



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล  
(Individual Study)

## ศาลปกครองกับการดำรงหลักนิติธรรม

จัดทำโดย นายวรพจน์ วิศรุตพิชญ์

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๕  
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# ศาลปกครองกับการดำรงหลักนิติธรรม

นายวรพจน์ วิชาญพิชญ์<sup>1</sup>

## บทคัดย่อ

หลักการที่ว่า การใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยขัดแย้งหรือโดยปริยาย จะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และเพียงเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น เป็นแก่นสาระของหลักนิติธรรม บทบาทของศาลปกครองในการผดุงหลักการดังกล่าวปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัดในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้วแต่กรณี ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐออกกฎ คำสั่งหรือกระทำการอื่นใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือห้ามกระทำการนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และหรือพิพากษาหรือมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเยียวยาความเสียหายให้แก่ตน โดยสั่งให้ใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

**คำสำคัญ** หน่วยงานทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ อำนาจทางปกครอง การปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์

<sup>1</sup> รองประธานศาลปกครองสูงสุด, ศาสตราจารย์พิเศษ ในสาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

## ความเบื้องต้น

ศาลปกครองจะผดุงไว้ซึ่งหลักนิติธรรมได้ ก็เฉพาะแต่ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลเท่านั้น และโดยที่หลักนิติธรรมมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการปลึกย้อยหลายหลักการ การวิเคราะห์บทบาทของศาลปกครองในการดำรงหลักนิติธรรมจึงสมควรกล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองเป็นลำดับแรก (ส่วนที่หนึ่ง) ความหมายและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมในลำดับถัดมา (ส่วนที่สอง) และการผดุงหลักนิติธรรมโดยศาลปกครองเป็นลำดับสุดท้าย (ส่วนที่สาม)

## ส่วนที่หนึ่ง อำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง

การศึกษาอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองสมควรเริ่มต้นจากการตั้งข้อสังเกตว่า ศาลปกครองเป็นศาลที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติให้จัดตั้งขึ้นเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “คดีปกครอง” แม้จะเป็นความจริงว่า กฎหมายได้บัญญัติให้คดีบางเรื่องที่มีใช้คดีปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองด้วย แต่ “แก่นสาระ” ของอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองก็คือ การพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง หากมีคดีอื่นอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองบ้าง นั่นก็คงเป็นแต่เพียงข้อยกเว้นเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ที่ว่าแก่นสาระของอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองคือการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองทุกเรื่อง มีคดีปกครองหลายเรื่องเช่นกันที่กฎหมายห้ามมิให้ศาลปกครองรับไว้พิจารณาพิพากษา เนื่องจากเหตุผลทางนโยบายบางประการ

จากข้อสังเกตข้างต้น จะเห็นได้ว่าการศึกษาอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองจึงได้แก่การศึกษาเพื่อแสวงหาคำตอบปัญหา ๓ ปัญหา ดังต่อไปนี้

- คดีปกครองคืออะไร และมีลักษณะสำคัญอย่างไรบ้าง (ความหมายและลักษณะของคดีปกครอง)
- คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองมีกี่ประเภท อะไรบ้าง (ประเภทของคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง) และ
- คดีปกครองเรื่องใดบ้างที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คดีปกครองที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง)

### ๑. ความหมายและลักษณะของคดีปกครอง

คำว่า “คดีปกครอง” นั้นไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดบัญญัติให้คำนิยามไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณา มาตรา ๒๗๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๒๒๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ที่บัญญัติให้มีศาลปกครองและกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองไว้ มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และบทนิยาม ของ “หน่วยงานทางปกครอง” และ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ”

ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ประกอบกับการพิจารณาเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวโดยตลอดแล้ว พอลงให้คำนิยามของคำว่า “คดีปกครอง” ได้ว่า “คดีปกครอง หมายความว่า คดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครอง ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง”

จากคำนิยามข้างต้น จะเห็นได้ว่าคดีปกครองเป็นคดีพิพาทที่มีลักษณะสำคัญ ๒ ประการ คือ ประการแรก คดีปกครองเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน และ

ประการที่สอง คดีปกครองเป็นคดีพิพาทที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทใดประเภทหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ

- การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น

- การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และ

- สัญญาทางปกครอง

ต่อไปนี้จะขยายความลักษณะของคดีปกครองทั้งสองประการโดยสังเขป

### ๑.๑ คดีปกครองเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน

ลักษณะประการแรกของคดีปกครองนี้แสดงให้เห็นได้อยู่ในตัวว่า คดีพิพาทคดีใดคดีหนึ่งจะเป็นคดีปกครองได้ ก็ต่อเมื่อมีคู่กรณี (คู่ความ) อย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ส่วนคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะเป็นเอกชนก็ได้หรือเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นก็ได้ ในกรณีที่เป็นเอกชน เอกชนนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ อนึ่ง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณีอาจเป็นคู่กรณีฝ่าย “ผู้ฟ้องคดี” หรือ ฝ่าย “ผู้ถูกฟ้องคดี” ก็ได้

ปัญหามีว่า “หน่วยงานทางปกครอง” และ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่าอย่างไร

#### ๑.๑.๑ ความหมายของ “หน่วยงานทางปกครอง”

มาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติให้คำนิยาม “หน่วยงานทางปกครอง” ไว้ว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ

และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง”

ตามบทนิยามดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองจึงได้แก่ หน่วยงาน ๔ ประเภทดังต่อไปนี้ คือ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือโดยพระราชกฤษฎีกา หน่วยงานอื่นของรัฐ และหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง

ก. หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

- พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ได้จัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินโดยแบ่งออกเป็น ๓ ส่วน คือ ระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค และระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

- หน่วยงานในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ได้แก่ สำนักนายกรัฐมนตรี (มีฐานะเป็นกระทรวง) กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัดหรือไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง

- หน่วยงานในระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด อำเภอ และ

- หน่วยงานในระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ได้แก่ บรรดาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ เป็นต้นว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา ฯลฯ

ข. รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

ในระบบกฎหมายไทย รัฐวิสาหกิจที่มีสภาพเป็นนิติบุคคลมี ๓ ประเภท คือ รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นในรูปของบริษัท จำกัด หรือบริษัท จำกัด (มหาชน) เฉพาะแต่รัฐวิสาหกิจสองประเภทแรกเท่านั้นที่กฎหมายให้ถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง รัฐวิสาหกิจประเภทสุดท้ายโดยหลักแล้วไม่ถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง

ค. หน่วยงานอื่นของรัฐ

หน่วยงานอื่นของรัฐในที่นี้ย่อมหมายถึงหน่วยงานของรัฐทั้งหลายที่มีใช้หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน หรือรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หน่วยงานอื่นของรัฐตามนัยนี้แยกออกได้เป็น ๒ ประเภท ได้แก่

- หน่วยงานอื่นของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี เช่น องค์การมหาชน มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ องค์การส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ฯลฯ และ

- หน่วยงานอิสระของรัฐ ซึ่งได้แก่บรรดาหน่วยงานของรัฐที่ไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลอย่างใด ๆ ของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร เช่น สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงาน กกต. สำนักงานคณะกรรมการ ปปช. สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงาน กสทช. สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

ง. หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

หน่วยงานเหล่านี้แท้ที่จริงแล้วเป็นองค์การเอกชน แต่เป็นองค์การเอกชนที่กฎหมายหรือกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง (กิจการบริการสาธารณะ) เช่น สภานายความ แพทยสภา บริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด สถาบันการศึกษาเอกชน

เฉพาะแต่ในกรณีที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองตามที่ได้รับมอบหมายเท่านั้นที่องค์การเอกชนเหล่านี้เป็นหน่วยงานทางปกครอง

### ๑.๑.๒ ความหมายของ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ”

มาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติให้คำนิยาม “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ไว้ว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

(๑) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคลหรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

(๒) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ

(๓) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (๑) หรือ (๒)”

- ตาม (๑) ข้าราชการ หมายถึงทั้งข้าราชการการประจำประเภทต่าง ๆ และข้าราชการการเมือง พนักงานมีตัวอย่างเช่น พนักงานเทศบาล พนักงานตำบล พนักงานรัฐวิสาหกิจ (ที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา) พนักงานมหาวิทยาลัย ฯลฯ ลูกจ้างมีตัวอย่างเช่น ลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราวในส่วนราชการ ฯลฯ คณะบุคคลที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครองมีตัวอย่างเช่น สภามหาวิทยาลัยของมหาวิทยาลัยที่เป็นส่วนราชการหรือในกำกับของรัฐสภาท้องถิ่น ฯลฯ ส่วนผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครองมีตัวอย่างเช่น ผู้บริหารท้องถิ่น

- ตาม (๒) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท หมายถึงคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย (บทนิยามของ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒) เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๒ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ส่วนคณะกรรมการในที่นี้เป็นคำที่มุ่งหมายให้หมายถึงคณะบุคคลซึ่งกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ส่วนจะมีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า คณะกรรมการหรือไม่ ไม่ใช่ข้อสาระสำคัญ เช่น กต. กศป. กพ. กตร. กกต. ปปช. กสทช. คณะรัฐมนตรี ฯลฯ

- ตาม (๓) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง มีตัวอย่างเช่น พนักงานรักษาความปลอดภัย พนักงานทำความสะอาดซึ่งเป็นลูกจ้างของเอกชน

ที่หน่วยงานทางปกครองจ้างมารักษาความปลอดภัยหรือทำความสะอาดที่ทำการของหน่วยงานทางปกครอง โดยในระหว่างปฏิบัติหน้าที่พนักงานดังกล่าวจะอยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง ส่วนบุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (๑) หรือ (๒) มีตัวอย่างเช่น ราษฎรที่ถูกนายอำเภออาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช ๒๔๕๗ เกณฑ์มาช่วยขุดลอกทางน้ำสาธารณะ ซึ่งในระหว่างเวลาที่ดำเนินการดังกล่าวราษฎรจะอยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของนายอำเภอ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (๑)

**๑.๒ คดีปกครองเป็นคดีพิพาทที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ๓ ประเภท คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครอง การที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และสัญญาทางปกครอง**

การกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทหนึ่งซึ่งได้แก่การใช้อำนาจทางปกครองนั้น มีข้อที่จะต้องทำความเข้าใจกันว่า “อำนาจทางปกครอง” หมายถึงอำนาจใด

อาจกล่าวได้ในเบื้องต้นว่า อำนาจทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจทางบริหารของรัฐและอำนาจทางบริหารของรัฐแท้ที่จริงแล้วก็คืออำนาจรัฐที่ใช้กระทำการต่าง ๆ ที่มีใช้การนิติบัญญัติ (การตรากฎหมาย) หรือการตุลาการ (การพิพากษาพิพากษาอรรถคดี) ดังนั้น คดีพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการจึงไม่ใช่คดีปกครอง

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณากันให้ถ่องแท้แล้วจะพบต่อไปว่า อำนาจทางบริหารของรัฐซึ่งได้กล่าวแล้วว่าเป็นอำนาจรัฐที่ใช้กระทำการต่าง ๆ ที่มีใช้การนิติบัญญัติหรือการตุลาการนั้น ยังแยกออกได้เป็น ๒ ประเภทคือ อำนาจทางบริหารที่มี “แหล่งที่มา” จากรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งอาจเรียกสั้น ๆ ว่า “อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญ” และอำนาจทางบริหารที่มี “แหล่งที่มา” จากกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด) ซึ่งอาจเรียกสั้น ๆ ว่า “อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย”

อำนาจทางปกครอง คือ อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจทางปกครอง โดยอำนาจทางบริหารตามกฎหมายที่ใช้โดยประมุขของรัฐ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ในทางตำราเรียกว่า “อำนาจทางรัฐบาล” และผลผลิตของการใช้อำนาจดังกล่าวเรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล”

คณะบุคคลหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางบริหารบางคณะหรือบางคน เช่น คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี ฯลฯ บางกรณีก็ใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย บางกรณีก็ใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย ไม่ถือว่าคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยบทนิยาม “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และคดีพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายของคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีไม่ใช่คดีปกครอง เฉพาะแต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายเท่านั้น ที่จะถือว่าคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ”

ตามนัยบทนิยาม “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว และคดีพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายของคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีอาจเป็นคดีปกครองได้

อนึ่ง สมควรระลึกไว้ด้วยว่าอำนาจทางบริหารตามกฎหมายก็ใช้ว่าจะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเสียทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะในทางตำราและทางปฏิบัติ อำนาจกระทำการตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ถือว่าเป็นอำนาจทางปกครอง แต่เป็น “อำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา” หรือ “อำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง” แล้วแต่กรณี และคดีพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรือกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งดังกล่าวก็ไม่ใช่คดีปกครองเช่นกัน

หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองตามความหมายข้างต้นกระทำการได้ ๓ ลักษณะคือ ออกกฎ ออกคำวินิจฉัยสั่งการ ซึ่งอาจเป็นคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นก็ได้ และกระทำการอื่นที่มีใช้การออกกฎหรือออกคำวินิจฉัยสั่งการ เป็นต้นว่า การรื้อถอนอาคารของบุคคลที่ก่อสร้างหรือดัดแปลงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องตามกฎหมายได้

สำหรับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรนั้น มีข้อที่จะต้องทำความเข้าใจเช่นกันว่า “หน้าที่ทางปกครอง” หมายถึงหน้าที่ใดบ้าง

คำว่า “หน้าที่ทางปกครอง” มีความหมายกว้าง กล่าวคือ นอกจากจะหมายความถึงหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นแล้ว ยังหมายความรวมถึงหน้าที่ที่จะต้องจัดทำกิจกรรมตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้านต่าง ๆ ตามที่กฎหมายหรือกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายมอบหมายให้จัดทำ โดยการจัดทำกิจกรรมตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เรียกว่า “การดำเนินกิจการทางปกครอง” บ้าง (ดูบทนิยาม “หน่วยงานทางปกครอง”) เรียกว่า “การจัดทำบริการสาธารณะ” บ้าง (ดูบทนิยาม “สัญญาทางปกครอง”) และโดยที่การดำเนินกิจการทางปกครองหรือการจัดทำบริการสาธารณะจำต้องใช้ทรัพย์สินเป็นเครื่องมือในการจัดทำ ดังนั้น การดูแลรักษาทรัพย์สินที่ต้องใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะจึงถือได้ว่าเป็นหน้าที่ทางปกครองด้วย

การการละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จึงได้แก่การละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ประการใดประการหนึ่งข้างต้นล่าช้าเกินสมควรนั่นเอง กล่าวคือ อาจเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีกฎหมายมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำวินิจฉัยสั่งการ หรือกระทำการอื่น ไม่ใช่อำนาจทางปกครองกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางปกครองกระทำการดังกล่าวล่าช้ากว่าเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือล่าช้าเกินสมควร หรืออาจเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกฎหมายมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครองหรืออีกนัยหนึ่งก็คือจัดทำบริการสาธารณะไม่จัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมายหรือจัดทำบกพร่อง หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดูแลรักษาทรัพย์สินที่จำต้องใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำ



บริการสาธารณสุขให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้โดยไม่เป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้ใช้บริการหรืออื่น

ส่วนสัญญาทางปกครองนั้น มาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติให้คำนิยามไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณสุข หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

คำนิยามของ “สัญญาทางปกครอง” ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองทำกับบุคคลอื่นและเป็นสัญญาทางปกครองนั้นมีทั้งที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ และสัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนด

สัญญาทางปกครองโดยสภาพคือ สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ไม่อาจพบได้ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน เนื่องจากเป็นสัญญาที่เอกชนไม่อาจทำกับเอกชนด้วยกันให้มีผลบังคับกันได้โดยสมบูรณ์ คือไม่ตกเป็นโมฆะได้ เช่น สัญญาซื้อขายอาวุธสงคราม สัญญาจ้างผลิตอาวุธสงคราม ฯลฯ หากเอกชนทำสัญญาเหล่านี้กับสัญญาย่อมเป็นโมฆะ

ส่วนสัญญาทางปกครองที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองทำกับบุคคลอื่นและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณสุข สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาที่ให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

- สัญญาสัมปทานในที่นี้หมายถึงสัญญาสัมปทานบริการสาธารณสุข กล่าวคือ เป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณสุขทำกับบุคคลอื่นและมีข้อกำหนดให้บุคคลอื่นเข้ามาจัดทำบริการสาธารณสุขแทนตนหรือร่วมกับตน โดยบุคคลอื่นที่เป็นคู่สัญญาจะได้ค่าตอบแทนการจัดทำบริการสาธารณสุขจากค่าบริการที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการสาธารณสุขนั้น ตามอัตราที่หน่วยงานทางปกครองกำหนด เช่น สัญญาระหว่าง ข.ส.ม.ก. กับเจ้าของรถร่วมบริการ

- สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณสุข คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณสุขจ้างบุคคลอื่นทำบริการสาธารณสุขแทนตนหรือร่วมกับตน เช่น สัญญาที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจ้างเอกซเรย์และหรือกำจัดมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล

- สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่สร้างหรือซ่อมบำรุงสิ่งสาธารณูปโภคจ้างบุคคลอื่นสร้างหรือซ่อมบำรุงสิ่งสาธารณูปโภค โดยสิ่งสาธารณูปโภคหมายถึงอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นบริการสาธารณสุขหรือที่หน่วยงานทางปกครองใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณสุขที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน เช่น ถนน สะพาน เขื่อน อ่างเก็บน้ำ อาคารเรียน อาคารโรงพยาบาล ฯลฯ

- สัญญาที่ให้แสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาและบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้าแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาและบริหารจัดการของตน โดยผู้รับอนุญาตตกลงจะแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้ส่วนหนึ่งให้แก่หน่วยงานทางปกครองเป็นการตอบแทน

## ๒. ประเภทของคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

เมื่อพิจารณามาตรา ๙ วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยตลอดแล้ว จะเห็นได้ว่าคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแบ่งออกเป็น ๖ ประเภท ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง คดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แล้วแต่กรณีใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือห้ามการกระทำนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน (มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒)

ประเภทที่สอง คดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลกำหนด (มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๒) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒)

ประเภทที่สาม คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนโดยสั่งให้ใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ (มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒)

ประเภทที่สี่ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นคดีที่คู่สัญญาทางปกครองฝ่ายหนึ่งฟ้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้รับผิดชอบตามสัญญาดังกล่าว และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ (มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒)

ประเภทที่ห้า คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด และมีคำขอให้ศาลปกครองสั่งให้บุคคลนั้นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย (มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๕) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๕) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒) เช่น คดีที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลออกหมายจับผู้รับคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งให้รื้อถอนอาคารแต่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งมาชั่งไว้ จนกว่าจะมีการรื้อถอนอาคารให้ถูกต้องครบถ้วนตามคำสั่ง

ประเภทที่หก คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เช่น คดีที่ร้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนหรือบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาด

ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติให้ยื่นคำร้องดังกล่าวต่อศาลปกครอง

คดีประเภทที่หนึ่งถึงประเภทที่ห้าเป็นคดีปกครองโดยแท้ แต่คดีประเภทที่หกนี้อาจไม่ใช่คดีปกครองโดยแท้ แต่เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีปกครองโดยแท้ (ตามตัวอย่างที่ยกมาแสดงไว้ข้างต้น เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง) กฎหมายจึงได้บัญญัติให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

### ๓. คดีปกครองที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คดีปกครองที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เนื่องจากกฎหมายห้ามมิให้ศาลปกครองรับไว้พิจารณาพิพากษาด้วยเหตุผลทางนิตินโยบายบางประการมีตัวอย่างเช่น

- มาตรา ๙ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า “เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(๑) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(๒) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการ

(๓) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นอุทธรณ์”

- มาตรา ๑๖ แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการแผ่นดินในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๔๘ บัญญัติว่า “ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ ไม่อยู่ในบังคับของ...และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

- มาตรา ๒๓ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๕๑ บัญญัติว่า “การดำเนินคดีใดๆ อันเนื่องมาจากข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามหมวดนี้ (หมวด ๒ ภารกิจการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร) ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม”

## ส่วนที่สอง

### ความหมายและสาระสำคัญของหลักนิติธรรม

ทุกท่านทราบกันดีอยู่แล้วว่า ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข<sup>2</sup>

<sup>2</sup> คำว่า “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เป็นคำที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ซึ่งน่าจะต้องมีการทำความเข้าใจหรือมีการทำวิจัยในเรื่องนี้ไว้บ้างว่าการปกครองระบอบนี้มีองค์ประกอบก็ประการ ๑-๒-๓ มิฉะนั้นจะไม่สามารถทราบได้ว่า กรณีที่บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ หากไม่ทราบว่ากรปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมีความหมายว่าอย่างไร หรือมีสาระสำคัญว่าอย่างไร ก็จะไม่สามารถวินิจฉัยได้ว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่

เมื่อวันที่ ๒๔ มิถุนายน ๒๔๗๕ ตั้งแต่เวลานั้นเป็นต้นมา การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ละฉบับก็ได้รับแรงบันดาลใจจากรัฐธรรมนูญตะวันตก (รัฐธรรมนูญของประเทศในภาคพื้นยุโรป และสหรัฐอเมริกา) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตาม “ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม” (Constitutionalism)

ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมนี้สะท้อนออกมาให้เราเห็นในปฏิญญา (คำประกาศ) ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. ๑๗๘๙ ของชาวฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา ๒ และมาตรา ๑๖ ของปฏิญญาดังกล่าว โดยมาตรา ๒ ของปฏิญญาดังกล่าวประกาศว่า “ความมุ่งหมายของสังคมการเมืองทั้งปวง ได้แก่ การปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ และมีอาจพรางไปจากมนุษย์ได้ สิทธิดังกล่าว ได้แก่ เสรีภาพ สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย และสิทธิในการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง” และมาตรา ๑๖ ของปฏิญญาดังกล่าวประกาศว่า “สังคมใดไม่มีการประกันสิทธิและเสรีภาพ ทั้งไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” คำว่า “สังคม” ในมาตรา ๑๖ คือ สังคมการเมืองในมาตรา ๒ ซึ่งแท้ที่จริงแล้วก็คือ รัฐ นั่นเอง

กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม เป็นรัฐธรรมนูญที่จำกัดอำนาจของผู้ปกครอง (ผู้ใช้อำนาจรัฐ) เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกปกครอง (ราษฎร) ในปัจจุบันนี้นิยมเรียกรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้ว่า “รัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย” และเรียกรัฐหรือประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้ว่า “รัฐเสรีประชาธิปไตย”

สมควรตั้งข้อสังเกตไว้ในที่นี้ด้วยว่า รัฐทุกรัฐต้องมีรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ต้องมีกฎหมายที่จัดระเบียบการใช้อำนาจรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งคือกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรของรัฐเพื่อให้ใช้อำนาจรัฐ กำหนดกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเป็นองค์กรของรัฐ กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐกับราษฎร แต่เฉพาะรัฐธรรมนูญของบางรัฐเท่านั้นที่เป็นรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยหรือรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม

รัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยหรือรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมนี้ วางอยู่บนพื้นฐานของหลักการสำคัญ ๒ หลัก คือ หลักกฎหมายเป็นใหญ่ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ หลักการปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ (Government of Laws, not of men) ซึ่งเรียกว่า “หลักนิติรัฐ” (Legal State Principle) บ้าง หรือ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) บ้าง กับ “หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย” (Democratic Principle)<sup>3</sup> หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยทั้งสองหลักดังกล่าว มีความสัมพันธ์กันอย่างแนบแน่น ถึงขนาดที่คณะผู้จัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. ๑๙๔๙ เห็นว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงจะมีขึ้นและดำรงอยู่อย่างยั่งยืนไม่ได้โดยปราศจากหลักนิติรัฐ และเฉพาะแต่รัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น จึงจะควรค่าแก่การเรียกว่านิติรัฐ”<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Christian STARCK (ed), ๑๙๙๑, Introduction, in New Challenges to the German Basic Law, Baden – Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. ๒๓.

<sup>4</sup> Michel FROMONT, ๑๙๗๗, Alfred Rieg (sous la direction de), Introduction au Droit allemand, Tome ๒, Droit public – Droit pénal, Paris, Editions Cujas, p. ๑๓.

## ๑. ภูมิหลังทางปรัชญาของหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม เป็นผลิตผลของปรัชญาว่าด้วยสถานะของมนุษย์ในสังคม และความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับสังคมที่ตนอยู่อาศัยลัทธิหนึ่ง เรียกว่า “ลัทธิปัจเจกชนนิยม” หรือ “ปัจเจกบุคคลนิยม” (Individualism)<sup>5</sup>

ลัทธิปัจเจกบุคคลนิยมนี้ มีคำสอนโดยสรุปว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมาามีเกียรติภูมิหรือศักดิ์ศรี (Dignity) เกียรติภูมิหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ซึ่งเป็นนามธรรม จะแสดงหรือปรากฏออกมาให้เห็นกันอย่างเป็นรูปธรรม ในรูปของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนา (Self - Determination) และมนุษย์แต่ละคนจะมีความสามารถเช่นว่านี้ได้อย่างแท้จริง ก็ต่อเมื่อแต่ละคนมี “แดนแห่งเสรีภาพ” (Sphere of Individual Liberty – Zone of Individual Autonomy) ภายในแดนแห่งเสรีภาพนี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใด ๆ ก็ได้โดยอิสระ ปลอดจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปลอดจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐหรือผู้ปกครอง อนึ่ง มนุษย์แต่ละคนจะมีสิ่งที่เรียกว่า “แดนแห่งเสรีภาพ” ของตนเองได้ก็ต่อเมื่อเขามีสิทธิและเสรีภาพในเรื่องต่าง ๆ ในการดำเนินชีวิตส่วนตัวและชีวิตทางสังคม

ตามคำสอนของลัทธิปัจเจกบุคคลนิยม รัฐหรือสังคมการเมืองดำรงอยู่เพื่อประโยชน์ของมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจลดฐานะของมนุษย์ลงให้เป็นเพียงเครื่องมือที่รัฐจะใช้ทำอะไรก็ได้เพื่อความอยู่รอดของรัฐ<sup>6</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐมิได้มีคุณค่าในตัวเอง แต่จะมีคุณค่าขึ้นมาก็ต่อเมื่อได้เคารพและปกป้องรักษา ตลอดจนส่งเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่เป็นราษฎรเท่านั้น รัฐใดที่ไม่ได้ทำหน้าที่เช่นว่านี้รัฐนั้นก็ไร้ค่า รัฐใดทำหน้าที่นี้ขาดตกบกพร่อง คุณค่าของรัฐนั้นก็ด้อยลง

## ๒. สารสำคัญของหลักนิติธรรม

ภูมิหลังทางปรัชญาของหลักนิติธรรมข้างต้น นำมาสู่สาระสำคัญประการที่หนึ่งของหลักนิติธรรม คือ รัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นโดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรมย่อมจะมีบทบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในเรื่องต่าง ๆ แก่ปัจเจกบุคคลที่เป็นราษฎรของรัฐ เพื่อให้ปัจเจกบุคคลแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นพัฒนาตนเองทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจ อันจะยังผลให้แต่ละคนดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างมีเกียรติภูมิหรืออย่างสมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่เป็นราษฎรของรัฐนี้ คือสิ่งที่ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Bill of Rights นั่นเอง และโดยที่รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายพื้นฐานของรัฐ (Basic or Fundamental Law of the Land) จึงนิยมเรียกศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพบรรดาที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความ

<sup>5</sup> Christian STARCK, ob.cit, p. ๑๕.

<sup>6</sup> Eckart KLEIN, ๑๙๘๓, “The Concept of the Basic Law”, in Christain STARCK (ed), *Main Principles of the German Basic Law*, Baden – Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. ๑๖.

คุ้มครองแก่ราษฎรของรัฐไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (Basic or Fundamental Rights and Liberties) หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic or Fundamental Rights)

เมื่อพิจารณาจากอาการที่บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพแล้ว เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลที่เป็นราษฎรของรัฐออกได้เป็น ๒ ประเภท คือ สิทธิและเสรีภาพในทางความคิด (Freedom of Thought) ซึ่งถ้าเป็นความคิดเกี่ยวกับความดี ความชั่ว ความถูก ความผิด ก็เรียกว่าสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Freedom of Conscience) กับ สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Freedom of Action) คือสิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเคลื่อนไหว ส่วนต่าง ๆ ของร่างกายตามที่ได้คิดและตกลงใจไว้

โดยสภาพแล้ว การใช้สิทธิหรือเสรีภาพในทางความคิดหรือในมโนธรรม เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายในจิตใจของผู้ทรงสิทธิหรือเสรีภาพเหล่านี้ ไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นหรือสังคม ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ไว้อย่างบริบูรณ์ (Absolute) คือ โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ เช่น มาตรา ๓๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ บัญญัติรับรองเสรีภาพในการถือศาสนาซึ่งเป็นเสรีภาพทางความคิดไว้อย่างบริบูรณ์ ความว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา...” และในการใช้เสรีภาพนี้ “บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมิควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา...แตกต่างจากบุคคลอื่น”

แต่การใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำนั้น เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในโลกภายนอกจิตใจของผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ เมื่อมีการเคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายจึงอาจมีผลกระทบต่อบุคคลอื่นหรือความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวมได้เสมอ รัฐธรรมนูญจึงมิได้รับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการกระทำไว้อย่างบริบูรณ์เหมือนดังเช่นสิทธิและเสรีภาพในทางความคิดหรือในมโนธรรม แต่จะรับรองไว้อย่างมีเงื่อนไข มีข้อจำกัด หรือมีข้อสงวนเสมอ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่รัฐในอันที่จะจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของราษฎร ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของราษฎร โดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการบางอย่าง หรือห้ามมิให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้บุคคลคนหนึ่งใช้สิทธิหรือเสรีภาพของตนกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ๆ หรือกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ปัญหาจึงเกิดขึ้นมาว่า ทำอย่างไรราษฎรจึงจะมั่นใจได้ว่า องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของตนโดยชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรม จะไม่ใช่อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการกระทำของตนตามอำเภอใจ คำตอบของปัญหานี้ นำมาสู่สาระสำคัญประการที่สองของหลักนิติธรรม

เพื่อเป็นหลักประกันแก่ราษฎรว่าองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะไม่ใช้อำนาจรัฐจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของราษฎรตามอำเภอใจ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่า องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรคนใดคนหนึ่งได้ ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและเพียงเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น หลักประกันเช่นนี้พบได้ในมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งบัญญัติไว้ด้วยถ้อยคำเดียวกันว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...” และหากได้อ่านบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่ละมาตราที่บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของบุคคลไว้ จะสังเกตเห็นได้ว่า บทบัญญัติเหล่านั้นจะมีข้อความแยกออกเป็นสองวรรคเป็นอย่างน้อย โดยวรรคหนึ่งจะบัญญัติว่าบุคคลย่อมมีสิทธิหรือมีเสรีภาพในเรื่องนั้นเรื่องนี้ ส่วนวรรคสองจะบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือถ้อยคำอย่างอื่นที่มีความหมายในทำนองเดียวกัน ตัวอย่างเช่น

- มาตรา ๓๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และมาตรา ๓๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร” ในวรรคสองว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...”

- มาตรา ๓๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และมาตรา ๓๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย” ในวรรคสองว่า “การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้ง การกระทำด้วยประการอันใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลาย ที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...”

ความในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ที่ได้ยกมาแสดงข้างต้น แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญ ถือว่า โดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการต่าง ๆ ได้ตามใจปรารถนาของตน การจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป ดังความตอนหนึ่งในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่ว่า “การรับรอง ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยให้ชัดเจนและครอบคลุมอย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น โดยถือว่าการมีสิทธิเสรีภาพเป็นหลัก การจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น” องค์การต่าง ๆ ของรัฐจะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยการบังคับให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือห้ามมิให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ ก็เฉพาะแต่ในกรณีเดียวเท่านั้น นั่นคือในกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง<sup>7</sup> ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกล่าวกันว่า ในรัฐที่ยึดมั่นในหลักนิติธรรมนั้น ผู้ปกครองที่แท้จริงคือกฎหมาย ไม่ใช่มนุษย์ (Government of Laws, not of men) ผู้ใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งสูงต่ำอย่างไรก็ตาม ก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นเพียงผู้รับใช้กฎหมาย มีหน้าที่ดำเนินการปกครองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ดังคำกล่าวที่ว่า “Be you never so high, the law is above you.”<sup>8</sup> ดังนั้น ก่อนที่จะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยการบังคับให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือห้ามมิให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง องค์การต่าง ๆ ของรัฐ

<sup>7</sup> F.A. HAYEK, Freedom and the Rule of Law, The Listener, December ๒๗ ๑๙๕๖, p. ๑๐๖๗.

<sup>8</sup> Thomas FULLER, (๑๖๐๘-๑๖๖๑), quoted [๑๙๗๑] ๑ ALLER at ๗๑๘ อ้างโดย J.W. BRIDGE ใน “Be you never so high, the law is above you”. Recent Developments in English Public Law with some American comparisons, Anglo – American Law Review, ๑๙๗๙.

จะต้องตรวจสอบว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบทใดให้อำนาจตนกระทำการเช่นว่านี้หรือไม่ หากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ ให้อำนาจไว้ ก็ชอบที่จะละความตั้งใจที่จะกระทำการนั้นเสีย มิฉะนั้นการกระทำนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๗๒๐/๒๕๐๕, คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๓๘๓/๒๕๒๖, และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๔/๒๕๔๓) แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ จะมีได้มีบทบัญญัติไว้เป็นการทั่วไปว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ทำนองเดียวกับที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙ แต่เมื่อได้อ่านบทบัญญัติในหมวด ๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่รับรองสิทธิหรือเสรีภาพต่าง ๆ ไว้ เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมิได้ล้มเลิกหลักที่ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” แต่อย่างใด

นอกจากนั้น กฎหมายที่จะเป็นผู้ปกครองรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งคือกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ยังต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวโดยเฉพาะกฎหมายต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม ต้องมีความแน่นอนชัดเจน ต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปในทางที่เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายต่อบุคคล และต้องไม่ให้อำนาจองค์กรผู้ใช้อำนาจทางบริหารหรือทางตุลาการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็นแก่การรักษาประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ<sup>9</sup> กฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการบัญญัติกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมใช้บังคับไม่ได้ และดังนั้น จึงไม่อาจเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้

เพื่อให้การปกครองโดยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ บุคคลซึ่งถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพจะต้องมีสิทธิโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของตน และมีสิทธิโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของตนได้ ดังนั้น **สาระสำคัญประการที่สามของหลักนิติธรรม** คือ ต้องมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

ถึงตรงนี้ย่อมเห็นกันแล้วว่า อำนาจอธิปไตย (หรืออำนาจอธิปไตย) ในรัฐที่ยึดมั่นในหลักนิติธรรมหรือในรัฐที่มีกฎหมายเป็นผู้ปกครอง ไม่ใช่ประชาชนเป็นผู้ปกครองนั้น ใช้กระทำการได้ ๓ ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง การตรากฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน และให้อำนาจ

<sup>9</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ๒๕๔๓, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐, พิมพ์ครั้งที่ ๒ กรุงเทพฯ : วิทยุชน, หน้า ๑๓๐ - ๑๓๕.



องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่า “การนิติบัญญัติ” (Legislative Function) ประเภทที่สอง การบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่า “การบริหาร” (Executive Function) และประเภทที่สาม การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย และรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งรวมกันแล้วเรียกว่า “การตุลาการ” (Judicial Function) และเป็นที่ทราบหรือตระหนักกันดีอยู่แล้วว่า การปล่อยให้การใช้อำนาจรัฐ กระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ รวมศูนย์อยู่ที่องค์กรของรัฐแต่เพียงองค์กร เดียวนั้น เป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรมากเพียงใด ประวัติศาสตร์ทางการเมือง การปกครองได้แสดงให้เห็นกันอยู่เนือง ๆ ว่า เมื่อใดก็ตามที่การใช้อำนาจรัฐกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ไปรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือบุคคลคณะเดียว ไม่ว่าบุคคลนั้น บุคคลคณะนั้นจะได้อำนาจมาจากการแย่งชิงอำนาจ การแต่งตั้งหรือการเลือกตั้งก็ตาม ราษฎรหรือ พลเมืองจะไม่มีสิทธิและเสรีภาพที่จะคิดและกระทำการต่าง ๆ เพื่อพัฒนาตนเองทั้งในทางกายภาพ และทางจิตใจได้เลย เนื่องจากบุคคลคนนั้นหรือบุคคลคณะนั้นจะมีอำนาจเด็ดขาด (Absolute Power) และดังที่ Lord Acton ได้กล่าวไว้อย่างเป็นอมตะว่า “อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจเลวลง อำนาจเด็ดขาด ยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเลวลงอย่างถึงที่สุด” (Power corrupts, absolute power corrupts absolutely) ทั้งนี้เพราะ “คนเราเมื่อมีอำนาจแล้ว มักจะมัวเมาในอำนาจ และมักจะใช้อำนาจอย่างสุดโต่งเสมอ”

ดังนั้น ในรัฐที่ยึดมั่นในหลักนิติธรรมจึงต้องมีการกระจายการใช้อำนาจรัฐกระทำการทาง นิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้อำนาจแยกต่างหาก จากกัน โดยแต่ละองค์กรไม่ต้องฟังคำบัญชาจากองค์กรอื่น “ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร รวมอยู่ในตัวบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกัน เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าห่วงเกรงว่าบุคคลนั้น หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสองนั้นจะตรากฎหมายที่มีลักษณะกดขี่มาใช้บังคับ และจะใช้บังคับกฎหมายนั้น อย่างกดขี่ ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของประชาชน ก็จะมีความเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสอง เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจที่จะกระทำการบีบคั้นได้ เต็มที่และก็จะไม่มีอะไรเหลือเลย จะสูญสิ้นไปหมด ถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันเป็นผู้ใช้ อำนาจทั้งสาม กฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้บังคับกฎหมายก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ ของผู้ใช้อำนาจ และถ้าใครไม่ทำตามความประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองก็จะไม่สงบ”<sup>10</sup> การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกระทำการทาง นิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ออกจากกันซึ่งเรียกว่า “Separation of Powers” จึงเป็น **สาระสำคัญของหลักการที่สี่ของหลักนิติธรรม** โดยคำว่า Separation of Powers นี้ ควรแปลว่า การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ ไม่ใช่การแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งชวนให้เข้าใจสับสนไปได้ว่า คือการ แบ่งแยกตัวอำนาจรัฐ ทั้งที่อำนาจรัฐเป็นอันหนึ่งอันเดียวไม่อาจแบ่งแยกได้

โดยสรุป หลักนิติธรรมมีสาระสำคัญ ๔ ประการ ประกอบกัน ดังนี้

<sup>10</sup> MONTESQUIEU, L'Esprit des lois, livre XI, Ch.IV., คำแปลเป็นของนายเดือน บุนนาค, การแยกอำนาจ, โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. ๒๔๘๗, หน้า ๘ - ๙.

ประการแรก มีการรับรองและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่เป็นราษฎรของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐานของรัฐ

ประการที่สอง มีการรับรองหรือยืนยันหลักที่ว่า องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และเพียงพอที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น และหลักที่ว่ากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม มีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และ

ประการที่สี่ มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ออกจากกัน โดยให้แต่ละองค์กรทำหน้าที่ของตนอย่างอิสระ

### ๓. หลักการสำคัญที่เกิดจากหลักนิติธรรม

สาระสำคัญของหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย ๔ ประการข้างต้น ก่อให้เกิดหลักการสำคัญ ๔ หลัก ได้แก่

(๑) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

(๒) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

(๓) หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of the Legality Administrative Action) และ

(๔) หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of the Constitutionality Legislation)

โดยองค์กรตุลาการหรือศาลที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนี้ อาจเป็นศาลเดียวกันกับศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งหรือคดีอาญาก็ได้ หรือเป็นศาลชำนาญพิเศษที่จัดตั้งขึ้นเพื่อการนี้โดยเฉพาะก็ได้ แต่ข้อสำคัญคือ ศาลต้องมีอิสระ ๓ มิติด้วยกัน คือ (๑) อิสระจากอิทธิพลภายนอก คือจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร (๒) อิสระจากอิทธิพลภายในองค์กรศาลเอง คือผู้พิพากษาต้องไม่ตกอยู่ในบังคับบัญชาหรือตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของหัวหน้าศาล อธิบดีศาล หรือประธานศาล และ (๓) อิสระจากอคติในจิตใจของผู้พิพากษาหรือตุลาการเอง (Freedom from Bias)

## ส่วนที่สาม

### การผดุงหลักนิติธรรมโดยศาลปกครอง

บทความนี้ ส่วนที่หนึ่ง เรื่อง อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองได้แสดงให้เห็นแล้วว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ๖ ประเภทด้วยกัน โดยในบรรดาคดีทั้ง ๖ ประเภทนั้นมีคดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แล้วแต่กรณี ใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้

ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือห้ามการกระทำนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน กับคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเยียวยาความเสียหายให้แก่ตน โดยสั่งให้ใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ รวมอยู่ด้วย นอกจากนั้น บทความนี้ ส่วนที่สอง เรื่อง ความหมายและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมก็ได้แสดงให้เห็นแล้วเช่นกันว่า สาระสำคัญของหลักนิติธรรม ก่อให้เกิดหลักการสำคัญ ๔ หลัก โดยในบรรดาหลักการสำคัญทั้ง ๔ หลักนั้น มีหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองกับหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาล รวมอยู่ด้วย กรณีจึงเป็นที่ประจักษ์แก่ผู้อ่านแล้วว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือห้ามการกระทำนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเยียวยาความเสียหายให้แก่ตนโดยการสั่งให้ใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ศาลปกครองต้องตรวจสอบและวินิจฉัยว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือห้ามการกระทำนั้น และหรือให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครองมีบทบาทสำคัญในการผดุงไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นแก่นสาระ (Essence) ของหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม หรือหลักการปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ ปัญหาที่ควรทราบกันต่อไปไม่ว่าอะไรคือเหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่น ซึ่งเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติระบุเหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ มีความว่า

“เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

- เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย**เหตุที่หนึ่ง** คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก**กระทำโดยไม่มีอำนาจ**นั้น เกิดขึ้นได้ ๓ กรณีดังต่อไปนี้

**กรณีที่หนึ่ง** หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น โดยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้อำนาจกระทำการเช่นนั้นเลย ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีความหมายว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ อย่างชัดแจ้ง และไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายโดยตรง

**กรณีที่สอง** เป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองแห่งหนึ่ง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น แต่ผู้ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นนั้นกลับเป็นหน่วยงานทางปกครองแห่งอื่นหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น เช่น กฎหมายว่าด้วยสัญชาติบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งถอนสัญชาติไทยของผู้ที่ได้สัญชาติไทยมาโดยการแปลงสัญชาติ แต่ผู้ที่ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว กลับเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือกฎหมายว่าด้วยสถานบริการบัญญัติให้ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการสำหรับในกรุงเทพมหานคร แต่ผู้ที่ออกคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการในเขตกรุงเทพมหานครกลับเป็นผู้ว่าราชการจังหวัดนนทบุรี ฯลฯ

**กรณีที่สาม** เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง พิจารณาเรื่องและออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้เสีย อันเป็นการต้องห้าม ตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ (๑) เป็นคู่กรณีเอง (๒) เป็นคู่หมั้นหรือ คู่สมรสของคู่กรณี (๓) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็น พี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น (๔) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี (๕) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี (๖) การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” หรือต้องห้ามตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า “ในกรณีที่มีเหตุ อื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓ เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจ พิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้น จะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้ ตัวอย่างเช่น

ตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตให้จัดตั้งสถานบริการ เช่น คาราโอเกะ อาบอบนวด ในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานคร คือผู้ว่าราชการจังหวัด ถ้า นาย ก. ดำรงตำแหน่งผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานี และภริยาหรือบุตรของนาย ก. ประสงค์จะจัดตั้ง สถานบริการในเขตจังหวัดปทุมธานี จึงมายื่นคำขอใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการต่อผู้ว่าราชการ จังหวัดปทุมธานี ดังนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานีซึ่งก็คือ นาย ก. ต้องห้ามมิให้พิจารณาคำขอ ใบอนุญาตและออกใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการให้แก่ภริยาหรือบุตรของตนตามมาตรา ๑๓ (๒) หรือ (๓) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แล้วแต่กรณี นาย ก. ต้องให้ เจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้พิจารณาคำขอ ถ้า นาย ก. ในฐานะผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาคำขอและออก ใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการให้ตามคำขอ ใบอนุญาตย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะกระทำโดยไม่มี อำนาจ ทำนองเดียวกัน ถ้า นาย ค. เป็นผู้รับอนุญาตจัดตั้งสถานบริการในเขตจังหวัดปทุมธานีได้ฟ้อง

นาย ก. ผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานีต่อศาลจังหวัดปทุมธานีเป็นคดีอาญา และคดีอยู่ระหว่างพิจารณาของศาล นาย ก. ก็ไม่อาจใช้อำนาจออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการของนายดำได้ ต้องห้ามตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

- เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย**เหตุที่สอง** คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่กฎหมายให้ไว้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนกำหนดว่า ข้าราชการพลเรือนที่กระทำความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง เช่น ทุจริตต่อหน้าที่ กดขี่ข่มเหงหรือดูหมิ่นเหยียดหยามราษฎร มีโทษสองโทษ คือ ปลดออกจากราชการหรือไล่ออกจากราชการ ถ้าผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยออกคำสั่งลงโทษข้าราชการซึ่งกระทำความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงน้อยกว่าการปลดออกจากราชการ เช่น ลงโทษแค่ตัดเงินเดือนร้อยละห้าของเงินเดือนเป็นเวลาสองเดือนหรือลดเงินเดือน ก็ต้องถือว่ากระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือมาตรา ๙๗ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘ บัญญัติว่า ในข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครจะกำหนดโทษผู้ละเมิดไว้ด้วยก็ได้ แต่มิให้กำหนดโทษจำคุกเกินหกเดือน หรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท ถ้าข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครฉบับหนึ่ง บัญญัติห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือบังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และบัญญัติว่าผู้ใดฝ่าฝืนข้อบังคับหรือข้อห้ามดังกล่าวมีโทษจำคุกไม่เกินแปดเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท โทษส่วนที่จำคุกเกินหกเดือน และที่ปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท คือส่วนที่นอกเหนืออำนาจที่จะกำหนดได้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย**เหตุที่สาม** คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เกิดขึ้นได้สองกรณี คือ

กรณีหนึ่ง กฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย เช่น กฎกระทรวงมีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติแม่บทหรือบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอื่น

กรณีที่สอง ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นไม่ได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่ในเวลาที่ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เช่น ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ออกคำสั่งลงโทษข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทางวินัย ทั้งที่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไม่ได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดวินัยแต่อย่างใด

- เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย**เหตุที่สี่**คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น

สำหรับรูปแบบของกฎนั้น โดยปกติทั่วไปแล้วกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือ แต่รูปแบบของคำสั่งทางปกครองมีได้หลายรูปแบบ มาตรา ๓๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้”

คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่น มีตัวอย่างเช่น เครื่องหมายจราจร ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่สื่อความหมายในรูปของสัญลักษณ์ สัญญาณไฟจราจร สัญญาณนกหวีด สัญญาณมือ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่สื่อความหมายในรูปของสัญญาณ (ดูคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๕๖/๒๕๕๕) อย่างไรก็ตาม หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหาได้มีดุลพินิจที่จะเลือกออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งดังที่แจกแจงไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้ตามที่เห็นสมควรไม่ คำสั่งศาลปกครองต้องทำในรูปแบบใด ย่อมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจออกคำสั่งนั้นบัญญัติกำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองที่ทำในรูปแบบอื่นนอกจากรูปแบบที่กฎหมายบัญญัติกำหนดให้ทำ คือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

มีรูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่สำคัญอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งบัญญัติในมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ นั่นคือคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ มาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า ผู้ออกคำสั่งต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย โดยระบุเหตุผลนั้นไว้ในตัวคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้น และเหตุผลที่ต้องระบุนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการให้ดุลพินิจ

- ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ คือข้อเท็จจริงของเรื่องที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้ออกคำสั่งนั้น
- ข้อกฎหมายที่อ้างอิง คือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอ้างเป็นฐานในการออกคำสั่ง และ

- ในกรณีที่อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นอำนาจดุลพินิจ เช่นดุลพินิจในการกำหนดโทษทางวินัยที่จะลงแก่ข้าราชการที่กระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรงซึ่งมีโทษที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกกำหนดได้สามโทษ ได้แก่ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดเงินเดือน ต้องมีข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจในการเลือกโทษที่จะลงแก่ข้าราชการผู้นั้นว่า เหตุใดจึงลงโทษภาคทัณฑ์ เหตุใดจึงลงโทษตัดเงินเดือน หรือเหตุใดจึงลงโทษลดเงินเดือน

เป็นความจริงว่า มาตรา ๓๗ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติข้อยกเว้นไว้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ ในบางกรณีไม่ต้องระบุเหตุผลซึ่งมีสาระสำคัญดังกล่าวข้างต้นไว้ในตัวคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งก็ได้ แต่ถ้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ และไม่เข้ากรณียกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๗ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องระบุเหตุผลในตัวคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่ง หากไม่ระบุเหตุผลไว้ หรือระบุไว้แต่มีสาระสำคัญไม่ครบถ้วน ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

ส่วนขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น คือการทั้งหลายที่กฎหมายกำหนดให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการนั้นต้องกระทำก่อนที่จะออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการนั้น เช่น พระราชบัญญัติฉบับหนึ่งกำหนดให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินั้นเป็นผู้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินั้น แต่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินั้นจะออกกฎกระทรวงมาใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ถ้ารัฐมนตรีออกกฎกระทรวงมาใช้บังคับ

โดยไม่ได้ขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน หรือขอความเห็นชอบแล้วแต่คณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ ก็ต้องถือว่ากฎกระทรวงฉบับนั้นออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ เป็นเหตุให้กฎกระทรวงทั้งฉบับไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมาตรา ๑๑ (๕) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ กำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งข้าราชการซึ่งสังกัดกระทรวงทบวงกรมหนึ่งไปดำรงตำแหน่งของอีกกระทรวงทบวงกรมหนึ่งได้ แต่ถ้าเป็นการแต่งตั้งข้าราชการตั้งแต่อธิบดีขึ้นไป ต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อน ถ้านายกรัฐมนตรีออกคำสั่งแต่งตั้งนาย ก. ซึ่งดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงมหาดไทยไปดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงยุติธรรมโดยปราศจากการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี คำสั่งดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนด

ตัวอย่างของขั้นตอนต่อไปที่จะยกมาแสดงไว้ในที่นี้อีกตัวอย่างหนึ่ง เป็นขั้นตอนสำหรับการออกคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะ คือขั้นตอนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน โดยทั่วไป “คู่กรณี” คือผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่จะออกมาใช้บังคับ เช่น ออกใบอนุญาตให้บุคคล บุคคลที่ได้รับใบอนุญาตคือคู่กรณี ออกคำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัย ข้าราชการที่ถูกลงโทษทางวินัยคือคู่กรณี ออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการหรือพักใช้ใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ ผู้ถือใบอนุญาตที่ถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนคือคู่กรณี กฎหมายบัญญัติว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจจะออกมาใช้บังคับ หากคำสั่งทางปกครองนั้นเมื่อออกมาแล้วจะมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นให้คู่กรณีทราบ และให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งข้อเท็จจริงนั้น และแสดงพยานหลักฐานนั้นสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนก่อน จึงจะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับเขาได้ เช่น ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัดจะออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ หรือเพิกถอนใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการของบุคคลใด ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัดต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้ผู้รับอนุญาตทราบ และให้เขามีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน หลังจากที่ได้กระทำเช่นนี้แล้ว จึงจะออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

- เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย **เหตุที่ห้า** คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” แท้ที่จริงแล้วก็คือ การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่าง ๆ เช่น ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด ซึ่งมาตรา ๓๐ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐกระทำนั้นเอง

“การเลือกปฏิบัติ” คือการใช้ใช้อำนาจรัฐแบ่งบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึง ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อ รัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด แล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทแตกต่างกัน ส่วน “การเลือกปฏิบัติ ที่ไม่เป็นธรรม” หรือ “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม” คือ การใช้ใช้อำนาจรัฐแบ่งบุคคลออกเป็น ประเภทโดยคำนึงถึงเหตุต่าง ๆ ดังกล่าว แล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทต่างกัน **โดยปราศจาก เหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง**

การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นที่มี ลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม มีตัวอย่างเช่น หน่วยงานทางปกครองแห่งหนึ่งออกประกาศ รับสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุแต่งตั้งเป็นข้าราชการหรือพนักงานของรัฐ ตำแหน่งนิติกร โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกไว้ว่า ๑. เป็นผู้มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ ๒. เป็นผู้สำเร็จการศึกษาตั้งแต่ระดับปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ และ ๓. เป็นเพศชาย ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกทั้งสามข้อนี้ ต่างก็มีลักษณะเป็นการ เลือกปฏิบัติต่อบุคคลทั้งสิ้น กล่าวคือ ข้อ ๑. เป็นการแบ่งบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงอายุ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลที่มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์และบุคคลที่มีอายุยังไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์ แตกต่างกัน โดยบุคคลที่มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก แต่บุคคลที่มีอายุยังไม่ครบ สิบแปดปีบริบูรณ์ไม่มีสิทธิสอบคัดเลือก ข้อ ๒. เป็นการแบ่งบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึง การศึกษาอบรม แล้วปฏิบัติต่อบุคคลที่สำเร็จการศึกษาตั้งแต่ระดับปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ และบุคคลที่สำเร็จการศึกษาด้านสาขาวิชาอื่นแตกต่างกัน โดยบุคคลที่สำเร็จการศึกษาตั้งแต่ระดับ ปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก แต่บุคคลที่สำเร็จการศึกษาด้านสาขาวิชาอื่น ไม่มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก ส่วนข้อ ๓. เป็นการแบ่งบุคคลออกเป็นประเภท โดยคำนึงถึงเพศ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลเพศชายและบุคคลเพศหญิงแตกต่างกัน โดยบุคคลเพศชายมีสิทธิสมัครสอบ คัดเลือก แต่บุคคลเพศหญิงไม่มีสิทธิสอบคัดเลือก ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสอบ คัดเลือก ข้อ ๑. ที่ว่าต้องเป็นผู้ที่มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ และข้อ ๒. ที่ว่าต้องเป็นผู้สำเร็จการศึกษา ตั้งแต่ระดับปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ มีเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง จึงไม่มีลักษณะเป็นการ เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แต่ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกข้อ ๓. ที่ว่าต้องเป็นเพศชาย นั้น ปราศจากเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง เนื่องจากไม่อาจอธิบายได้อย่าง สมเหตุสมผลเลยว่า บุคคลเพศหญิง ซึ่งมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์และสำเร็จการศึกษาตั้งแต่ระดับ ปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ มีวุฒิภาวะและความสามารถทางกฎหมายด้อยกว่าบุคคลเพศชาย ซึ่งมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์และสำเร็จการศึกษาตั้งแต่ระดับปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ อย่างไร ดังนั้นจึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

- เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย**เหตุที่หก** คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจ ทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นนั้น **มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือ สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร** เป็นกรณีหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ ออกคำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดที่มีลักษณะเป็นการจำกัดหรือมีผล



กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือต่อเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ซึ่งขัดต่อบทบัญญัติมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ที่บัญญัติว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพเกินความจำเป็นแก่การรักษาประโยชน์สาธารณะที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการนั้น ต้องถือว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น มีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ตัวอย่างเช่น

เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้อาศัยอำนาจตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ สั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงานหรือผู้ดำเนินการ ทำการรื้อถอนอาคารที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน แล้ว ถ้าไม่มีการรื้อถอนอาคารตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น มาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัตินี้บัญญัติให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดังต่อไปนี้ (๑) ยื่นคำขอฝ่ายเดียว โดยทำเป็นคำร้องต่อศาล นับแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามมาตรา ๔๒ ได้ล่วงพ้นไป ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๒ โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม (๒) ดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เองโดยจะต้องปิดประกาศกำหนดการรื้อถอนไว้ในบริเวณนั้นแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร ผู้ควบคุมงานและผู้ดำเนินการ จะต้องร่วมกันเสียค่าใช้จ่ายในการนั้น เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย มาตราการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๒ ตามที่กำหนดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ต่างก็มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายทั้งสิ้น โดยมาตราการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดในมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย และเสรีภาพในการเดินทาง และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรของบุคคล ซึ่งมาตรา ๓๒ และมาตรา ๓๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้ ส่วนมาตราการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดในมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๒) มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่มาตรา ๔๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองไว้ การวินิจฉัยและตัดสินใจใช้มาตราการบังคับทางปกครองดังกล่าวจึงอยู่ในบังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖ ซึ่งบัญญัติว่า การใช้อำนาจโดยองค์กร

ของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ มาตรา ๒๗ ซึ่งบัญญัติว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และเมื่อได้พิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วย่อมเห็นได้ชัดว่า การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งให้รื้อถอนอาคาร เพื่อให้บุคคลดังกล่าวยินยอมรื้อถอนอาคารตามคำสั่ง โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้รับคำสั่งมากกว่าการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารโดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นเองตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะใช้หรือศาลปกครองจะกำหนดคำสั่งให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นใช้มาตรการบังคับทางปกครองมาตรการแรกได้ก็ต่อเมื่อปรากฏชัดตั้งแต่ในเบื้องต้นว่า มาตรการบังคับทางปกครองมาตรการที่สองไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองที่สั่งให้บุคคลรื้อถอนอาคารได้โดยแน่แท้เท่านั้น เมื่อยังไม่ปรากฏว่ามีพฤติการณ์ใด ๆ ที่บ่งชี้ให้เห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ใช้หรือการที่ศาลปกครองจะกำหนดคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ใช้มาตรการบังคับทางปกครองมาตรการที่สองไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ รื้อถอนอาคาร เลขที่ ๑๒/๕๔ หมู่ที่ ๖ ซอยชินเขต ๑/๑๔ ถนนงามวงศ์วาน แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร และคำสั่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ รื้อถอนอาคาร เลขที่ ๑๒/๕๕ หมู่ที่ ๖ ซอยชินเขต ๑/๑๔ ถนนงามวงศ์วาน แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร ได้โดยแน่แท้ ศาลปกครองจึงไม่ชอบที่จะกำหนดคำสั่งโดยสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ตามคำขอของผู้ฟ้องคดี (ดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๙/๒๕๕๕)

หลักที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว ไม่ว่าจะความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะเป็นความผิดและโทษทางอาญา ความผิดและโทษทางปกครอง หรือความผิดและโทษทางวินัยก็ตาม นอกจากนั้น การลงโทษบุคคลไม่ว่าโทษนั้นจะเป็นโทษทางอาญา โทษทางปกครอง หรือโทษทางวินัย ถือได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลผู้ถูกลงโทษ การลงโทษบุคคลมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับการกระทำความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว

จึงเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย  
เกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิ  
หรือเสรีภาพนั้น ๆ มุ่งหมายจะให้ความคุ้มครอง อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง  
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ด้วย (ดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด  
ที่ อ. ๗/๒๕๕๗)

- เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ  
ไม่ชอบด้วยกฎหมาย**เหตุที่เจ็ด** คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง  
หรือกระทำการอื่นโดย**ไม่สุจริต** และ**เหตุที่แปด** คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ  
ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเป็นการ**ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ** ซึ่งสมควรนำมาอธิบาย  
พร้อม ๆ กัน เพราะมีความเชื่อมโยงกันอยู่ ดังนี้

กฎหมายแต่ละฉบับที่ให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง  
หรือกระทำการอื่น มิได้ให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น  
เพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายอะไรก็ได้ **แต่ให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อ**  
**ดำเนินการให้เป็นไปตามความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ”**  
(Public Interest) เท่านั้น นอกจากนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น  
แต่ละฉบับก็มีได้ให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น  
เพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะด้านใดก็ได้ ตามแต่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่  
จะเห็นสมควร **แต่ให้อำนาจหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อ**  
**ดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น**  
กฎหมายบางฉบับให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือ  
ศีลธรรมอันดีของประชาชน บางฉบับให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อรักษาความมั่นคง  
ปลอดภัยภายในราชอาณาจักร บางฉบับให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อรักษาสวัสดิภาพ  
ของผู้ใช้ทางสาธารณะ บางฉบับให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อรักษาความมั่นคงทาง  
เศรษฐกิจของประเทศ ฯลฯ ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องใช้อำนาจ  
ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ และ  
หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อดำเนินการ  
ให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจออกกฎ  
คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเท่านั้น

การใช้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อ**ประโยชน์เอกชน (Private Interest)**  
ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ส่วนตัวของผู้กระทำ หรือประโยชน์ส่วนตัวของสมัครพรรคพวกของผู้กระทำ  
แล้วแต่กรณี ก็ดี คือ การกระทำโดยไม่สุจริต ส่วนการใช้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น  
เพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะอื่น นอกเหนือจากประโยชน์สาธารณะด้านที่  
อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ คือ **“การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”**

## บทสรุป

ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นสำคัญ บทบาทของศาลปกครองในการผดุงหลักนิติธรรมจะปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัดในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวหาว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองกระทำการขัดต่อหลักการที่เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทดังกล่าว ศาลปกครองต้องตรวจสอบ (review) ว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่น ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์ (product) ของการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมาในคำฟ้องหรือไม่ หากไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็จะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือห้ามการกระทำนั้น และหรือให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้กลับคืนสู่สถานะเดิม (status quo)

## บรรณานุกรม

เดือน บุนนาค, **การแยกอำนาจ**, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, ๒๔๘๗

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐**, พิมพ์ครั้งที่ ๒, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๓.

Christian STARCK (ed), **Introduction, in New Challenges to the German Basic Law**, Baden – Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, ๑๙๙๑.

Christian STARCK (ed), **Main Principles of the German Basic Law**, Baden – Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, ๑๙๘๓.

F.A. HAYEK, **Freedom and the Rule of Law**, The Listener, December ๒๗ ๑๙๕๖.

Michel FROMONT, Alfred Rieg (sous la direction de), **Introduction au Droit allemand**, Tome 2, Droit public – Droit pénal, Paris, Editions Cujas, ๑๙๗๗.