTE) ซึ่งเป็นญาติให้เป็นนายพล (GENERAL DE DIVISION) ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๘๗๓ หลังจากยุคของจักรวรรค์ดังกล่าวได้สิ้นสุดลง ได้มีการพิมพ์ทำเนียบทหาร (ANNUAIRE MILITAIRE) ซึ่งระบุรายชื่อของนายพลต่าง ๆ ขึ้นเป็นครั้งแรก แต่ไม่ปรากฏว่ามีรายชื่อของเจ้าชายดังกล่าว เจ้าชายจึงได้มีหนังสือถามไปยังรัฐมนตรีกระทรวงกลาโหมว่า การที่หนังสือดังกล่าวไม่ได้ลงชื่อของเขานั้น เนื่องจาก ความพลั้งเผลอหรือเป็นการกระทำโดยเจตนา รัฐมนตรีฯ ก็ได้มีหนังสือตอบว่าไม่อาจจะลงชื่อของเจ้าชายใน

^{๘๙} โกลิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชาปัญหาชั้นสูงทางกฎหมาย มหาชน ๒ : คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า ๓๕.

ทำเนียบได้ เพราะเมื่อพิจารณากฎหมายแล้ว การแต่งตั้ง
 เจ้าชายเป็นนายพลไม่ชอบ เนื่องจากเป็นการแต่งตั้ง
 ภายใต้เงื่อนไขเฉพาะของระบอบการปกครองที่ปัจจุบัน
 ได้เลิกไปแล้ว ซึ่งทำให้การแต่งตั้งดังกล่าวไม่มีผล
 เจ้าชายนโปเลียนจึงได้ฟ้องคดีดังกล่าวต่อ Conseil
 d'Etat รัฐมนตรีฯ ได้ต่อสู้ว่า Conseil d'Etat
 ไม่มีอำนาจ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นเรื่อง
 ทางการเมือง จึงเป็นการกระทำของรัฐบาล
 Conseil d'Etat ได้รับพิจารณาคดีดังกล่าว และ
 ได้พิพากษายกฟ้อง

ความเห็นของพนักงานรับผิดชอบสำนวน :

"... จากที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่ใช่ว่า
 ถ้าเป็นนิติกรรม (หรือการกระทำ) ที่ได้ทำลงโดย
 รัฐบาลหรือผู้แทนของรัฐบาล โดยความเห็นชอบของ
 คณะรัฐมนตรี หรือที่ได้ทำลงโดยมีเหตุผลทางการเมือง
 (INTERET POLITIQUE) แล้วจะมีผลให้นิติกรรม
 ดังกล่าวมีลักษณะพิเศษ ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทาง
 ศาล ... "70

ต่อมา คำพิพากษาของศาลระงับความขัดแย้งและสภาแห่งรัฐ
 ได้วิวัฒนาการในเรื่องการกระทำของรัฐบาล โดยใช้หลักว่า การกระทำใดจะเป็น
 การกระทำของรัฐบาลก็ต่อเมื่อศาลระงับความขัดแย้งและสภาแห่งรัฐเห็นว่า
 การกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล เพราะเหตุผลแห่งความเหมาะสม ดังนั้น
 การจะดูว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลจึงดูได้แค่คำพิพากษาว่าเป็นหรือไม่
 เป็นคดี ๆ ไป

จากคำพิพากษาของศาลระงับความขัดแย้งและสภาแห่งรัฐ
 จึงอาจจะแยกการกระทำของรัฐบาลได้ออกเป็น ๒ กรณีด้วยกัน คือ

(๑) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภา
(คำว่ารัฐบาลในที่นี้รวมถึงประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐด้วย)

ความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีของประเทศฝรั่งเศสหรือรัฐบาลและรัฐสภา หรือความสัมพันธ์ระหว่างกันเองไม่สามารถนำไปร้องเรียนต่อศาลใด ๆ ได้ ดังนั้น คดีดังต่อไปนี้ย่อมไม่สามารถนำไปฟ้องร้องยังสภาแห่งรัฐได้ คือ มติของคณะรัฐมนตรีในการเสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งต่อรัฐสภา⁷¹ หรือคำสั่งของนายกรัฐมนตรีที่ทำการเปลี่ยนแปลงคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งของประธานาธิบดีของประเทศฝรั่งเศสให้นำร่างพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ นอกจากนี้แล้ว ยังมี

(๑.๑) การดำเนินการเบื้องต้นเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา เช่น การออกกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการเกี่ยวกับการลงทะเล เบียนประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้ง ฯลฯ

(๑.๒) การมีส่วนร่วมในกระบวนการบัญญัติกฎหมายของรัฐบาล เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย ความล่าช้าในการจัดให้มีการโหวตในร่างกฎหมาย

(๑.๓) การประกาศใช้พระราชบัญญัติ เช่น การกล่าวหาว่าพระราชบัญญัติที่มีกฤษฎีกาประกาศใช้นั้น มีเนื้อหาไม่ตรงกับร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากสภา

(๑.๔) การกระทำของประธานาธิบดี เช่น การตัดสินใจใช้มาตรา ๑๖ ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๕๕⁷²

⁷¹คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๙ พฤษภาคม ๑๙๖๑, คดี MUTUELLE NATIONALE DES ETUDIANTS DE FRANCE.

⁷²โกลิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชาปัญหาชั้นสูงทางกฎหมาย มหาชน ๒ : คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า ๓๖-๓๗.

(๒) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ความสัมพันธ์ระหว่างฝรั่งเศสกับรัฐอื่น ๆ ย่อมอยู่เหนือเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังจะเห็นได้ตลอดมาว่า สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธไม่รับพิจารณาในเรื่องความสมบูรณ์หรือการตีความในสนธิสัญญาระหว่างประเทศเท่าที่ปรากฏ สภาแห่งรัฐได้รับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้บังคับของสนธิสัญญาไว้พิจารณา ก็เฉพาะกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศส ตัวอย่างเช่น คดีที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนอเมริกันออกจากประเทศฝรั่งเศส ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๙๐๙ สภาแห่งรัฐได้ยอมรับคำขอให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายบริหารเนื่องจากใช้อำนาจเกินขอบเขต (recours pour exes de pouvoir) และได้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศ เพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเหตุว่ารัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ๑๙๕๖ ได้บัญญัติให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีฐานะเหมือนกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส (คดี KIRWOOP คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๑๙๕๒)⁷³

อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษามีได้ชี้ชัดที่ว่า ศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะเป็นเรื่องของทฤษฎีว่าด้วย "การกระทำของรัฐบาล" แต่ถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณา แต่ก็พอสรุปประเภทของคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ดังนี้⁷⁴

(๒.๑) การกระทำเกี่ยวกับการจัดหาหรือเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูตต่าง ๆ ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

⁷³ Brown and Garner, หน้า ๙๕.

⁷⁴ โกลด์มัน พลังกุล, เอกสารคำบรรยายปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน ๒ : คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า ๓๗-๓๘.

(๒.๒) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศส หรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ

(๒.๓) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดียั้งศาลโลก เช่น การปฏิเสธไม่เสนอข้อพิพาทให้ศาลโลกตัดสิน

(๒.๔) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม (les faits de guerre) หมายถึง การปฏิบัติการทางทหาร (les operations militaires) ซึ่งถ้าเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนต่างประเทศแล้ว จากแนวคำพิพากษาคูเหมื่อนจะถือว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุม เพราะ เป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่การกระทำของรัฐบาล และรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบอย่างใด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้

การกระทำของรัฐบาล ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือ รัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลปกครอง (สภาแห่งรัฐ) ในการดำเนินงานบางอย่าง รัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบ และเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่า จะก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องร้องรัฐบาลว่าการกระทำนั้น นอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ และขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายไม่ได้

ถ้ามีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล ศาลปกครองย่อมไม่รับฟ้อง เพราะถือว่าไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาได้ แต่ถ้าศาลรับฟ้อง และพิจารณาพิพากษาให้ รัฐมนตรีที่ถูกฟ้องร้องก็มีสิทธิตามมาตรา ๒๖ ของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๑๙๓๒ ว่าด้วยศาลระงับความขัดแย้ง คือ "รัฐมนตรีมีสิทธิร้องไปยังศาลระงับความขัดแย้ง เพื่อเรียกเอาคดีที่อยู่ในการพิจารณาของแผนกคดีปกครอง และคดีนั้นไม่เป็นคดีปกครอง "

ผลในทางกฎหมายของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของ รัฐบาลนั้น เมื่อไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองแล้ว เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐบาลกระทำการใด ๆ ได้ โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับควบคุม

ของศาลปกครอง ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการจำกัดขอบเขตการกระทำของรัฐบาล ให้แคบลงทุกที และเพื่อจำกัดขอบเขตการกระทำเช่นว่านี้ กฎหมายของประเทศ ฝรั่งเศสจึงไม่พยายามที่จะให้คำนิยามว่า การกระทำของรัฐบาลคืออะไร และมีขอบเขตเพียงใด ซึ่งเป็นการให้ความอิสระแก่ศาลที่จะพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ตามควรแก่กรณี เพราะถ้ามีคำนิยามไว้แล้วก็อาจจะมีการตีความ "การกระทำ" ให้กลายเป็น "การกระทำของรัฐบาล" ได้มากขึ้น ซึ่งจะเป็นผลเสียมากกว่าผลดี และในทางปฏิบัติศาลปกครองเป็นผู้กำหนดและวางหลักว่า การกระทำอันใดถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล เมื่อมีการฟ้องคดีปกครอง

ในประเทศไทย มีการกระทำหลายอย่างหลายประการ ของรัฐหรือของรัฐบาล ที่ถือได้ว่าเป็น "การกระทำของรัฐบาล" ตามแนวความคิด และทฤษฎีเรื่องการกระทำของรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศสข้างต้น แต่ทั้งนี้ ในประเทศไทยมิได้มีการศึกษาและแยกแยะการกระทำของรัฐบาลออกจาก การกระทำของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด คงมีแต่ความเข้าใจกันโดยทั่วไปว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรีคือ การกระทำของรัฐบาล ซึ่งเป็น ความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องทั้งหมด

เนื่องจากทฤษฎีกฎหมายปกครองว่าด้วยการแยก งานประจำออกจากงานนโยบาย ยังมีได้รับการพัฒนาให้เกิดขึ้นในประเทศไทย ดังนั้น การแยกการสั่งการของคณะรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี จึงมิได้มีการแยก ให้เห็นอย่างเด่นชัดว่า มติคณะรัฐมนตรีเรื่องใดที่มีลักษณะ เป็นงานประจำ มติคณะรัฐมนตรีเรื่องใดที่มีลักษณะ เป็นงานนโยบาย

มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะ เป็นงานนโยบายอาจถือได้ว่า เป็นมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกระทำของรัฐบาลได้ ตัวอย่างเช่น มติคณะรัฐมนตรี ที่เห็นชอบให้มีการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ มติคณะรัฐมนตรีที่อนุมัติให้ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศ มติคณะรัฐมนตรีที่อนุมัติให้มีการลงนามในความตกลงระหว่างประเทศ หรือมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบหลักการ ร่างกฎหมาย และให้ส่งสภาดำเนินการต่อไป เป็นต้น

มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นเรื่องงานนโยบายดังกล่าว เป็นอำนาจดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ที่จะพิจารณาให้มีมติคณะรัฐมนตรี หรือนโยบายดังกล่าวเป็นเรื่องของความเหมาะสมทางการบริหารโดยแท้ ไม่อาจจะถูกควบคุมโดยหลักความชอบด้วยกฎหมายได้

๕.๒ ทฤษฎีเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉิน

แนวความคิดของทฤษฎีเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินนี้ มีว่า ในเวลาที่มีสถานการณ์วิกฤตบางอย่างนั้น การปฏิบัติตามหลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการเสี่ยงต่อการที่จะทำให้การดำเนินงานในทางปกครองต้องหยุดชะงักลง เพราะหลักการดังกล่าวห้ามฝ่ายปกครองใช้มาตรการบางอย่างที่จำเป็นตามสภาพการณ์ หรือหากจะทำเช่นนั้นได้ก็จะเกิดความล่าช้าในการใช้มาตรการดังกล่าว ดังนั้นในเวลาที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน ถ้าจะให้การดำเนินงานในทางปกครองมีประสิทธิภาพก็ต้องให้ฝ่ายปกครองไม่อยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าจะให้ฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย การดำเนินงานในทางปกครองก็จะไม่มีประสิทธิภาพ สภาแห่งรัฐได้เลือกทางสายกลาง กล่าวคือ สภาแห่งรัฐมีความเห็นว่า ในเวลาที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน ฝ่ายปกครองอาจฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามในสถานการณ์ปกติได้ แต่การกระทำทั้งหลายในเวลาที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายพิเศษ (droit special) ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้บังคับในเวลาที่มีสถานการณ์ปกติ⁷⁵

สถานการณ์ฉุกเฉิน หมายถึง สถานการณ์บางอย่างทางด้านพฤตินัยซึ่งยังผลให้มีการพักการใช้บังคับกฎหมายธรรมดา (des règles ordinaires) แก่การดำเนินงานในทางปกครองและใช้บังคับความชอบด้วยกฎหมายพิเศษ (une légalité particulière) แก่การกระทำดังกล่าว โดยศาลจะเป็นผู้ชี้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องพักใช้กฎหมายธรรมดาและใช้กฎหมายพิเศษหรือไม่

⁷⁵ อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครอง เปรียบเทียบ, หน้า ๑๑๐-๑๑๑.

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ ๑ เดิมทีเดียว ศาลปกครองเห็นว่าภาวะสงครามก่อให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ในคดี Heyries ซึ่งโจทก์ฟ้องว่า กฤษฎีกาซึ่งรัฐบาลตราขึ้นในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ ๑ ซึ่งมีบทบัญญัติให้พักใช้บังคับบทบัญญัติของรัฐบัญญัติ ซึ่งให้หลักประกันการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น สภาแห่งรัฐได้พิพากษาว่า กฤษฎีกาดังกล่าวซึ่งตราขึ้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการลงโทษทางวินัย เป็นไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งเป็นความจำเป็นในการป้องกันประเทศ เป็นกฤษฎีกาซึ่งชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษานี้ได้อาศัยเหตุผลที่ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจของรัฐในระหว่างสงคราม ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ ๒ สภาแห่งรัฐได้ยืนยันแนวคำพิพากษาดังกล่าว และได้นำทฤษฎีนี้ไปใช้ในกรณีอื่น ๆ ด้วย⁷⁶

องค์ประกอบของสถานการณ์ฉุกเฉิน

(๑) เป็นสถานการณ์ผิดปกติ (une situation anormale) ซึ่งบังคับให้ฝ่ายปกครองจำต้องกระทำการใด ๆ เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่สาธารณประโยชน์ และ

(๒) สถานการณ์เช่นนั้นไม่เอื้ออำนวยให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติการตามกฎหมายธรรมดา ซึ่งอาจเนื่องมาจากว่าไม่สามารถปฏิบัติการทางด้านกายภาพได้ เช่น การคมนาคมถูกตัดขาดทำให้การติดต่อกับองค์กรปกครองระดับสูงไม่อาจกระทำได้ หรือการปฏิบัติตามกฎหมายธรรมดาคจะเป็นการเสี่ยงต่อการที่จะทำให้เกิดการดำเนินงานในทางปกครองล่าช้า ซึ่งจะทำให้ไร้ประสิทธิภาพ⁷⁷

⁷⁶ อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า ๑๑๒.

⁷⁷ อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า ๑๑๒.

ผลในทางกฎหมายของสถานการณ์ฉุกเฉิน

(๑) ฝ่ายปกครองได้รับการยกเว้นจากการปฏิบัติตามรัฐบัญญัติใด ๆ ถ้าหากว่าการปฏิบัติตามรัฐบัญญัตินั้น ๆ จะเกิดความเสียหายต่อการดำเนินงานในทางปกครอง เช่น ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจกระทำการขององค์กรปกครอง องค์กรปกครองมีอำนาจกระทำการเกินกว่าอำนาจที่มีอยู่ในเวลาที่มีสถานการณ์ปกติ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาว่า กฎหมายใดไม่อาจใช้บังคับในสถานการณ์ฉุกเฉินโดยคำนึงถึงความเป็นจริงอย่างมากที่สุด ตัวอย่างเช่น สภาแห่งรัฐรับรองว่าในเวลาที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน การกระทำการของพลเมืองที่เป็นปัจเจกชนซึ่งเข้ากระทำการแทนเจ้าหน้าที่ปกครองซึ่งบกพร่องในหน้าที่ ถือว่า เป็นการกระทำในทางปกครองซึ่งชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๗ มกราคม ๑๙๕๕)

(๒) องค์กรปกครองจะต้องเคารพหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (*Légalité des circonstances exceptionnelles*) ซึ่งศาลปกครองเป็นผู้สร้างเช่นเดียวกันสาระสำคัญของหลักการนี้ก็คือ การกระทำในทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องมุ่งกระทำเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถเผชิญกับสถานการณ์วิกฤตได้ และจะต้องปรับวิธีดำเนินงานให้สอดคล้องกับความมุ่งหมายดังกล่าว

สถานการณ์ฉุกเฉินก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง คือ ฝ่ายปกครองไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำบางอย่างซึ่งในสถานการณ์ปกติถือว่าเป็นความผิดของฝ่ายปกครอง และการกระทำบางอย่างซึ่งมีความร้ายแรงมาก ซึ่งในสถานการณ์ปกติถือว่าเป็นการกระทำซึ่งเรียกว่า "การกระทำโดยพฤตินัย" (*La voie de fait*) และอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะควบคุมมัน ถ้าการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นในเวลาที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินไม่ถือว่ามี ความร้ายแรง และอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง⁷⁸

⁷⁸ อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า ๑๑๓.

การควบคุมการกระทำในทางปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน
 การควบคุมดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะการที่ศาลปกครองยังคงควบคุมการกระทำในระหว่างที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินอยู่ ทำให้การบังคับให้ฝ่ายปกครองอยู่ใต้กฎหมายเป็นผลอย่างแท้จริง ในเบื้องต้นนั้นศาลปกครองจะพิจารณาว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินตามที่ฝ่ายปกครองอ้างหรือไม่ ศาลจะพิจารณากรณีต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองอ้างมานั้น และจะวินิจฉัยว่ากรณีใดเข้าลักษณะ เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างแท้จริงหรือไม่ และเมื่อใดจึงจะถือว่าสถานการณ์ได้กลับคืนสู่ภาวะปกติแล้ว นอกจากนี้ศาลปกครองจะตรวจสอบว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้นเป็นมาตรการตามความจำเป็นของสถานการณ์หรือไม่ ถ้าไม่เป็นเช่นนั้นศาลก็จะเพิกถอนมาตรการดังกล่าว

สำหรับในประเทศไทย สถานการณ์ฉุกเฉิน อาจแบ่งออกได้เป็น ๒ ประเภท คือ

๑) สถานการณ์ฉุกเฉินอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ภายนอกประเทศ

๒) สถานการณ์ฉุกเฉินอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ภายในประเทศ

๑) สถานการณ์ฉุกเฉินอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ภายนอกประเทศ

สถานการณ์ดังกล่าวอาจเกิดจากกรณีพิพาทระหว่างประเทศที่ไม่สามารถจะแก้ไขได้โดยสันติวิธี ก็อาจจะแก้ไขโดยใช้กำลังทหาร และอาจถึงขั้นประกาศสงครามอันเป็นวิธีการที่รุนแรงที่สุดในการแก้ไขข้อพิพาท การประกาศสงครามเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา แต่อย่างไรก็ดี การประกาศสงครามเป็นเรื่องที่องค์กรฝ่ายบริหาร จะต้องรับผิดชอบโดยเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรจะให้มีการประกาศสงครามหรือไม่ แล้วจึงนำเรื่องเสนอต่อรัฐสภา เพื่อให้ความเห็นชอบ และนำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจต่อไป

ตัวอย่างในเรื่องนี้ คือ การประชุมคณะรัฐมนตรีครั้งพิเศษ วันพฤหัสบดีที่ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๕๔^{๗๙} เรื่อง กติกาสัญญาทางทหารระหว่างไทยกับญี่ปุ่น ซึ่งที่ประชุมได้พิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนทุกแง่ทุกมุมแล้วเห็นว่า ไม่มีทางอื่นใดดีกว่าการร่วมมือกับญี่ปุ่นในครั้งนี้ และต่อมาได้มีพระบรมราชโองการประกาศสงครามต่อบริเตนใหญ่และสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ ๒๘ มกราคม พุทธศักราช ๒๕๕๕

เมื่อได้มีการประกาศสงครามแล้ว รัฐบาลย่อมมีอำนาจประกาศกฏอัยการศึก และมีอำนาจตรากฎหมายเกี่ยวกับการเกณฑ์พลเมืองอุดหนุนราชการทหารอีกด้วย

เมื่อได้มีการประกาศใช้กฏอัยการศึกในบริเวณใด บริเวณหนึ่ง หรือทั่วทั้งประเทศแล้ว ผลที่เกิดขึ้นคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการสู้รบ ปราบปราม หรือรักษาความสงบเรียบร้อย และผลโดยตรงต่อประชาชนคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเต็มที่ในการที่จะตรวจค้น เกณฑ์ ห้าม ยึด เข้าอาศัย ทลายเปลี่ยนแปลงสถานที่ และขับไล่ ซึ่งอำนาจนี้ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอื่น ๆ นอกจากกฏอัยการศึก และความเสียหายซึ่งอาจเกิดขึ้นแก่ประชาชนจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ประชาชนจะไม่มีสิทธิเรียกร้อง การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ เท่ากับเป็นการบัญญัติกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่ก็เป็นสิ่งที่จำเป็น เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

^{๗๙}รายละเอียดเกี่ยวกับการประชุมคณะรัฐมนตรีครั้งนี้ ดู ลีรี เปรมจิตต์, ชีวิตและงานของพลเรือตรี ถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ นายกรัฐมนตรีคนที่ ๘ ของไทย, อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ พลเรือตรี ถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ (กรุงเทพฯ:บริษัทธรรมสาร จำกัด, ๒๕๓๒), หน้า ๑๖๘-๑๗๙.

๒. สถานการณ์ฉุกเฉินอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ภายใน
ประเทศ

สถานการณ์ฉุกเฉินอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ภายในประเทศ อาจจะมีสาเหตุมาจากหลาย ๆ ประการ เช่น การจลาจล การยึดอำนาจ ภัยธรรมชาติ ฯลฯ อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีในสถานการณ์ฉุกเฉินนี้ กระทำได้ตั้งแต่การตราพระราชกำหนดไปจนถึงการประกาศใช้กฏอัยการศึก การตราพระราชกำหนดนี้ใช้ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจนำความกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์ เพื่อทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

ในสถานการณ์ฉุกเฉินนี้ เป็นอำนาจโดยตรงของคณะรัฐมนตรีในฐานะองค์การบริหารที่จะพิจารณาว่า จะใช้อำนาจประการใดหรือใช้อย่างไรจึงจะเหมาะสมกับสถานการณ์

ในบางประเทศรัฐธรรมนูญก็กำหนดให้ประมุขของประเทศเป็นผู้ใช้อำนาจ แต่บางประเทศก็รับรองว่าเป็นอำนาจพิเศษโดยชัดแจ้งที่อยู่เหนืออำนาจตามกฏอัยการศึก และอาจเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายใด ๆ ก็ได้

ในประเทศไทยได้มีบทบัญญัติทางอนึ่งเป็นครั้งแรกในมาตรา ๑๓ แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๐๒ ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรี และเป็นที่มาของอำนาจพิเศษในรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับในเวลาต่อมา

มาตรา ๑๓ บัญญัติว่า "ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อแวน หรือคุกคามความสงบที่เกิดขึ้น

ภายในหรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจสั่งการหรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ เช่นว่านั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อนายกรัฐมนตรีได้สั่งการหรือกระทำการใดไปตาม ความในวรรคก่อนแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีแจ้งให้สภาทราบ"

การใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา ๑๓ นี้ ศาลจะไม่เข้ามาควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวเลย ตัวอย่างคือ

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๘๕/๒๕๑๓ ความที่ว่า "ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการใด ๆ " ในมาตรา ๑๓ แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๐๒ นั้น รวมถึงการสั่งจำคุกด้วย

เมื่อนายกรัฐมนตรี โดยมติของคณะรัฐมนตรี (มติวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๑๐) มีคำสั่งว่าการกระทำของผู้ร้องกับพวก ที่ร่วมกันมียาปลอม ไร่ชาย และปลอมยาของผู้อื่น เป็นภัยร้ายแรงต่อชีวิตและอนามัยของประชาชน นับว่าเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ให้จำคุกผู้ร้อง การใช้ดุลพินิจสั่ง เช่นนี้ต้องถือว่ายุติเด็ดขาด ผู้ร้องจะมาร้องต่อศาลได้ก็ถึงว่าการกระทำของผู้ร้องเป็นเรื่องเล็กน้อยเท่านั้น หาได้ไม่

มาตรา ๑๓ แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ไม่ขัดต่อมาตรา ๕ เป็นแต่บัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นเท่านั้น และไม่ขัดต่อมาตรา ๒๐ ด้วย เพราะไม่ใช่กรณีที่ไม่มียกเว้นแต่บัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับใช้ อันจะต้องวินิจฉัยกรณีไปตาม ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๙๑/๒๕๑๙ การที่นายกรัฐมนตรีโดยมติคณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๓ แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร มีคำสั่งให้อัยตทรัพย์สิน ให้ทรัพย์สินที่ถูกอายัดหรือยึดไว้ตกเป็นของรัฐ ถ้าคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดไม่คืนทรัพย์สินให้ผู้ใด การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด การที่นายกรัฐมนตรีมีคำสั่งให้การวินิจฉัยของคณะกรรมการในกรณีไม่คืนทรัพย์

เป็นที่สุคนั้น เป็นคุณพินิจของนายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีที่สั่งการไปตาม
อำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๖๐/๒๕๒๕ คำสั่งตามมาตรา ๑๗
แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร เรื่องให้ทรัพย์สินในกองมรดกจอมพล
สฤษดิ์ ธนะรัชต์ และทรัพย์สินของท่านผู้หญิงวิจิตรวาทธรรม ธนะรัชต์ ตกเป็นของรัฐ
เป็นคำสั่งที่นายกรัฐมนตรีได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๗ แห่งธรรมนูญ
การปกครองราชอาณาจักร และโดยมติคณะรัฐมนตรี จึงมีผลบังคับเป็นกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๕๐/๒๕๓๑ ในระหว่างที่ใช้
ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ถือว่าธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร
เป็นกฎหมายสูงสุด บรรดาคำสั่งนายกรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๗
แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรดังกล่าว และโดยมติคณะรัฐมนตรีจึงเป็น
คำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับได้

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย