

## บทที่ 2

### ภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครองและหลักความชอบด้วยกฎหมาย

#### 2.1 ภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครอง

##### 2.1.1 แนวความคิดและพัฒนาการขององค์กรฝ่ายปกครอง

การเร เดอ มัลเปร์ (R. Carré de Malberg) นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส ได้ชี้ให้เห็นพัฒนาการขององค์กรฝ่ายปกครองและบ่งถึงความแตกต่างระหว่าง “รัฐตำรวจ” (Etat de Police) กับ “นิติรัฐ” (Etat de Droit) ซึ่งฝ่ายปกครองต้องกระทำการตามกฎหมายว่า

“ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอะไรก็ได้ ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็น ในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชน เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้น จะทำอย่างไรก็ได้ตรงกันข้ามกับ “นิติรัฐ” ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมาย ในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรกกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สองกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรง หรือโดยปริยาย

ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลงหรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้

เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบ และที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย<sup>1</sup>

แนวความคิดและพัฒนาการขององค์กรฝ่ายปกครองสองยุค คือ ยุครัฐตำรวจ และยุคนิติรัฐตามลำดับ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น สรุปได้ดังนี้

#### 2.1.1.1 ยุครัฐตำรวจ

ยุครัฐตำรวจเป็นยุคที่รัฐสามารถนำเอาวิธีการใด ๆ โดยผ่านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กระทำการที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ในการปกครองมาใช้กับประชาชน โดยรัฐมีเสรีภาพในการใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ เพื่อเผชิญกับสถานการณ์และเพื่อให้บรรลุถึงจุดมุ่งหมายที่ตนมุ่งประสงค์ได้ทุกเวลา ยุคนี้จึงได้ตั้งอยู่บนความคิดที่ว่า “วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้นจะอย่างไรก็ได้”

#### 2.1.1.2 ยุคนิติรัฐ

ยุคนิติรัฐเป็นยุคที่รัฐกับปัจเจกชนมีความสัมพันธ์กันโดยที่อยู่ภายใต้ระบบแห่งกฎหมายซึ่งจะผูกการกระทำของรัฐไว้ด้วยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้ส่วนหนึ่งจะกำหนดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน แต่อีกส่วนหนึ่งจะกำหนดไว้ล่วงหน้าถึงหนทางและวิธีการที่จะถูกนำมาใช้เพื่อบรรลุจุดประสงค์ในการดำเนินการปกครองของรัฐ กฎเกณฑ์สองชนิดนี้มีจุดมุ่งหมายร่วมกันเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐโดยทำให้รัฐอยู่ภายใต้ระเบียบแห่งกฎหมายเพื่อการให้หลักประกันแก่สถานะของปัจเจกชน โดยที่กฎเกณฑ์ทั้งสองชนิดดังกล่าวสร้างขึ้นเป็นลักษณะเฉพาะของ “นิติรัฐ”

<sup>1</sup> แปลจาก R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome I, (Paris : CNRS, 1920), p. 488,อ้างถึงในบรรดักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 281.

ที่ชัดเจนอันหนึ่งก็คือ ในการปฏิบัติต่อผู้ใต้ปกครอง ฝ่ายปกครองจะสามารถใช้วิธีการต่าง ๆ ได้ก็ แต่เฉพาะที่ระเบียบแห่งกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้นให้อำนาจไว้

จากยুক্তินิรรัฐดังกล่าวทำให้สามารถอธิบายได้ 2 ประการ คือ

ประการแรก เมื่อเข้าไปมีความสัมพันธ์กับผู้ใต้ปกครอง ฝ่ายปกครองจะกระทำการ อันเป็นการขัดแย้งหรือละเว้นไม่กระทำการตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นไม่ได้ (ฝ่ายปกครองจะ ต้องเคารพอย่างจริงจังต่อกฎหมาย)

ประการที่สอง ในนิรรัฐที่พัฒนาสมบูรณ์แล้วฝ่ายปกครองจะสามารถวางข้อกำหนด หรือมีคำสั่งใด ๆ ต่อผู้ใต้ปกครองได้ ก็โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในรูปของพระราชบัญญัติเท่านั้น เพราะเป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการใด ๆ ในการดำเนินการ ได้ก็เฉพาะแต่วิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งหรืออย่างน้อยที่สุดก็โดยปริยาย หากไปใช้วิธีการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้แล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบทั้งสิ้น

ดังนั้น นิรรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ผู้ใต้ปกครองโดยให้อำนาจผู้ใต้ปกครอง ที่จะฟ้องร้องต่อศาลเพื่อขอให้ยกเลิก แก้ไข หรือเลิกบังคับให้การกระทำทางปกครองที่ละเมิดสิทธิ ของตนได้

นอกจากนี้ในยุคนิรรัฐยังมีหลักการต่าง ๆ อันเป็นสาระสำคัญ<sup>2</sup> หลายประการ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักความชอบด้วยกฎหมาย ของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา หลักความเป็นอิสระ ของผู้พิพากษา หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งในแต่ละหลักมีสาระสำคัญ ดังนี้

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิรรัฐ เพราะหลักการ นิรรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจไม่มีการควบคุม ตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่าย บริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้

<sup>2</sup> Maunz, in : Maunz/Duerig Grundgesetz-Kommentar, Band II, Art 20, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 23-34.

เพราะหลักทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกันเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาดหรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และสิทธิในความเสมอภาค สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวถือเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของปัจเจกชนตามความประสงค์ของตน การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง เป็นหลักที่เข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการก็ดี หรือฝ่ายปกครองก็ดี จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนุญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน

หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง และหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หมายความว่า เป็นหลักที่ให้ผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งผู้พิพากษาจะต้องผูกพันเฉพาะต่อกฎหมาย และทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น

หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” วางอยู่บนพื้นฐาน คือ (1) หลักการกระทำ คือ การกำหนดความผิดหรือการกำหนดโทษจึงต้องวางอยู่บนพื้นฐานของ “การกระทำ” (ซึ่งหมายความรวมถึงการละเว้นไม่กระทำการด้วย) แต่มิได้ผูกพันอยู่กับความคิด

(2) หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมายมีความหมายเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผ่านการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติ (3) หลักความแน่นอนของกฎหมาย และ (4) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นหลักที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ซึ่งเท่ากับเป็นการยืนยันหรือทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นต่อหลักนิติรัฐ ดังนั้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดจึงเป็นหลักที่มีความสำคัญในการมุ่งคุ้มครองต่อหลักนิติรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าประเทศไทยไม่มีหลักนี้แล้วประเทศนั้นไม่ถือว่าเป็นประเทศที่ปกครองโดยระบบนิติรัฐแต่อย่างใด

ดังนั้น จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นสรุปได้ว่าประเทศไทยเป็นรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยและเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย การปกครองประเทศจึงจำเป็นต้องยึดหลัก “นิติรัฐ” ซึ่งหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐก็คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทุกประเภท ทั้งการกระทำทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ รวมถึงการกระทำขององค์กรอื่น ๆ ที่ก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้การปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลงการกระทำ หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้

### 2.1.2 การกิจขององค์กรฝ่ายปกครองพิจารณาในแง่กิจกรรม

การจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นการกิจที่สำคัญในรัฐสมัยใหม่อันเป็นยุคนิติรัฐที่จะต้องจัดทำให้แก่ประชาชน การกิจดังกล่าวอาจแยกได้เป็น 2 กรณี<sup>3</sup> คือ

ภารกิจพื้นฐาน ได้แก่ การป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทและยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วอันเป็นการดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยและรักษาความมั่นคงปลอดภัย ทั้งภายในชุมชนและการประทุษร้ายอันมีแหล่งที่มาจากภายนอกชุมชน

<sup>3</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาทกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 5-6.

ภารกิจลำดับรอง ได้แก่ การส่งเสริมสวัสดิการตลอดจนกระจายความมั่นคงของชาติไปยังประชาชนกลุ่มต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม เช่น การให้บริการทางการศึกษา การรักษาพยาบาล การขนส่งคมนาคม เป็นต้น

#### 2.1.2.1 ความหมายของบริการสาธารณะ

ความหมายของบริการสาธารณะอาจพิจารณาได้จากนักกฎหมายมหาชนชาวต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งชาวฝรั่งเศสหลายท่าน โดยแต่ละท่านก็มี “ที่มา” ของการให้ความหมายที่แตกต่างกันไปตาม “มุมมอง” ของผู้ให้ความหมาย ดังเช่น<sup>4</sup>

ศาสตราจารย์ René Chapus กล่าวว่า กิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการ หรือดูแลกิจการนั้นเพื่อสาธารณะประโยชน์

ศาสตราจารย์ Geston Jèze กล่าวว่า การจะพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะก็ให้พิจารณาดูที่จุดมุ่งหมายของการก่อตั้งองค์กรหรือกิจกรรมนั้น

ศาสตราจารย์ Jean de Soto กล่าวว่า คำนิยามของบริการสาธารณะอาจแยกเป็นสองลักษณะโดยพิจารณาจากลักษณะทางด้านการเมืองกับลักษณะทางด้านกฎหมาย กล่าวคือ

ก. ลักษณะทางด้านการเมือง บริการสาธารณะ ได้แก่ สิ่งที่รัฐจะต้องจัดทำเพื่อสนองความต้องการของคนในชาติไม่ว่าจะเป็นความต้องการขั้นพื้นฐาน เช่น ความปลอดภัย จนกระทั่งถึงความต้องการทางด้านเศรษฐกิจ โดยรัฐอาจทำเองหรือมอบให้คนอื่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำก็ได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>4</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 28-29.

ข. ลักษณะทางด้านกฎหมาย บริการสาธารณะประกอบด้วยเงื่อนไขสามประการ คือ

วางไว้

- (1) เกิดขึ้นจากผู้ปกครองประเทศหรือจากแนวทางที่ผู้ปกครองประเทศ
- (2) มีความต้องการจากประชาชนเพื่อผลประโยชน์ส่วนร่วม
- (3) เกิดความไม่เพียงพอหรือไม่สามารถจัดทำได้โดยเอกชน

ศาสตราจารย์ Léon Duguit กล่าวว่า บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมทุกประการที่ถูกควบคุมจัดการโดยฝ่ายปกครองเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จ ทั้งนี้ เพราะกิจการเหล่านี้โดยสภาพแล้วไม่อาจทำสำเร็จได้หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางปกครอง

เมื่อได้พิจารณาจากคำจำกัดความที่นักกฎหมายหลาย ๆ คนได้ให้ไว้ดังกล่าวข้างต้นพอสรุปได้ว่า บริการสาธารณะนั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ

(1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึงกรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเองอันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยิ่งหมายความรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประการให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

(2) กิจกรรมดังกล่าวมาแล้วในข้อ (1) จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

บริการสาธารณะในประเทศไทยก็มีผู้ให้ความหมายไว้หลายคน แต่อย่างไรก็ตามต่างก็ได้รับอิทธิพลมาจากศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล<sup>5</sup> ที่ได้ให้ความหมายของคำว่า บริการสาธารณะว่า “บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจหรืออยู่ในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน”

<sup>5</sup> ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108.

ทั้งนี้ จากความหมายข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบของบริการสาธารณะออกได้ 2 ประการ คือ

ประการแรก บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือความควบคุมของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่รัฐต้องเข้ามามีส่วนร่วมทั้งที่โดยตรงคือการเข้ามาอำนาจการเองหรือจัดทำเองโดยรัฐ ได้แก่ บริการสาธารณะที่จัดทำโดยระบอบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน นอกจากนี้เนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐอาจไม่ตอบสนองความต้องการได้อย่างเพียงพอจึงอาจมีการให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะได้โดยอยู่ในการควบคุมของฝ่ายปกครองอีกชั้นหนึ่งก็ได้

ประการที่สอง บริการสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะประโยชน์ กล่าวคือ รัฐต้องจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของคนทุกคน อย่างเสมอภาค และเท่าเทียมกัน

นอกจากนี้ ในทางทฤษฎีนั้น บริการสาธารณะสามารถแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ บริหารสาธารณะทางปกครอง และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม<sup>6</sup> ดังนี้

#### 2.1.2.2 บริการสาธารณะทางปกครอง

บริการสาธารณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน กิจกรรมเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน บริการสาธารณะประเภทนี้ฝ่ายปกครองต้องอาศัย “อำนาจพิเศษ” ตามกฎหมายมหาชนในการจัดทำ

บริการสาธารณะทางปกครองส่วนใหญ่จะเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้ประชาชนโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน และนอกจากนี้ เนื่องจากเนื้อหาของบริการสาธารณะทางปกครองจะเป็นหน้าที่เฉพาะของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำ รวมทั้ง “อำนาจพิเศษ” ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้น บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้

บริการสาธารณะทางปกครอง ได้แก่ กิจการที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ และการคลัง เป็นต้น

<sup>6</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 29.

แต่เดิมนั้น บริการสาธารณะทุกประเภทจัดว่าเป็นบริการสาธารณะทางปกครองทั้งสิ้น แต่ต่อมาเมื่อกิจกรรมเหล่านี้มีมากขึ้นและมีรูปแบบและวิธีการในการจัดทำที่แตกต่างกันออกไป จึงเกิด “ประเภท” ใหม่ ๆ ของบริการสาธารณะขึ้นมาอีก

2.1.2.3 บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ได้แก่ บริการสาธารณะที่คล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนทั้งในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ แหล่งที่มาของบริการเงินทุน และวิธีปฏิบัติงาน

ในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการนั้นเน้นการผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับ ดังเช่นกิจการของเอกชน

ในด้านแหล่งที่มาของการบริการเงินทุน ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนการบริการของผู้ใช้บริการ

ในด้านวิธีปฏิบัติงานนั้นได้สร้างขึ้นมาจากเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ

2.1.3 ภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครองพิจารณาในแง่รูปแบบหรือองค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะ

รองศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้ว่า<sup>7</sup> บริการสาธารณะส่วนใหญ่ รัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำโดยใช้องค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมารัฐก็ได้เพิ่มวิธีการจัดทำบริการสาธารณะขึ้นโดยจัดตั้งเป็นองค์กรของรัฐประเภทพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะประเภท และต่อมาเมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่ท้องถิ่นเต็มรูปแบบ จึงมีการมอบบริการสาธารณะหลาย ๆ ประเภทในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจัดทำแทนรัฐ และนอกจากนี้ในระยะหลัง ๆ บริการสาธารณะมีมากขึ้น บางประเภทต้องใช้กำลังคน กำลังทรัพย์ รวมทั้งเทคโนโลยีระดับสูงมาดำเนินการจัดทำ แต่เนื่องจากบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวเป็นบริการสาธารณะซึ่งโดยสภาพแล้วรัฐไม่จำเป็นต้องทำเองก็ได้ จึงเกิดการมอบบริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการแทนรัฐ โดยรัฐเข้าไปควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชนเพื่อให้บริการที่เกิดขึ้นอยู่ในมาตรฐานเดียวกับที่รัฐเป็นผู้

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

จัดทำ ดังนั้น จึงแบ่งการจัดทำบริการสาธารณะได้ 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะทำโดยรัฐและ บริการสาธารณะทำโดยเอกชน ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

### 2.1.3.1 บริการสาธารณะทำโดยรัฐ

บริการสาธารณะทำโดยรัฐสามารถจัดแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะระดับชาติและบริการสาธารณะระดับท้องถิ่น

(1) บริการสาธารณะระดับชาติ ได้แก่ เป็นบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำอย่างทั่วถึงตลอดทั่วประเทศ สามารถแบ่งได้เป็น 7 ประเภทด้วยกัน คือ บริการสาธารณะด้านการยุติธรรม บริการสาธารณะด้านการรักษาความปลอดภัยของสังคม บริการสาธารณะด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ บริการสาธารณะด้านการศึกษาของชาติ บริการสาธารณะด้านสังคม บริการสาธารณะด้านวัฒนธรรม และบริการสาธารณะด้านการท่องเที่ยว

(2) บริการสาธารณะระดับท้องถิ่น ได้แก่ บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ที่จะดำเนินการจัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะระดับชาติซึ่งมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำกับ บริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่แท้ ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

### 2.1.3.2 บริการสาธารณะทำโดยเอกชน

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะมาเป็นเวลานานแล้ว การมีส่วนร่วมของเอกชนสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ การมีส่วนร่วมทางอ้อมกับการมีส่วนร่วมทางตรง

(1) การมีส่วนร่วมทางอ้อม ได้แก่ การเข้ามามีส่วนร่วมของเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะโดยรัฐ ด้วยวิธีการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1.1) การเลือกตั้งภายใต้ระบบการปกครองแบบกระจายอำนาจ ประชาชนผู้สนใจเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ด้วยการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งหากได้รับเลือกตั้งเข้าไปแล้ว ก็จะไปเป็นผู้จัดให้มีและวางหลักเกณฑ์ในการบริหารบริการสาธารณะต่อไป

(1.2) การร่วมให้ความเห็น ฝ่ายปกครองอาจเชิญเอกชนมาปรึกษาหารือเพื่อขอความเห็นเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องก่อนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจดำเนินการได้

(2) การมีส่วนร่วมทางตรง เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐที่จัดทำ แต่ต่อมาเมื่อรัฐมีภาระมากขึ้น กิจการบางอย่างรัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเองเพราะเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐ กิจการบางอย่างต้องใช้เงินลงทุนมาก ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญเป็นพิเศษ ซึ่งทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะ จึงเกิดการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนซึ่งมีความสนใจและความพร้อมเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

การมอบอำนาจให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นมีความหมายถึงการกระทำที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน ทั้งนี้เพราะโดยสภาพแล้วเอกชนไม่ได้มีหน้าที่ที่จะจัดทำบริการสาธารณะ เพราะบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น เมื่อรัฐตัดสินใจอนุมัติหรืออนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนจึงสามารถเข้ามาดำเนินการได้

ทั้งนี้ เอกชนสามารถมีส่วนร่วมโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(2.1) สัมปทาน ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยเอกชนสามารถเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการ กิจการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐไป

(2.2) องค์กรวิชาชีพ ได้แก่ องค์กรเอกชนที่ทำหน้าที่รับผิดชอบในการควบคุมวินัยในการประกอบอาชีพด้วยมาตรการต่างๆ เช่น การวางกฎข้อบังคับทางวิชาชีพ การพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การพิจารณาลงโทษเมื่อมีการกระทำผิดและเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เป็นต้น

แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดองค์กรวิชาชีพมีมานานแล้วโดยได้มีการนำไปใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพในกระบวนการยุติธรรม เช่น สภานายความ เป็นต้น

ต่อมาได้มีการจัดตั้งองค์กรวิชาชีพอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมขึ้นมาอีก คือ องค์กรวิชาชีพเกษตรกร องค์กรวิชาชีพแพทย์ องค์กรวิชาชีพสถาปนิก และองค์กรวิชาชีพเภสัชกร เป็นต้น องค์กรวิชาชีพต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาภายหลังนี้มีสภาพเป็นองค์กรเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพราะกิจกรรมหรือการดำเนินงานขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ เหล่านี้เป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มหาชน กล่าวคือ ควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพที่ต้องติดต่อกับประชาชนให้อยู่ในระเบียบวินัยอันดีไม่ให้ประชาชนได้รับผลกระทบจากการประกอบวิชาชีพนั้น ๆ

แม้ว่าองค์กรวิชาชีพจะมีโครงสร้างและระบบการบริหารงานภายในที่เป็นแบบเอกชนก็ตาม แต่ในการดำเนินการขององค์กรวิชาชีพกลับมีการใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน กล่าวคือ อำนาจในการตรากฎข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ในการประกอบวิชาชีพ การควบคุมการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง หรืออำนาจการพิจารณาลงโทษทางวินัยเมื่อสมาชิกขององค์กรวิชาชีพทำผิดข้อปฏิบัติทางวิชาชีพและการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ อันมีสถานะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ

เหตุผลที่องค์กรวิชาชีพมีทั้งอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการวางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ และอำนาจของศาลในการพิจารณาวินิจฉัยความผิด ก็เนื่องมาจากองค์กรวิชาชีพเหล่านี้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้เป็นผู้ดูแลควบคุมและดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพนั้น ๆ เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนมากที่สุด จึงต้องมีการมอบอำนาจของรัฐบางประการให้เพื่อที่จะสามารถจัดระเบียบในการประกอบอาชีพได้อย่างมีประสิทธิภาพ

**2.1.4 ข้อวิเคราะห์ภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครอง** จากการศึกษาภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครองในปัจจุบันแล้วพอสรุปออกมาได้ ดังนี้

**2.1.4.1 เป็นกิจกรรมบริการสาธารณะโดยพิจารณาในแง่ของเนื้อหา** โดยไม่ต้องคำนึงถึงรูปแบบว่าต้องจัดทำโดยรัฐหรือองค์กรฝ่ายปกครองเสมอไป ดังนั้น ผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นอาจเป็นเอกชนก็ได้

เนื่องจากในสภาวะปัจจุบันที่มีการขยายการจัดทำกิจกรรมบริการสาธารณะกว้างขึ้น เป็นภาระที่รัฐต้องเข้ามาจัดทำกิจกรรมไม่ทันกับความต้องการของเอกชนหรือว่าเป็นกิจกรรมที่เอกชนสามารถประกอบการได้ดีกว่า ด้วยเหตุนี้จึงมีกิจกรรมบางประเภท รัฐสามารถมอบให้เอกชนเป็น

ผู้จัดทำ อันทำให้เอกชนได้ประโยชน์สูงสุดและยังลดภาระที่รัฐต้องเข้าไปดำเนินการเอง แต่อย่างไรก็ตามรัฐก็ต้องคอยกำกับดูแลอยู่เพื่อมิให้เอกชนนั้นเสียประโยชน์

#### 2.1.4.2 องค์การฝ่ายปกครองโดยทั่วไปมีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชน

เป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่า การจัดทำบริการสาธารณะนั้น ย่อมต้องใช้อำนาจพิเศษ ในทางปกครองตามกฎหมายมหาชน การที่จะจัดตั้งหน่วยงานที่ใช้อำนาจในทางปฏิบัติได้นั้นได้ กำหนดแบบต่าง ๆ กันตามความสำคัญของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนโดยจัดตั้งนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนจะต้องจัดตั้งโดยบทกฎหมายเฉพาะซึ่งอาจเป็นพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือประกาศกระทรวง ตามแต่พระราชบัญญัติที่เป็นแม่บทจะให้อำนาจไว้ ยกตัวอย่างเช่น ในระบบราชการการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม จะทำได้แต่โดยพระราชบัญญัติ (ดูพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 8) แต่การจัดตั้งนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนบางประเภท พระราชบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะจัดตั้งได้ เช่น การจัดตั้งเทศบาล พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ให้อำนาจฝ่ายบริหารที่จะจัดตั้งได้ด้วยพระราชกฤษฎีกา การจัดตั้งสุขาภิบาลเดิมซึ่งปัจจุบันไม่มีแล้วนั้น พระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ. 2495 ได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองคือกระทรวงมหาดไทยที่จะออกประกาศกระทรวงมหาดไทยจัดตั้งได้ เป็นต้น นอกจากนี้ในส่วนรัฐวิสาหกิจก็จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ เช่น การรถไฟแห่งประเทศไทยจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 การท่าเรือแห่งประเทศไทยจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติการท่าเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2497 เป็นต้น หรือรัฐวิสาหกิจบางประเภทก็จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาซึ่งกฎหมายแม่บทในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจประเภทนี้คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 โดยรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมักจะมีคำนำหน้าว่า “องค์การ” เช่น องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ พ.ศ. 2496 องค์การคลังสินค้าจัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การคลังสินค้า พ.ศ. 2498 องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ พ.ศ. 2499 ในส่วนขององค์การมหาชนโดยมีพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายแม่บท ซึ่งในปัจจุบันมีองค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นหลายองค์การ ดังนี้ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานปฏิรูปการศึกษาศึกษา พ.ศ. 2542 พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2543 พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2543 พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2543 พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งโรงเรียนมหิดลวิทยานุสรณ์ พ.ศ. 2543 เป็นต้น

### 2.1.4.3 เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชน

อำนาจดังกล่าวนี้เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินกิจกรรมได้เพราะแสดงให้เห็นถึงอำนาจเหนือกว่าและสามารถบังคับได้กับเอกชน โดยรัฐอาจเป็นผู้ใช้อำนาจมหาชนนั่นเองหรืออาจให้เอกชนผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจกรรมทางดำเนินการก็ได้ ทั้งนี้ อำนาจมหาชนดังกล่าวในรัฐเสรีนิยมประชาธิปไตยวางอยู่บนหลักพื้นฐานที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งในรายละเอียดจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

## 2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

### 2.2.1 ความเป็นมาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายแต่เดิมเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนว่าต้องชอบด้วยกฎหมายเพราะถือว่ารัฐและพระมหากษัตริย์ทรงสมบูรณ์อำนาจอธิปไตยตลอดจนข้าราชการที่กระทำการแทนพระองค์นั้นเป็นองค์อธิปัตย์จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายที่ทรงออกเอง ต่อมาเมื่อการเมืองการปกครองเปลี่ยนเป็นประชาธิปไตยในศตวรรษที่ 18 ตอนปลาย ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะฝ่ายปกครองที่มีอำนาจดำเนินการกระทบประชาชนโดยตรงนั้น ต้องดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมายจึงเกิดขึ้น แต่ในระยะเริ่มแรกนี้ยังไม่มี การเน้นให้องค์กรนิติบัญญัติโดยเฉพาะรัฐสภาต้องกระทำโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายด้วย ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเห็นว่ารัฐสภาเป็นองค์กรผู้แทนประชาชนเจ้าของอำนาจสูงสุดแล้ว ย่อมไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญเสียเอง แต่ต่อมาเมื่อการควบคุมกฎหมายธรรมดาที่รัฐสภาออกไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้นในศตวรรษที่ 20 จึงถือว่าไม่เพียงแต่ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องเคารพความชอบด้วยกฎหมาย แต่องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ และองค์กรอื่นในรัฐจะต้องเคารพกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญด้วย<sup>8</sup>

รัฐสมัยใหม่ทุกรัฐย่อมจะต้องมีระบบกฎหมายปกครอง หรืออีกนัยหนึ่งระบบแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จัดระเบียบราชการบริหาร และที่กำหนดความสัมพันธ์ด้านต่าง ๆ ระหว่างบรรดาหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแล แล้วแต่กรณีของรัฐบาล ซึ่งรวมเรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” กับเอกชน โดยระบบกฎหมายปกครองของรัฐสมัยใหม่

<sup>8</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 3 : ที่มาและนิติวิธีในกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 277.

ที่ได้ชื่อว่าเป็น “รัฐเสรีประชาธิปไตย” วางอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่สำคัญสองหลัก ได้แก่ หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” และหลักการว่าด้วย “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองทั้งสองหลักข้างต้น มีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอยู่สามประการด้วยกัน<sup>9</sup> คือ

(1) เพื่อป้องกันมิให้ผู้ถืออำนาจรัฐใช้อำนาจดังกล่าวแสวงหาประโยชน์แก่ตนเองหรือแก่พวกพ้องของตน แต่เพื่อให้มีการใช้อำนาจรัฐตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน หรือที่เรียกกันว่า “ประโยชน์ส่วนรวม” หรือ “ประโยชน์มหาชน” อย่างแท้จริง

(2) เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และมีประสิทธิผล

(3) เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ของเอกชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน

### 2.2.2 หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”

หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” มีความหมายว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดแสดงให้เห็นว่า กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” และ “ข้อจำกัด” ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และการกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียง “การบังคับให้การต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น”<sup>10</sup>

<sup>9</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 11-12.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

### 2.2.3 หลักการว่าด้วย “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์การตุลาการ”

หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ตามที่ได้พรรณามาข้างต้น จะมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ โดยระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีหลายระบบด้วยกัน ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

#### 2.2.3.1 ระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองระบบต่าง ๆ

ระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีอยู่หลายระบบ แต่อาจจำแนกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ ได้แก่ ระบบแรก คือ ระบบการควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองเอง ได้แก่ การควบคุมบังคับบัญชา การกำกับดูแล และการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และระบบที่สอง คือ ระบบการควบคุมโดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมโดยรัฐสภา และการควบคุมโดยองค์การตุลาการหรือศาล<sup>11</sup>

##### (1) ระบบการควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองเอง ได้แก่ การควบคุมบังคับบัญชา การกำกับดูแล และการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

(1.1) การควบคุมบังคับบัญชา เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่าง ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา โดยหากเห็นว่าการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นเสียได้ อนึ่ง ผู้บังคับบัญชาอาจใช้อำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยพลการก็ได้ หรือเมื่อเอกชนซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นร้องเรียนก็ได้

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

### 2.2.3 หลักการว่าด้วย “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”

หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ตามที่ได้พรรณามาข้างต้น จะมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ โดยระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีหลายระบบด้วยกัน ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

#### 2.2.3.1 ระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองระบบต่าง ๆ

ระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีอยู่หลายระบบ แต่อาจจำแนกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ ได้แก่ ระบบแรก คือ ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ได้แก่ การควบคุมบังคับบัญชา การกำกับดูแล และการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และระบบที่สอง คือ ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมโดยรัฐสภา และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล<sup>11</sup>

##### (1) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ได้แก่ การควบคุมบังคับบัญชา การกำกับดูแล และการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

(1.1) การควบคุมบังคับบัญชา เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของของการกระทำต่าง ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชา โดยหากเห็นว่าการกระทำใดของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นเสียได้ อนึ่ง ผู้บังคับบัญชาอาจใช้อำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยพลการก็ได้ หรือเมื่อเอกชนซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นร้องเรียนก็ได้

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

(1.2) การกำกับดูแล เป็นกรณีที่ต้องคุ้มครองขององค์การปกครองส่วนกลางหรือองค์กรขององค์การปกครองส่วนภูมิภาคใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น กรุงเทพมหานคร พัทยา เทศบาล เป็นต้น และการกระทำขององค์กรขององค์การมหาชน เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย องค์กรสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นต้น

(1.3) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เป็นกรณีที่มีการกระทำทางปกครองที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง”<sup>12</sup> นั้น “คู่กรณี”<sup>13</sup> มีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำทางปกครองดังกล่าวได้ตามขั้นตอนและระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

<sup>12</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539  
มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539  
มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้ นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง

## (2) ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมโดยรัฐสภา การควบคุมโดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล

14

(2.1) การควบคุมโดยรัฐสภา ในระบบการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเป็นไปตาม “ระบบรัฐสภา” ดังเช่น ในประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้รัฐสภาควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐมนตรีทั้งคณะ และแต่ละคนได้หลายวิธี เช่น การกำหนดให้การยื่นญัตติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีต้องใช้เสียงสองในห้าเท่าที่มีอยู่ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดและจะต้องเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีใหม่มาด้วย<sup>15</sup> แต่การยื่นญัตติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีคนอื่น ๆ กระทำได้ง่ายกว่าโดยใช้เสียงหนึ่งในห้าเท่าที่มีอยู่ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด<sup>16</sup> นอกจากนี้ สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภามีสิทธิเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่มีการลงมติ<sup>17</sup> ให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นคณะกรรมการสามัญ และมีอำนาจเลือกบุคคลผู้เป็นสมาชิกหรือมิได้เป็นสมาชิกตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญเพื่อกระทำกิจการ พิจารณาสอบสวน หรือศึกษาเรื่องใด ๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภา แล้วรายงานต่อสภา<sup>18</sup> เป็นต้น

(2.2) การควบคุมตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้มีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีจำนวนไม่เกินสามคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา จากผู้ซึ่งเป็นที่ยอมรับนับถือของประชาชน มีความรอบรู้และมีประสบการณ์ในการบริหารราชการแผ่นดิน วิสาหกิจ หรือกิจกรรมอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของสาธารณะ และมีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ โดยให้ประธานวุฒิสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ทั้งนี้ ผู้

<sup>14</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, หน้า 67-68.

<sup>15</sup> ดู มาตรา 185 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>16</sup> ดู มาตรา 186 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>17</sup> ดู มาตรา 187 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>18</sup> ดู มาตรา 189 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา มีวาระการดำรงตำแหน่งหกปีนับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว<sup>19</sup>

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา มีอำนาจหน้าที่<sup>20</sup> ดังต่อไปนี้

1) พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี

(ก) การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น

(ข) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าจะการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

(ค) กรณีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

2) จัดทำรายงานพร้อมทั้งเสนอความเห็นและข้อเสนอแนะต่อรัฐสภา

นอกจากนี้หากในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง แล้วแต่กรณี<sup>21</sup>

(2.3) การควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล เนื่องจากว่าเป็นหัวข้อที่จะนำเสนอต่อไป จึงไม่ขอลงในรายละเอียด

<sup>19</sup> ดู มาตรา 196 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>20</sup> ดู มาตรา 197 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>21</sup> ดู มาตรา 198 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

### 2.2.3.2 สาระสำคัญและความสำคัญของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ

หลักการว่าด้วย “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” หมายความว่า เอกชนคนใดที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครองซึ่งตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองนั้น หรือขอให้ไม่ใช้การกระทำทางปกครองนั้นบังคับแก่กรณีของตน หรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนแล้วแต่กรณี<sup>22</sup>

ในบรรดาการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองทุกระบบที่กล่าวมาข้างต้น การควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลให้หลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าระบบอื่น ๆ ดังนั้น จึงถือกันว่าประเทศไทยที่ไม่มีระบบการควบคุมการกระทำทางของฝ่ายปกครองโดยศาล แม้ว่าประเทศนั้นจะมีการควบคุมฝ่ายปกครองระบบอื่น ๆ อยู่แล้วก็ตาม ไม่ใช่รัฐเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริง เนื่องจากว่าศาลมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ นอกจากนี้ยังมีวิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย และศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>22</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ,” วารสารกฎหมายปกครอง 24 (กันยายน 2537) : 42-54.