



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

หัวข้อ : หลักนิติธรรม

เรื่อง : บทบาทของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมาย
ของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติธรรม

จัดทำโดย

นายปิยะ ปะดังทา

รหัส 580301

เอกสารวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 3
วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

บทบาทของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติธรรม

๑. ความนำ

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย ประชาชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย องค์การของรัฐทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฝ่ายปกครองย่อมต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเมื่อต้องใช้อำนาจหรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย การปกครองโดยกฎหมายเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจะกระทำการอันเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งเท่านั้น และจะกระทำเกินไปกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ดังนั้น ปัญหาสำคัญของระบบกฎหมายในรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงอยู่ที่การควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ การควบคุมดังกล่าวจะเกิดผลขึ้นอย่างแท้จริงได้ ก็แต่โดยการให้ความคุ้มครองทางศาลที่มีประสิทธิภาพ (the effective judicial protection) แก่ประชาชน

บทความนี้ จึงนำเสนอบทบาทของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทำหน้าที่ของศาลปกครองในรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในเบื้องต้นจะนำเสนอข้อความคิดเกี่ยวกับการประกันสิทธิทางศาลตามหลักนิติธรรม แล้วจึงทำการสำรวจความหมายของฝ่ายปกครองและกระทำทางปกครอง จากนั้นจะได้ยกตัวอย่างคำวินิจฉัยที่สำคัญของศาลปกครองเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ก่อนที่จะทำการสรุปปิดท้าย

๒. การประกันสิทธิทางศาลตามหลักนิติธรรม

สาระสำคัญของหลักนิติธรรมตามที่คณะของอัลเบิร์ต เวนน์ ไดซี (Albert Venn Dicey ค.ศ. ๑๘๓๕-๑๙๒๒) ก็คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายธรรมดาของบ้านเมือง^๑ หลักนิติธรรมจึงไม่ต้องการให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยกันเอง แต่ต้องการให้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์ หลักนิติธรรมตามแนวคิดของไดซีจึงมุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมายแต่อย่างใด บรรดาสิทธิทั้งหลายทั้งปวงของราษฎรอังกฤษจึงเกิดจากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นและเกิดจากกฎหมายจารีตประเพณีที่พัฒนาโดยศาล ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรอังกฤษ^๒

ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ซึ่งมีศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมนั้น หลักการข้างต้นของหลักนิติธรรมจะได้รับความคุ้มครองโดยศาลปกครองซึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจึงมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การทำหน้าที่ของศาลปกครองมีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้^๓

^๑ Albert Venn Dicey. (1959). Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885), London : Macmillan, p. 195. อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (๒๕๕๗). คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. ๑๙๖-๑๙๗.

^๒ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (๒๕๕๗). คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. ๑๙๗-๑๙๘.

^๓ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก เอกสารทางวิชาการประกอบการบรรยายที่วิทยาลัยการปกครองแห่งประเทศไทย ประเทศเลบานอน ซึ่งจัดทำขึ้นร่วมกันระหว่าง ฌองค์ มาร์ก โซเว้ (Jean-Marc Sauvé) รองประธานสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส) et โอลิวิเยร์ ฟุช (M. Olivier Fuchs) ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์, การทำหน้าที่ของศาลปกครองในรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายหรือ

ประการแรก ศาลปกครองต้องทำหน้าที่ให้หลักประกันว่า ฝ่ายปกครองต้องเคารพหลักลำดับชั้นของกฎหมายและคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล คำวินิจฉัยของศาลปกครองจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาและเนื้อหาสาระแห่งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เช่น กรณีที่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนา^๔ เสรีภาพในการชุมนุม^๕ เป็นต้น

ประการที่สอง ศาลปกครองต้องปฏิบัติหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพ อิสระและเป็นกลาง

หลักประกันความอิสระ (L'indépendance) ในการปฏิบัติหน้าที่ของศาล คือ ความเป็นอิสระของศาลจากอำนาจอื่น ๆ และสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจากบุคคลใด ในส่วนของความเป็นกลางทางด้านการยุติธรรม (L'impartialité de la justice) ถือเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย โดยบุคคลย่อมเสมอภาคและเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมาย และศาลต้องปรับใช้กฎหมายในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยไร้อคติลำเอียง

โดยสรุปแล้ว การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง การควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะเกิดผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อมีการให้ความคุ้มครองทางศาลที่มีประสิทธิภาพแก่ประชาชนในการแก้ไขข้อพิพาททางปกครอง

๓. ฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครอง

การใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองซึ่งอาจนำไปสู่ข้อพิพาททางปกครอง ในทางตำราเรียกว่า การกระทำทางปกครองและโดยที่การกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจรัฐที่กระทบสิทธิและเสรีภาพในการดำเนินชีวิตประจำวันของประชาชนมากที่สุดนั้น ระบบควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายไทย ก็คือ บทบาทและหน้าที่ของศาลปกครองนั่นเอง ในการที่จะเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทเช่นว่าของศาลปกครองจำเป็นต้องเข้าใจเป็นเบื้องต้นเกี่ยวกับ “การกระทำทางปกครอง” เสียก่อน

“การกระทำทางปกครอง” หมายถึง “ผลผลิตของการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือตามกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติของฝ่ายปกครอง”^๖ อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะอธิบายถึงความหมายและลักษณะที่สำคัญของการกระทำทางปกครอง สมควรทำความเข้าใจก่อนว่า ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้แสดงออกด้วยการกระทำทางปกครองได้นั้นมีใครบ้าง

นิติรัฐ (La justice administrative au service de l'Etat de droit) , เมื่อวันอังคารที่ ๖ ธันวาคม ๒๐๑๒ : แปลสรุปและเรียบเรียงโดยนางสาวปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์ พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนงานวิชาการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด (๑๕ มีนาคม ๒๕๕๘)

^๔ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Abbé Olivier (CE, 19 février 1909 เสรีภาพในการนับถือศาสนา (la liberté de culte))

^๕ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Benjamin (CE, 19 mai 1933 เสรีภาพในการชุมนุม (la liberté de réunion))

^๖ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (๒๕๕๘). หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง: เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชา น. ๕๖๕ การกระทำทางปกครองและความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง. โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. ๔.

๓.๑ ความหมายของฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๓ แล้ว จะเห็นได้ว่า ฝ่ายปกครอง หมายถึงทั้งหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ (หรือองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง) รวมกัน

(๑) หน่วยงานทางปกครอง มีดังนี้

(ก) ส่วนราชการ ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง ได้แก่ ราชการส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม) ราชการส่วนภูมิภาค (จังหวัดและอำเภอ) ราชการส่วนท้องถิ่น (กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล)

(ข) รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

(ค) หน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ หน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่หน่วยงานตาม (ก) และ (ข) (คือ ไม่ใช่ส่วนราชการ) เช่น มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ สำนักงานคณะกรรมการกำกับตลาดหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หน่วยงานอิสระของรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการของศาลต่างๆ หน่วยธุรการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระหรือหน่วยธุรการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เช่น สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร และสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา เป็นต้น

(ง) องค์กรเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ได้แก่ รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเอกชน องค์กรวิชาชีพต่างๆ สถานตรวจสภาพรถยนต์เอกชน (ตรอ.) เป็นต้น

(๒) เจ้าหน้าที่ของรัฐ (หรือองค์กรของรัฐ) มีดังนี้

(ก) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

(ข) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่มีผลกระทำต่อบุคคล

(ค) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (ก) หรือ (ข)

๓.๒ การกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองที่เป็นผลผลิตของการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือตามกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติของฝ่ายปกครอง แยกออกได้เป็น นิติกรรมทางปกครอง และ นิติเหตุทางปกครอง (หรือปฏิบัติการทางปกครอง)^๗

^๗ อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ ๖, น. ๑๘-๒๔.

๓.๒.๑ นิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง หมายถึง “การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์การเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่า ตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลคนนั้นหรือบุคคลคณะนั้น โดยที่บุคคลคนนั้นหรือบุคคลคณะนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม”^{๙๘}

จากความหมายข้างต้น นิติกรรมทางปกครองจึงเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเพื่อให้ปรากฏต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่ง โดยเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครอง กับ บุคคลหรือคณะบุคคลที่รับการแสดงเจตนา นั้น การแสดงเจตนาเพื่อสร้างนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง โดยที่บุคคลหรือคณะบุคคลที่เป็นคู่กรณีไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม ในระบบกฎหมายไทย นิติกรรมทางปกครอง จึงได้แก่ “กฎ”^{๙๙} และ “คำสั่งทางปกครอง”^{๑๐๐}

๓.๒.๒ นิติเหตุทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครอง (administrative real act)

นิติเหตุทางปกครอง หรือ ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง “การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์การเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมือนกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามของหน่วยงานดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้นไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง”^{๑๐๑} ลักษณะที่สำคัญของปฏิบัติการทางปกครอง ก็คือ ฝ่ายปกครองไม่มีเจตนาจะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ขึ้นกับบุคคลหรือคณะบุคคล การกระทำนั้นจึงอาจเป็นเพียงการกระทำในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครอง แต่หากเกิดความเสียหายแก่บุคคลหรือคณะบุคคลใด สิทธิของผู้เสียหายในอันที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากฝ่ายปกครองและหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย หาได้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองไม่ หากแต่เกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมายโดยตรง^{๑๐๒}

^{๙๘} เรื่องเดียวกัน, น. ๑๘.

^{๙๙} ความหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งได้ให้คำนิยามไว้ว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

^{๑๐๐} พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๕ “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(๑) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(๒) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

^{๑๐๑} อ้างแล้ว เชนอรรถที่ ๗, น. ๒๓.

^{๑๐๒} เรื่องเดียวกัน, น. ๒๔.

๔. การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครอง

ในการควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการตามอำเภอใจ การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้จะมีผลในทางปฏิบัติ ก็แต่โดยการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้^{๑๓} โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

๔.๑ ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่กำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนเองต่อกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายที่ตนเองตราขึ้น^{๑๔} ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดในการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง^{๑๕} หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงประกอบด้วยหลักการย่อย ๒ หลักการ คือ “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ประการหนึ่ง และ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อีกประการหนึ่ง^{๑๖}

๔.๒ องค์ประกอบของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

๔.๒.๑ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนเองต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง^{๑๗} กฎหมายจึงเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น นอกจากกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจกระทำของฝ่ายปกครองแล้ว กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดดังกล่าว มีดังนี้^{๑๘}

(๑) พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับในเวลาที่ยังฝ่ายปกครองกระทำการ

แม้ฝ่ายปกครองจะอ้างว่าตนได้ใช้อำนาจทางปกครองเพื่อกระทำการภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งโดยชอบก็ตาม ก็หาได้มีความหมายเลยไปว่า การกระทำนั้นของตนเองยังคงชอบด้วยกฎหมายอยู่ แม้จะปรากฏว่าเป็นการขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับในเวลาที่ยังฝ่ายปกครองกระทำการแต่อย่างใด

ในคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๓๐๖/๒๕๔๔ สภาประจำสถาบันราชภัฏมหาสารคาม ได้ออกระเบียบสภาประจำสถาบันราชภัฏมหาสารคาม ว่าด้วยการประกันอุบัติเหตุ พ.ศ. ๒๕๔๕ ข้อ ๗.๑ แม้เนื้อหา

^{๑๓} วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (๒๕๕๔), กฎหมายปกครอง: ภาคทั่วไป. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, น. ๔๗.

^{๑๔} เรื่องเดียวกัน, น. ๔๗.

^{๑๕} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (๒๕๔๓). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐.

กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, น. ๗๒-๗๓.

^{๑๖} อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ ๑๓, น. ๔๗.

^{๑๗} เรื่องเดียวกัน, น. ๔๘.

^{๑๘} อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ ๑๕, น. ๗๘-๑๑๐.

ของระเบียบข้อนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือและคุ้มครองนักศึกษาผู้ที่ประสบอุบัติเหตุ ซึ่งเป็นนโยบายหนึ่งของสภาประจำสถาบันราชภัฏมหาสารคามในส่วนของบริหารจัดการและสวัสดิการแก่นักศึกษา แต่เนื่องจากเนื้อหาข้อ ๗.๑ ดังกล่าวได้กำหนดให้นักศึกษาทุกคนต้องทำประกันอุบัติเหตุก่อนจึงจะทำการลงทะเบียนเรียนได้ ศาลปกครองสูงสุด จึงวินิจฉัยว่า การกำหนดเนื้อหาเช่นนี้ขัดต่อหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเพื่อทำนิติกรรมตามมาตรา ๑๔๙^{๑๙} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ระเบียบ ข้อ ๗.๑ ดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ

(๒) รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการทางปกครองของฝ่ายปกครอง ก็คือ บรรดาบทบัญญัติทั้งหลายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรและหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย หลักรัฐธรรมนูญที่สำคัญ ได้แก่

ก. หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ ถือเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ หลักนี้บังคับให้ผู้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ โดยมีหลักการย่อยดังนี้^{๒๐}

๑) หลักความสัมฤทธิ์ผล เรียกร้องว่า ในบรรดามาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับประชาชน ฝ่ายปกครองต้องใช้วิจรรย์ญาณเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปเท่านั้น มาตรการใดที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักดังกล่าว^{๒๑}

ในคดี “มัคคุเทศก์” ศาลปกครองสูงสุดได้เคยนำหลักความสัมฤทธิ์ผลมาเป็นเหตุผลหนึ่งในการยืนยันถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยแต่เดิมนั้น ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์จะต้องเป็นผู้ที่ผ่านการฝึกอบรมวิชาการมัคคุเทศก์ตามหลักสูตรที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์รับรอง ต่อมาการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยและนายกรัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ออกกฎกระทรวงซึ่งกำหนดให้มัคคุเทศก์ผู้ที่มีใบอนุญาตแล้ว ต้องเข้ารับการอบรมวิชามัคคุเทศก์ตามหลักสูตร ระยะเวลา และในสถานฝึกอบรมที่คณะกรรมการฯ กำหนด คือ ต้องเข้ารับการอบรมทุกๆ ๒ ปี บทบัญญัตินี้เป็นการบังคับให้มัคคุเทศก์ต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้น อาจถูกนายทะเบียนสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ได้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กฎกระทรวงพิพาทดังกล่าวเป็นกฎกระทรวงที่มีลักษณะเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นเรื่องที่มาตรา ๕๐ วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐^{๒๒} ยินยอมให้กระทำได้ และ

^{๑๙} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๙ บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”

^{๒๐} อ่างแล้ว เชียงอรรถที่ ๒, น. ๕๒.

^{๒๑} เรื่องเดียวกัน, น. ๕๒.

^{๒๒} มาตรา ๕๐ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง

การกำหนดให้มีคชเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมยังเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายสัมฤทธิ์ผล โดยที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มีคชเทศก์ได้รับความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อันจะเป็นผลดีต่อภาพพจน์ด้านอุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ ในขณะที่มีคชเทศก์จะมีภาระเพิ่มขึ้นเพียงแต่ในแง่ของการต้องเข้ารับการฝึกอบรมและต้องเสียค่าใช้จ่ายทุก ๆ ๒ ปี เท่านั้น (คดีหมายเลขแดงที่ พ. ๑๕/๒๕๔๕)

๒) หลักความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลายๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยหลักสัมฤทธิ์ผล ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนน้อยที่สุด^{๒๓}

ในคดี “ขอให้จับกุมและกักขังผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร” ผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียนต่อผู้อำนวยการเขตหลักสี่ให้ดำเนินคดีกับ นาย อ. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) และนาง พ. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓) กรณีตัดแปลงอาคารพักอาศัย ๓ ชั้น โดยมีได้รับอนุญาตเป็นสถานที่เก็บสินค้าเพื่อพาณิชย์กรรมหรือทางการค้าอันเป็นความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร สำนักงานเขตหลักสี่จึงได้มีคำสั่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นให้ระงับการก่อสร้างอาคาร คำสั่งห้ามใช้หรือเข้าไปในส่วนใดๆ ของบริเวณอาคาร คำสั่งให้รื้อถอนอาคารและคำสั่งให้ระงับการใช้อาคารดังกล่าวแล้ว แต่ไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ดำเนินการรื้อถอนอาคารส่วนที่ตัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร) ดำเนินการร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง จนกว่าจะมีการรื้อถอนอาคารตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑)^{๒๔} แห่ง

การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

^{๒๓} อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ ๖, น. ๕๔.

^{๒๔} มาตรา ๔๓ ถ้าไม่มีการรื้อถอนอาคารตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 42 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจ ดังต่อไปนี้

(๑) ยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล นับแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามมาตรา 42 ได้ล่วงพ้นไป ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 42 โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

(๒) ดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เอง โดยจะต้องปิดประกาศกำหนดการรื้อถอนไว้ในบริเวณนั้นแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร ผู้ควบคุมงาน และผู้ดำเนินการจะต้องร่วมกันเสียค่าใช้จ่ายในการนั้น เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย

ในการดำเนินการรื้อถอนอาคารตามวรรคหนึ่ง เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือผู้ซึ่งดำเนินการแทนเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่พฤติการณ์แล้ว บุคคลตามวรรคหนึ่งจะเรียกร้องค่าเสียหายจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือผู้ซึ่งดำเนินการแทนเจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่ได้

วัสดุก่อสร้างที่ถูกรื้อถอนและสิ่งของที่ขนออกจากอาคารส่วนที่มีการรื้อถอน ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจยึดและเก็บรักษาไว้หรือขายและถือเงินไว้แทนได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง และถ้าเจ้าของมิได้เรียกเอาทรัพย์สินหรือเงินนั้นคืนภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการรื้อถอน ให้ทรัพย์สินหรือเงินนั้นตกเป็นของราชการส่วนท้องถิ่นนั้นเพื่อนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนอาคารตามพระราชบัญญัตินี้”

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ โดยยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาล นับแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้ตาม มาตรา ๔๒^{๒๕} แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ล่วงพ้นไปแล้ว

ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับดุลพินิจตัดสินใจในการเลือกใช้มาตรการของฝ่ายปกครองที่มี มากกว่าหนึ่งมาตรการเช่นนี้ ศาลปกครองสูงสุด ได้คำนึงถึงหลักความจำเป็น และเห็นว่า การที่เจ้าพนักงาน ท้องถิ่นยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติตาม คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งให้รื้อถอนอาคารเพื่อให้บุคคลดังกล่าวยินยอมรื้อถอนอาคารนั้น มีผลเป็นการ จำกัดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้รับคำสั่ง มากกว่า การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่น ดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารโดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นเอง ดังนั้น เมื่อยังไม่ปรากฏว่ามีพฤติการณ์ใด ที่บ่งชี้ให้เห็นว่า การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง (คือ การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นดำเนินการหรือจัดให้มีการ รื้อถอนอาคารโดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นเอง) ไม่อาจดำเนินการได้โดยแน่แท้ ศาลปกครองจึงไม่ชอบที่จะกำหนด คำบังคับโดยสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (กรุงเทพมหานคร) ยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขอให้ศาล มีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้ (คดีหมายเลขแดงที่ อ.๙๙/๒๕๕๕)

๓) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กำหนดว่า แม้ฝ่ายปกครองจะใช้ มาตรการซึ่งสอดคล้องกับหลักสัมฤทธิ์ผลและหลักความจำเป็นก็ตาม ฝ่ายปกครองก็ต้องคำนึงถึงดุลยพ ะหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนและ/หรือสังคมโดยส่วนรวม กับ ประโยชน์มหาชนที่จะพึงได้รับจาก มาตรการนั้นด้วย หากมาตรการนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลคู่กรณีหรือสังคมโดยส่วนรวม มากกว่า ประโยชน์มหาชนที่จะได้รับแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจบังคับใช้มาตรการดังกล่าวได้

ในคดี “การฝังไมโครชิปให้สุนัข” กรุงเทพมหานคร ได้ออกข้อบัญญัติ กรุงเทพมหานคร เรื่อง การควบคุมการเลี้ยงหรือปล่อยสุนัข พ.ศ. ๒๕๔๘ โดยได้กำหนดนิยามคำว่า “เจ้าของ สุนัข” หมายความว่า ผู้ให้อาหารสุนัขจรจัดเป็นประจำด้วย โดยเจ้าของสุนัขมีหน้าที่จดทะเบียนสุนัขเพื่อ กำหนดรายละเอียดรูปพรรณสัณฐานและรหัสไมโครชิปพร้อมจัดทำบัตรประจำตัวของสุนัข หากไม่ปฏิบัติตาม จะมีความผิดและได้รับโทษปรับ ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า การตราข้อบัญญัติดังกล่าวเป็นมาตรการในการ ควบคุมและแก้ไขพฤติกรรมผู้เลี้ยงสุนัขให้มีความรับผิดชอบต่อสุนัขที่ตนเลี้ยงและสังคม อันเป็นการแก้ไข ปัญหาที่ต้นเหตุ และแม้ว่าจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการเลี้ยงสุนัขของผู้ฟ้องคดีก็ตาม แต่เมื่อชั่งน้ำหนัก ผลกระทบและความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ กับ ผลประโยชน์ของสาธารณะที่ต้องสูญเสียแล้ว ความเสียหายที่ ผู้ฟ้องคดีได้รับ *เบาบางกว่า* ความเสียหายของประโยชน์สาธารณะ กรณีจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อควบคุม การเลี้ยงหรือปล่อยสุนัขแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม เฉพาะแต่บทนิยามของคำว่า “เจ้าของสุนัข” ที่ให้รวมถึง ผู้ครอบครองสุนัขหรือผู้ให้อาหารสุนัขเป็นประจำ มีผลทำให้ประชาชนที่เพียงแต่ให้อาหารแก่สุนัขจรจัดเป็น ประจำด้วยความเมตตาต้องมีภาระหน้าที่ในการพาสุนัขจรจัดไปฝังไมโครชิปและจดทะเบียนสุนัข มิเช่นนั้นอาจทำให้บุคคลนั้นกระทำผิดกฎหมาย ถือเป็น การสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับ ประชาชนเกินสมควร จึงให้เพิกถอนนิยาม “เจ้าของสุนัข” ที่ให้หมายความรวมถึงผู้ให้อาหารสุนัขเป็น ประจำ (คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๗๔๖/๒๕๕๖)

^{๒๕} มาตรา ๔๒ ถ้าการกระทำตามมาตรา ๔๐ เป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ หรือเจ้าของ อาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๑ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้อง ไม่น้อยกว่าสามสิบวัน โดยให้ดำเนินการรื้อถอนตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตาม มาตรา ๘ (๑๑) หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามมาตรา ๙ หรือมาตรา ๑๐

ในคดี “ปรับปรุงเส้นทางการเดินรถประจำทาง” คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง มีมติให้มีการปรับปรุงเส้นทางการเดินรถประจำทาง ซึ่งมีผลเป็นการอนุญาตให้ผู้ประกอบการขนส่งประจำทางรายอื่นเดินรถทับเส้นทางที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตบางส่วน แต่เมื่อเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ของประชาชนที่จะสามารถเดินทางระหว่างจังหวัดได้โดยไม่ต้องต่อรถ กับ ผลกระทบต่อรายได้ของผู้ฟ้องคดีในเส้นทางการเดินรถที่ทับซ้อนที่ลดลงแล้ว ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า ประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักมากกว่า ความเสียหายของผู้ฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554)

ข. หลักความเสมอภาค ก็คือ สิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน โดยองค์กรต่างๆ ของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองด้วย ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติที่ผิดแผกไปจากหลักที่ว่านี้ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค^{๒๖}

ในคดี “อัยการรุกรายพิการ” นายความผู้หนึ่งซึ่งมีรูปกายพิการได้สมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการอัยการ และคณะกรรมการอัยการมีมติไม่รับสมัคร ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการอัยการรับฟังความเห็นของคณะกรรมการแพทย์ โดยที่มิได้พิจารณาถึง “ความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงาน” ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งมีอาชีพทนายความและได้เคยปฏิบัติงานในห้องพิจารณาคดี ยืนยันถามและถามค้ำนพยานในศาลโดยไม่เคยขออภิสิทธิ์กรณีใดเป็นพิเศษ จึงไม่มีเหตุผลหนักแน่นควรแก่การรับฟังว่าการที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการ (เดินขาเกแผลก กล้ามเนื้อแขนขาซ้ายทั้งสองข้าง กระดูกสันหลังคด) จะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของคณะกรรมการอัยการ จึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในทางสภาพร่างกาย อันขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ (คดีหมายเลขแดงที่ อ.๑๔๒/๒๕๔๗)

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุด ได้เคยมีคำพิพากษาว่า การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาถือเป็นเหตุพิเศษ ตามมาตรา ๕๐^{๒๗} แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่จะให้ได้รับสิทธิคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๓๗๙/๒๕๕๐) แต่ในกรณี การรับบุคคลเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญโดยวิธีการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขันในบางสาขาหรือบางระดับการศึกษา เช่น ผู้มีวุฒิปริญญาเอก ปริญญาวิศวกรรม แพทย์ศาสตร์ วิทยาศาสตร์ทางรังสีเทคนิค ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะผู้สำเร็จการศึกษาดังกล่าวมีจำนวนไม่มาก ไม่สนใจจะเข้ารับราชการ และเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๕๖/๒๕๕๐) เหตุผลที่ต้องมีการเลือกปฏิบัติเช่นนี้มาจากการคำนึงถึงประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ กรณีนี้แม้จะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ใช่การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

(๓) กฎหมายประเพณี

กฎหมายประเพณี ได้แก่ แนวปฏิบัติในเรื่องหนึ่งเรื่องใดซึ่งได้รับการประเพณีและปฏิบัติตามอย่างสม่ำเสมอและติดต่อกันมาช้านาน โดยสาธารณชนเกิดความรู้อีกว่ากันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตาม^{๒๘} ในระบบกฎหมายไทย การสร้างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนที่รัฐมนตรีจะออกกฎกระทรวงโดยถือปฏิบัติดังกล่าวตลอดมา ถือได้ว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีกำหนดให้

^{๒๖} อ้างแล้ว เชนงรรถที่ ๖, น. ๕๘.

^{๒๗} มาตรา ๕๐ ในกรณีที่มีเหตุพิเศษที่ ก.พ. เห็นว่าไม่จำเป็นต้องดำเนินการสอบแข่งขัน ผู้มีอำนาจตามมาตรา ๕๐ อาจคัดเลือกบรรจุบุคคลเข้ารับราชการ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งได้ ทั้งนี้ ตามกรณี หลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด

^{๒๘} อ้างแล้ว เชนงรรถที่ ๖, น. ๖๑.

กฎกระทรวงจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี การฟ้องขอให้แก้ไขหรือเพิกถอนกฎกระทรวง จึงเป็นการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา ๑๑ (๒) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ (คดีหมายเลขแดงที่ พ.๑๒/๒๕๔๖)

(๔) หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศ ทั้งระบบ หลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับตรงกันในระบบกฎหมายไทย ได้แก่ หลักความเป็นกลาง และ หลักการฟังความอีกฝ่าย

ในคดีหมายเลขแดงที่ อ.๗๐๖/๒๕๕๗ นาย ส. เป็นประธานกรรมการการสอบสวนวินัย ผู้ฟ้องคดี และต่อมา นาย ส. ก็ได้มาเป็นอนุกรรมการในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ผู้ฟ้องคดีอีก ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า กรณีเป็นเหตุที่มีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางได้ และไม่ปรากฏว่ามี การดำเนินการตามมาตรา ๑๖ วรรคสอง (๑)^{๒๙} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แต่อย่างไร นาย ส. ยังคงเข้าร่วมในการพิจารณาอุทธรณ์ของคณะอนุกรรมการฯ จนมีความเห็นว่าการ ลงโทษไล่ออกผู้ฟ้องคดีออกจากราชการเหมาะสมแล้ว และได้นำเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ (คณะกรรมการข้าราชการส่วนจังหวัด จังหวัดลพบุรี) พิจารณาสั่งการ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ มีมติให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย^{๓๐}

ด้วยเหตุที่หลักความเป็นกลางเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น แม้กรณีที่ไม่อยู่ในบังคับของ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หลักความเป็นกลางก็ยังคงมีผลบังคับในฐานะ หลักกฎหมายทั่วไป ดังปรากฏในคดี “คำสั่งย้ายผู้อำนวยการโรงเรียนโดยไม่เป็นกลาง”

คดีนี้เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการย้ายข้าราชการเพื่อแก้ไขปัญหาในทางบริหารบางประการ คำสั่งย้ายข้าราชการไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งอื่นที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความเสียหายแก่ ผู้ฟ้องคดีอย่างมีนัยสำคัญ แม้ไม่ต้องทำการพิจารณาภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ก็ตาม ศาลปกครองสูงสุด ก็เห็นว่า การปฏิบัติราชการทางปกครองในทุกเรื่องต้องใช้ วิธีพิจารณาที่เป็นธรรม โดยคำนึงถึงความยุติธรรมเป็นหลักและต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางอันเป็น

^{๒๙} มาตรา ๑๖ ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓ เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการใน คณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

(๑) ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตน ขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบแล้วแต่กรณี

(๒) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้นั้นมีเหตุดังกล่าว หากผู้นั้นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น ผู้นั้นจะทำการพิจารณา เรื่องต่อไปก็ได้แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(๓) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่ง หรือมีมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณี ว่าผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๔ วรรคสอง และมาตรา ๑๕ วรรคสองวรรคสาม และวรรคสี่มาใช้บังคับโดยอนุโลม

^{๓๐} แต่อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีกระทำความผิดจริง กระบวนการลงโทษเป็นไปโดย ชอบแม้ขั้นตอนการวินิจฉัยอุทธรณ์จะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม นอกจากนี้ หากศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนคำ วินิจฉัยอุทธรณ์และให้มีการดำเนินการพิจารณาอุทธรณ์ใหม่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ก็ไม่อาจวินิจฉัยอุทธรณ์ให้มีผลเป็นการ เปลี่ยนแปลงความผิดของผู้ฟ้องคดีได้ ดังนั้น กรณีจึงไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาให้เพิกถอนมติของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ดังกล่าว เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ พิจารณามีมติใหม่แต่อย่างไร ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย

หลักกฎหมายปกครองทั่วไป ที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเข้ามาพิจารณาเรื่องและออกหรือร่วมออกคำวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นว่า เรื่องของตนจะได้รับการพิจารณาโดยเจ้าหน้าที่ที่ปราศจากอคติและความลำเอียง ดังนั้น เมื่อความปรากฏว่า นาย อ. มีตำแหน่งเป็นอนุกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ประจำเขตพื้นที่การศึกษา กาญจนบุรี เขต ๒ (อ.ก.ค.ศ.ชั่วคราว) และได้เข้าร่วมพิจารณาเพื่อมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้อำนวยการสถานศึกษาแห่งหนึ่งด้วย คณะอนุกรรมการที่เข้าประชุมในวันดังกล่าวทุกรายได้รับเอกสารแสดงเหตุผลประกอบการพิจารณาย้ายผู้อำนวยการสถานศึกษาแห่งนั้นเป็นกรณีพิเศษในวันประชุมดังกล่าวแล้ว ย่อมต้องทราบว่า ผู้ถูกย้ายมาสลับตำแหน่งกับผู้ฟ้องคดี คือ นาย อ. ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาเรื่องดังกล่าว แต่ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่านาย อ. ได้แจ้งให้ประธานทราบหรือได้มีการบันทึกไว้ว่า นาย อ. ได้ออกจากที่ประชุมในวาระที่มีการพิจารณาเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้เสีย และการพิจารณาได้ดำเนินการต่อไปจน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาชั่วคราวมีมติเห็นชอบ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (ผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา กาญจนบุรี เขต ๒) ได้ออกคำสั่งแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีไปรักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการสถานศึกษาโรงเรียนห้วยกระเจาพิทยาคม สลับกับนาย อ. การพิจารณาเพื่อมีคำสั่งดังกล่าวถือได้ว่ามีความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คดีหมายเลขแดงที่ อ.๗๓๑/๒๕๕๕)

หลักฟังความอีกฝ่ายหรือหลักฟังความทั้งสองฝ่าย ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในคดี “การจำหน่ายชื่อบุคคลออกจากฐานข้อมูลทางทะเบียนบ้านโดยไม่มีการรับฟัง” ในคดีนี้ นายอำเภอแม่เมาะมีประกาศจำหน่ายชื่อและรายการบุคคล (ราษฎรชาวแม่เมาะ จำนวน ๑,๒๔๓ คน) ออกจากฐานข้อมูลทางทะเบียนบ้านโดยที่ไม่ได้มีการร้องขอ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ประกาศดังกล่าวเกิดจากดุลพินิจของนายอำเภออันถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน ตามมาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง^{๓๑} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เมื่อมิได้มีการดำเนินการดังกล่าว กรณีจึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครองและขัดต่อหลักการฟังความสองฝ่าย (คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๑๗/๒๕๕๘) และการที่ผู้อำนวยการเขตจำหน่ายชื่อและรายการบุคคลของผู้ฟ้องคดีออกจากทะเบียนบ้านโดยเห็นว่าเป็นบุคคลที่มีชื่อในทะเบียนบ้านโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนเกี่ยวกับการทะเบียนราษฎร ศาลปกครองสูงสุดก็วินิจฉัยวางหลักว่า กรณีที่นายทะเบียนจะสั่งจำหน่ายชื่อและรายการบุคคลของบุคคลใดออกจากทะเบียนบ้านได้ กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการสอบสวนพยานหลักฐาน

^{๓๑} มาตรา ๓๐ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น
(๑) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(๒) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(๓) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(๔) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(๕) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(๖) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

ก่อน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล และเนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเครื่องมือที่ใช้เป็นหลักประกันหรือพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยสั่งการในเรื่องใดที่อาจกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใด ฝ่ายปกครองต้องให้โอกาสบุคคลนั้นโต้แย้งชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานของตนตามหลักการมีสิทธิในการปกป้องตนเองของประชาชน อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักหนึ่งซึ่งถือเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงก่อนที่จะใช้อำนาจทางปกครอง การที่นายทะเบียนได้จำหน่ายชื่อของผู้ฟ้องคดีออกจากทะเบียนบ้านโดยไม่ได้สอบสวนหรือให้โอกาสผู้ฟ้องคดีในการโต้แย้งหรือแสดงพยานหลักฐานก่อนนั้น ทำให้กระบวนการในการสั่งจำหน่ายชื่อดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ อันเป็นขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งเป็นสาระสำคัญในการประกันสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๗๔/๒๕๕๕)

(๕) กฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรอง โดยตัวมันเอง ก็มีสถานะเป็นการกระทำทางปกครองในรูปของ “กฎ” ด้วย ดังนั้น ตราบไต่ที่กฎกระทรวงและประกาศของกระทรวงยังบังคับใช้อยู่ ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องผูกพันตามกฎเกณฑ์ที่ตนกำหนดขึ้น ดังตัวอย่างที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ในคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๗๒/๒๕๕๐

ในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิจัดการศึกษาตาม มาตรา ๔๑ และมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. ๒๕๔๖ แต่จะต้องจัดให้มีการประเมินความพร้อมในการจัดการศึกษาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นก่อนตามที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการประเมินความพร้อมในการจัดการศึกษาขั้นพื้นฐานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๗ ข้อ ๓ ข้อ ๔ ข้อ ๕ และข้อ ๖ และตามประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการเงื่อนไข ตัวชี้วัด และระดับคุณภาพในการประเมินความพร้อมในการ จัดการศึกษาขั้นพื้นฐานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๗ แม้คณะรัฐมนตรีจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน แต่การบริหารราชการของคณะรัฐมนตรีต้องเป็นไปตามกฎหมาย หากคณะรัฐมนตรีเห็นว่า หลักเกณฑ์ และเงื่อนไข วิธีการประเมินความพร้อมในการจัดการศึกษา ขั้นพื้นฐานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ คณะรัฐมนตรีก็ต้องดำเนินการยกเลิกหรือแก้ไขกฎกระทรวงหรือประกาศดังกล่าว เพื่อให้ปัญหาเกี่ยวกับการถ่ายโอนอำนาจในการจัดการศึกษาให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ข้อยุติก่อน ดังนั้น ตราบไต่ที่กฎกระทรวงและประกาศของกระทรวงศึกษาธิการดังกล่าวยังมีผลใช้บังคับอยู่ ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐจะต้องผูกพันตามกฎเกณฑ์ที่ตนได้กำหนดขึ้นตามหลักกฎหมายทั่วไป การที่คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๔๗ ให้ชะลอการถ่ายโอนสถานศึกษา ย่อมเป็นผลให้กฎกระทรวงและประกาศที่ออกมาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่มีผลใช้บังคับ และเกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลหัวดง) ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (เลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ที่ ๑) ที่ให้ชะลอการถ่ายโอนสถานศึกษาให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว จึงเป็นกฎที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาพิจิตร เขต ๑) ไม่ดำเนินการจัดให้มีการประเมินความพร้อมของผู้ฟ้องคดีในการจัดการศึกษาขั้นพื้นฐานโดยปฏิบัติตามหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

๔.๒.๒ หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น^{๓๒} การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่ง แสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ^{๓๓} โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำที่เป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น กฎหมายที่เป็นฐาน ในการใช้อำนาจดังกล่าวต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เมื่อพิจารณาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และการปกครองในระบอบรัฐสภา กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของการใช้อำนาจกระทำการทางปกครอง ไม่ว่าจะ เป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครอง ในระบบกฎหมายไทย จึงได้แก่ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติ (พระราชกำหนด) เท่านั้น^{๓๔}

ในคดีหมายเลขแดงที่ พ. ๔๐/๒๕๔๙ ศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า มาตรา ๑๗ (๒๙) และ (๓๐) แห่งพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. ๒๕๒๗ มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ไว้ กว้างๆ โดยมาตรา ๑๗ (๒๙) เป็นหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดหรือที่คณะกรรมการ มอบหมาย ส่วนมาตรา ๑๗ (๓๐) เป็นหน้าที่ในการกำหนดระเบียบอื่นใดเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งขอบเขตของบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ต้องแปลความโดยคำนึงถึงหน้าที่อื่น ๆ ที่ได้ระบุมาในลำดับก่อน และอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยการนั้นด้วย ไม่อาจแปลความว่ามีหน้าที่กระทำการในเรื่องใดๆ โดยปราศจากขอบเขต การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการอ้อยและน้ำตาล) ได้อ้างอำนาจตามมาตรา ๑๗ (๒๙) และ (๓๐) ออกระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาล ฉบับที่ ๒ พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดี (บรรดา โรงงานน้ำตาล) มีหน้าที่หักเงินจากราคาอ้อยของชาวไร้อ้อยและนำส่งกองทุนเพื่อชำระหนี้ให้ ธกส. และ กำหนดความรับผิดชอบของผู้ฟ้องคดีไว้ในกรณีไม่ปฏิบัติตาม ทั้งๆ ที่ ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดกำหนดให้เป็นภาระ หรือหน้าที่ของโรงงานให้ต้องหักเงินเพื่อชำระหนี้โดยที่โรงงานไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใดๆ กับการกู้เงินนั้น จึงเป็น การออกระเบียบโดยไม่มีอำนาจ

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุด ยังได้วินิจฉัยไว้ในคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๔๕/๒๕๕๒ ว่า การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือ หน้าที่ของบุคคลได้จะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง องค์การบริหารส่วนตำบลไม่อาจอาศัย อำนาจหน้าที่ทั่วไปในการคุ้มครองดูแลรักษาทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ตามมาตรา ๖๘ (๘) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ และ ข้อ ๕ (๒) ของระเบียบ กระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๔ รวมทั้งคำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ ๑๒/๒๕๔๓ ลงวันที่ ๑๘ มกราคม ๒๕๔๓ ในการออกคำสั่งให้ เอกชนรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างใดๆ ออกจากที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินได้ ประกอบกับประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๔๔ ลงวันที่ ๑๑ มกราคม ๒๕๐๒ ได้ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีหน้าที่ดูแลรักษาสาธารณสมบัติ ของแผ่นดิน ดำเนินการขจัดความไม่เรียบร้อย โดยการแจ้งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครอง ขนหรือย้ายสิ่งที่ได้มี การติดตั้งหรือวางหรือทอดทิ้งไปให้พ้นทางสัญจรของประชาชน หรือในที่ซึ่งประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน เฉพาะในเขตกรุงเทพมหานคร และในเขตเทศบาลเท่านั้น เมื่อกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ให้อำนาจองค์การบริหาร

^{๓๒} อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑๓, น. ๕๐.

^{๓๓} เรื่องเดียวกัน, น. ๕๐.

^{๓๔} อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑๕, น. ๗๓.

ส่วนตำบลในการออกคำสั่งให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกจากที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ไว้โดยชัดแจ้งองค์การบริหารส่วนตำบลจึงไม่มีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าว

๕. สรุป

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญของการปกครองโดยกฎหมาย กำหนดให้การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายและในกรณีที่เป็นกรกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชน จะกระทำการนั้นได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งเท่านั้น ภายใต้การปกครองโดยกฎหมายนี้ กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดในการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง หลักประกันหนึ่งที่สำคัญที่จะทำให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ก็คือ การจัดให้มีระบบการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการที่มีประสิทธิภาพ คำวินิจฉัยของศาลปกครองจึงมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งที่จะทำให้หลักการปกครองโดยกฎหมายเกิดผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง
