

บทที่ 2

ความหมายและประเภทของการกระทำทางปกครอง

1. ความหมายของการกระทำทางปกครอง

กล่าวกันอย่างรวบรัดแล้ว “การกระทำทางปกครอง” หมายถึง ผลิตผลของการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐของฝ่ายปกครอง แต่การจะเข้าใจความหมายของการกระทำทางปกครองได้อย่างถ่องแท้ จำต้องรู้จักสิ่งสองสิ่ง สิ่งแรกคือ “ฝ่ายปกครอง” และสิ่งที่สองคือ “อำนาจทางปกครอง”

1.1 ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง”

ตามที่เราได้ศึกษากันอยู่ในปัจจุบันนี้ คำว่า “ฝ่ายปกครอง” (Administration) นั้น หมายถึง สิ่งต่าง ๆ รวมเข้าด้วยกันคือ หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระของรัฐ และเจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานอิสระของรัฐ

1.1.1 หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร

หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร คือ บรรดาหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง เช่น

- กระทรวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง แล้วแต่กรณี
- จังหวัด และอำเภอในระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย
- องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ เป็นต้นว่า กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล ในระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย
- รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง แล้วแต่กรณี
- หน่วยงานอื่นของรัฐ คือบรรดาหน่วยงานของรัฐทั้งหลายที่ไม่ใช่กระทรวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ไม่ใช่จังหวัดและอำเภอในระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ไม่ใช่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น และไม่ใช่วิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา หน่วยงานอื่นของรัฐตามนัยนี้มีตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ องค์การมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) องค์การส่งเสริมการค้าผ่านศีก กองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (กบข.) หน่วยงานอื่นของรัฐเหล่านี้จะอยู่ในการกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง

ส่วนใหญ่แล้วหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร ยกเว้นอำเภอ จะมีสภาพเป็นนิติบุคคลทั้งสิ้น ดังนั้น แม้กฎหมายจะกำหนดให้อำนาจหน้าที่ทำกิจกรรมตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้านต่าง ๆ ที่นิยมเรียกกันว่า “การบริการสาธารณะ” (Public Service) หรือ “การดำเนินกิจการทางปกครอง” แต่ก็ไม่อาจทำกิจกรรมดังกล่าวได้ด้วยตนเอง จะต้องทำกิจกรรมดังกล่าวโดยผ่านทางบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลธรรมดา บุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลธรรมดา ที่ได้รับมอบหมายให้ทำกิจกรรมตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร และในนามของหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร เรียกว่า “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ซึ่งเป็นองค์ประกอบประการที่สองของ “ฝ่ายปกครอง”

1.1.2 องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง คือ บรรดาองค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งประกอบด้วย พระมหากษัตริย์ (พระมหากษัตริย์นอกจากจะทรงเป็นประมุขของรัฐ กล่าวคือทรงเป็นผู้แทนของรัฐในความสัมพันธ์กับต่างประเทศและเป็นสัญลักษณ์แห่งความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันของคนในชาติแล้ว ยังทรงเป็นประมุขของ “ฝ่ายบริหาร” ด้วย) คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี และบรรดาบุคคล (ผู้ดำรงตำแหน่ง) และ คณะบุคคล (คณะกรรมการหรือสภา) ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลโดยตรง หรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง เช่น ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดีหรือเทียบเท่า ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาโดยทางอ้อมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย สมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย คณะกรรมการหรือสภาผู้บริหารรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง คณะกรรมการองค์การมหาชน ผู้อำนวยการองค์การมหาชน ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลหรือ ควบคุมดูแลของรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนนั้น ๆ

อย่างไรก็ตาม องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งได้แก่ พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี และบรรดาบุคคล (ผู้ดำรงตำแหน่ง) และคณะบุคคล (คณะกรรมการหรือสภา) ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่งดังกล่าวมาข้างต้นนั้น ไซ้ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรืออีกนัยหนึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเสียทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะในทางตำรานั้นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารแยกออกได้เป็นสองประเภทด้วยกันคือ “รัฐบาล” (Government) กับ “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” (Administrative organs) หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” (Administrative officials)

รัฐบาลคือ พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีเมื่อใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญกระทำการต่าง ๆ

ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง คือ บรรดาบุคคล (ผู้ดำรงตำแหน่ง) และคณะบุคคล (คณะกรรมการหรือสภา) ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือ

โดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง และหมายความรวมถึงพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีเมื่ออาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด) กระทำการ

1.1.3 องค์การของรัฐที่เป็นอิสระ

องค์การของรัฐที่เป็นอิสระ หมายถึง องค์การของรัฐที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้จัดตั้งขึ้นและได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางบริหารกระทำการต่าง ๆ โดยไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลอย่างใด ๆ ของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง องค์การของรัฐที่เป็นอิสระตามนัยที่กล่าวนี้แยกออกได้เป็นสองประเภท คือ องค์การของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญกับองค์การของรัฐที่เป็นอิสระตามกฎหมาย องค์การของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เรียกว่า “องค์กรอิสระ” ซึ่งได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ส่วนองค์การของรัฐที่เป็นอิสระตามกฎหมาย มีตัวอย่างเช่น คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

องค์การของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอิสระบางองค์กรใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญเหมือนกับคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี เฉพาะแต่กรณีที่ต้ององค์กรอิสระใช้อำนาจตามกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญกระทำการเท่านั้นจึงจะถือว่าองค์กรอิสระนั้นเป็นฝ่ายปกครอง ในกรณีที่องค์กรอิสระใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญกระทำการไม่อาจถือได้เลยว่าองค์กรอิสระนั้นเป็นฝ่ายปกครอง

ส่วนองค์การของรัฐที่เป็นอิสระตามกฎหมาย ดังเช่น คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ใช้อำนาจตามกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญกระทำการทั้งสิ้น องค์การของรัฐที่เป็นอิสระตามกฎหมายจึงเป็นฝ่ายปกครองเสมอ

1.1.4 หน่วยงานอิสระของรัฐ

หน่วยงานอิสระของรัฐ คือ หน่วยงานของรัฐที่ไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐเหล่านี้ บ้างก็เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการของศาล เช่น สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง บ้างก็เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการของสภานิติบัญญัติ เช่น สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา บ้างก็เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เช่น สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฯลฯ

1.1.5 เจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานอิสระของรัฐ

“ฝ่ายปกครอง” ตามความหมายข้างต้น บางกรณีก็กระทำการต่าง ๆ เหมือนดังเช่นที่เอกชนทำกัน คือ ไม่ได้ใช้อำนาจเหนือผู้ใดเลย บางกรณีก็กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ที่เรียกว่า “อำนาจทางปกครอง” เฉพาะแต่กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจทางปกครองกระทำการเท่านั้นที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองได้ การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง ไม่เรียกว่าการกระทำทางปกครอง เช่น พนักงานขับรถขององค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ (ขสมก.) ขับรถโดยสารประจำทางรับส่งผู้โดยสารเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่พนักงานขับรถโดยสารประจำทางโดยไม่ได้ใช้อำนาจใด ๆ การขับรถโดยสารประจำทางของพนักงานขับรถจึงไม่ใช่การกระทำทางปกครอง กรณีจึงต้องทราบด้วยว่า “อำนาจทางปกครอง” คืออะไร

1.2 ความหมายของ “อำนาจทางปกครอง

ในรัฐทุกรัฐต้องมีอำนาจรัฐ (State Power – Puissance de l'Etat) และเนื่องจากอำนาจรัฐนี้มีคุณลักษณะเป็นอำนาจสูงสุด จึงเรียกอำนาจรัฐกันโดยทั่วไปว่า “อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty) รัฐแต่ละรัฐใช้อำนาจรัฐกระทำการได้สามประเภท คือ การนิติบัญญัติ (Legislative Function) การตุลาการ (Judicial Function) และการบริหาร (Executive Function) การนิติบัญญัติคือการตรากฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐและองค์กรต่าง ๆ ของรัฐด้วยกันเอง หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐและองค์กรต่าง ๆ ของรัฐกับเอกชน การตุลาการคือการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ส่วนการบริหารคือการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การนิติบัญญัติและการตุลาการ เช่น การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การใช้บังคับกฎหมาย การบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลภายใต้การควบคุมของศาลที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ฯลฯ

อำนาจรัฐที่ใช้กระทำการทางนิติบัญญัติ นิยมเรียกกันว่า “อำนาจทางนิติบัญญัติ” อำนาจรัฐที่ใช้กระทำการทางตุลาการ เรียกว่า “อำนาจทางตุลาการ” และอำนาจรัฐที่ใช้กระทำการทางบริหาร เรียกว่า “อำนาจทางบริหาร” ซึ่งความจริงแล้วก็คืออำนาจรัฐตัวเดียวกันนั่นเอง

อาจกล่าวได้ในเบื้องต้นว่า อำนาจทางปกครอง คือ ส่วนหนึ่งของอำนาจทางบริหารของรัฐ ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐกระทำการทางนิติบัญญัติ (การตรากฎหมาย) และการใช้อำนาจรัฐกระทำการทางตุลาการ (การพิจารณาพิพากษาอรรถคดี) จึงไม่ใช่การกระทำทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม อำนาจทางบริหารของรัฐ หรืออำนาจรัฐที่ใช้กระทำการต่าง ๆ ที่มิใช่การนิติบัญญัติและการตุลาการนั้น ยังแยกออกได้เป็นสองประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง อำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งอาจเรียกสั้น ๆ ว่า “อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญ”

ประเภทที่สอง อำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ (อำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด) ซึ่งอาจเรียกสั้น ๆ ว่า “อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย”

อำนาจทางปกครอง คือ อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่ อำนาจทางปกครอง

มีข้อควรสังเกตว่า คณะบุคคลหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางบริหารบางคณะหรือบางคน เช่น คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี ฯลฯ บางกรณีก็ใช้อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญ บางกรณีก็ใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี ใช้อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญกระทำการ ไม่ได้ถือว่าคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีเป็นฝ่ายปกครอง และการที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญกระทำการก็ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง เฉพาะแต่กรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายกระทำการเท่านั้น จึงจะถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีเป็นฝ่ายปกครอง (คือเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง) และการที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายกระทำการเป็นการกระทำทางปกครอง ตัวอย่างเช่น

- คณะรัฐมนตรีมีมติให้ความเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (ทำข้อตกลงระหว่างประเทศ) คณะรัฐมนตรีมิได้กระทำการเรื่องนี้ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง และมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550)

แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์การเภสัชกรรม พ.ศ. 2509 มีมติแต่งตั้งบุคคลเป็นกรรมการองค์การเภสัชกรรม หรือถอดถอนบุคคลออกจากการเป็นกรรมการในองค์การเภสัชกรรม เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจทางปกครอง คณะรัฐมนตรีกระทำการในเรื่องนี้ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง และมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้เป็นการกระทำทางปกครอง

- นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า แต่งตั้งบุคคลเป็นรัฐมนตรี หรือให้รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งพ้นจากความเป็นรัฐมนตรี เป็นกรณีที่นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีมิได้กระทำการในเรื่องนี้ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง และการกระทำของนายกรัฐมนตรีในเรื่องนี้ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง

แต่หากนายกรัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 (5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ออกคำสั่งให้นาย ก. ซึ่งดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงคมนาคมไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นกรณีที่นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจทางปกครอง นายกรัฐมนตรีกระทำการในเรื่องนี้ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง และคำสั่งของนายกรัฐมนตรีในเรื่องนี้เป็นการกระทำทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 518/2550)

อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญที่ใช้โดยคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีนี้ ในทางตำรา เรียกว่า อำนาจทางรัฐบาล (pouvoir gouvernemental) และผลผลิตของการใช้อำนาจนี้ เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement)

Raymond Carré de Malberg ผู้แต่งตำราเกี่ยวกับทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยรัฐ กล่าวไว้อย่างน่าฟังว่า การแยกอำนาจทางบริหารออกเป็น “อำนาจทางรัฐบาล” และ “อำนาจทางปกครอง” นี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่วิชานิติศาสตร์และระบบกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานของรัฐ มีศักดิ์หรือค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่น และดังนั้น การกระทำทางรัฐบาล คือ การบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ส่วนการกระทำทางปกครอง คือ การบังคับใช้กฎหมาย

อย่างไรก็ตาม สมควรตั้งข้อสังเกตไว้ด้วยว่า อำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกสั้น ๆ ว่า อำนาจทางบริหารตามกฎหมายนี้ ก็ใช้ว่าจะเป็นอำนาจทางปกครองเสียทั้งหมด มีอำนาจทางบริหารตามกฎหมายบางอำนาจซึ่งในทางวิชาการกฎหมายปกครองและในทางปฏิบัติ (ตามคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ศาลยุติธรรม และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล) ไม่ถือว่าเป็นอำนาจทางปกครอง ได้แก่ อำนาจทางบริหารตามกฎหมายที่ใช้กระทำการสองเรื่อง ดังต่อไปนี้

เรื่องที่หนึ่ง อำนาจทางบริหารตามกฎหมายที่ใช้กระทำการในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เช่น การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่น ซึ่งได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดอาญาที่กล่าวหา เพื่อจะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดอาญา และเพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดอาญามาฟ้องร้องลงโทษ โดยในการนี้อาจต้องออกหมายเรียกหรือทำการจับหรือค้นเคหสถานตามหมายจับหรือหมายค้นของศาล ทั้งนี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยพนักงานสอบสวนที่เป็นข้าราชการตำรวจในสังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือเป็นข้าราชการในสังกัดกรมสอบสวนคดีพิเศษ การตรวจสำนวนการสอบสวนโดยพนักงานอัยการแล้วมีคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องผู้ต้องหา หรือมีคำสั่งให้สอบสวนเพิ่มเติม การบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลในคดีอาญา เช่น ชั่งจำเลยระหว่างพิจารณา แอนักโทษเด็ดขาดไปจำคุกหรือประหารชีวิตโดยเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ อำนาจทางบริหารที่ใช้กระทำการเหล่านี้เป็นอำนาจทางบริหารตามกฎหมายทั้งสิ้น อาจจะเป็นอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา หรืออำนาจตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์ แต่อำนาจทางบริหารตามกฎหมายที่ใช้กระทำการเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็น “อำนาจทางปกครอง” แต่เรียกว่า “อำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา” การกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 6/2545)

ถึงตรงนี้ ใคร่ขอตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการใช้อำนาจบริหารตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ตำรวจ กับเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ไว้สักเล็กน้อย ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ได้ใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายกระทำการรวบรวมพยานหลักฐานและดำเนินการทั้งหลายอื่น ซึ่งได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดอาญาที่กล่าวหา เพื่อจะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดอาญา และเพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดอาญามาฟ้องร้องลงโทษเสมอไป แต่ยังใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายกระทำการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรักษาสวัสดิภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชนอีกด้วย ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายกระทำการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรักษาสวัสดิภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชน ไม่ใช่การใช้อำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทาง

อาญา แต่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง เช่น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้กำลังสลายการชุมนุมของประชาชนที่ไม่ได้ใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เป็นการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายกระทำการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรักษาสวัสดิภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชน ไม่ใช่เพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดทางอาญามาฟ้องร้องลงโทษ การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมของประชาชนจึงเป็นการกระทำทางปกครอง ไม่ใช่การกระทำในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (โปรดดูคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครอง เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ในคดีหมายเลขดำที่ 1605/2551 ของศาลปกครองกลาง)

ประการที่สอง เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ก็ไม่ได้ใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์กระทำการเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลในคดีอาญาเท่านั้น แต่อาจจะใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวลงโทษทางวินัยผู้ต้องขังหรือนักโทษเด็ดขาดในเรือนจำที่กระทำความผิดวินัยของเรือนจำก็ได้ กรณีที่เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ลงโทษทางวินัยผู้ต้องขังหรือนักโทษเด็ดขาดในเรือนจำ เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ไม่ใช่อำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การกระทำของเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ในกรณีนี้จึงเป็นการกระทำทางปกครอง

เรื่องที่สอง อำนาจทางบริหารตามกฎหมายที่ใช้กระทำการในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง คือการที่เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในคดีแพ่ง เช่นว่า การยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา การขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ได้ยึดหรืออายัดไว้ การทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษากับผู้ที่ประมูลซื้อได้จากการขายทอดตลาด อำนาจทางบริหารตามกฎหมายที่ใช้กระทำการในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งนี้ ก็ไม่ใช่อำนาจทางปกครอง แต่เรียกว่า “อำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง” การกระทำของเจ้าพนักงานบังคับคดีในกรณีนี้จึงไม่ใช่การกระทำทางปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 19/2550, ที่ 18/2558 และที่ 89/2559)

สรุปได้ว่า “อำนาจทางปกครอง” คือ อำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกสั้น ๆ ว่า “อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย” ซึ่งมีใช้อำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรืออำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง

เมื่อได้รู้จัก “ฝ่ายปกครอง” และ “อำนาจทางปกครอง” ดีแล้ว ผู้อ่านก็คงเข้าใจความหมายของคำว่า การกระทำทางปกครอง ที่ว่าคือผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองได้อย่างถ่องแท้

แต่มีข้อที่ควรตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมไว้ตรงนี้อีกสักเล็กน้อย เพื่อความถูกต้องสมบูรณ์ ข้อสังเกตมีว่า ในรัฐสมัยใหม่นั้น ฝ่ายปกครองมิได้ผูกขาดการใช้อำนาจทางปกครองแต่เพียงผู้เดียว กฎหมายมอบหมายให้องค์กรของรัฐอื่น เช่น องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแม้กระทั่งองค์กรเอกชนใช้อำนาจทางปกครองกระทำการในบางเรื่องเหมือนกัน เช่น กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกามอบหมายให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาลำดับให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน มอบหมายให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาลำดับให้ความเห็นชอบใน

การแต่งตั้งเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน กฎหมายว่าด้วยสภาพนายความ กฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะมอบหมายให้สภาพนายความและแพทยสภาออกใบอนุญาตและเพิกถอนใบอนุญาตว่าความหรือใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะ ผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติหรือขององค์กรเอกชนก็ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองด้วยเช่นกัน

ดังนั้น แม้หากกล่าวกันอย่างรวบรัดแล้ว การกระทำทางปกครองคือ ผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง แต่ถ้ากล่าวกันอย่างขยายความแล้ว การกระทำทางปกครองคือ ผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือ องค์กรเอกชน ความสำคัญของเรื่องไม่ได้อยู่ที่ฐานะทางกฎหมายของผู้กระทำ แต่อยู่ที่อำนาจที่ใช้กระทำการว่าเป็นอำนาจทางปกครองหรืออำนาจอื่น ถ้าการกระทำนั้นเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครอง การกระทำนั้นก็เป็นการกระทำทางปกครองทั้งสิ้น จะทำโดยใครก็ไม่สำคัญ

2. ประเภทของการกระทำทางปกครอง

ผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่เรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” แยกออกได้เป็นสี่ประเภท คือ คำสั่งทางปกครอง กฎ คำสั่งอื่นและแนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจ และการกระทำอื่น ซึ่งจะได้อธิบายตามลำดับ

2.1 ความหมายและลักษณะของ “คำสั่งทางปกครอง”

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้คำนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ว่า

“ “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดว่า

“ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง

1. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) การส่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

(4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

2. การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา” อย่างไรก็ตาม คำนิยามที่แท้จริงของ “คำสั่งทางปกครอง” นั้น คือ ข้อความที่ว่า “ “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการ สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพ ของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การ วินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ” ส่วน “เจ้าหน้าที่” นั้น มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็บัญญัติให้คำนิยามไว้เช่นกัน โดยบัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่จะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบ ราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” (คำว่า “เจ้าหน้าที่” ที่ใช้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงได้แก่ฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ และองค์การเอกชน ซึ่งก็คือ “หน่วยงานทางปกครอง” และ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ที่ใช้อยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั่นเอง)

เมื่อได้พิเคราะห์บทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ประกอบกับบทนิยาม “เจ้าหน้าที่” ดังที่ได้ยกมา แสดงไว้ข้างต้นโดยตลอดแล้วจะเห็นได้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” คือการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตาม กฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่จะเป็นการถาวรหรือ ชั่วคราว แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ

ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายให้ไว้ได้แก่

- การสั่งการ ซึ่งอาจเป็นการสั่งบังคับให้บุคคลกระทำการหรือห้ามมิให้บุคคลกระทำการก็ได้ เป็นต้นว่าเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารสั่งให้บุคคลรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างหรือดัดแปลง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องตามกฎหมายได้ (การสั่งบังคับให้กระทำการ) หรือสั่งห้ามมิ ให้ผู้ใดใช้หรือเข้าไปในอาคารเลขที่ 12 ถนน ประชาชื่น เขตบางซื่อ กรุงเทพมหานคร (การสั่งห้ามมิให้กระทำ การ) ฯลฯ

- การอนุญาต เช่น การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรไทยหรือ พำนักอาศัยใน ราชอาณาจักรไทย หรือทำงานในราชอาณาจักรไทย การอนุญาตให้บุคคลตั้งสถานบริการ การอนุญาตให้บุคคล ตั้งสุสานและฌาปนสถาน การอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคาร การอนุญาตให้บุคคลประกอบ วิชาชีพต่าง ๆ การอนุญาตให้บุคคลขับขีรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ การอนุญาตให้บุคคลเดินทางออกไปนอก ราชอาณาจักรไทย ฯลฯ

- การอนุมัติ เช่น การอนุมัติปริญญาบัตร ประกาศนียบัตรหรือวุฒิปัตร การอนุมัติให้ข้าราชการลาออก จากราชการ การอนุมัติให้ข้าราชการเบิกค่าเช่าบ้านหรือเบิกค่ารักษาพยาบาล ฯลฯ (มีข้อควรระวังไว้ด้วยว่า การอนุมัติไม่ได้เป็นคำสั่งทางปกครองเสมอไป ในบางกรณี การอนุมัติเป็นเพียงขั้นตอนของการออกคำสั่งทาง ปกครองหรือขั้นตอนของการออกกฎเท่านั้น)

- การวินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งได้แก่การวินิจฉัยข้อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองชั้นต้น หรือการกระทำอื่นของเจ้าหน้าที่ในชั้นต้น การวินิจฉัยอุทธรณ์จึงหมายความรวมถึงการวินิจฉัย ข้อร้องทุกข์ด้วย

- การรับรอง เช่น การรับรองสัญชาติไทย การออกบัตรประจำตัวประชาชน (ซึ่งเป็นการรับรองสถานภาพพลเมือง (Civil Status)) การออกโฉนดที่ดิน (ซึ่งเป็นการรับรองกรรมสิทธิ์ในที่ดิน) การออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดิน (ซึ่งเป็นการรับรองสิทธิครอบครองที่ดิน) การออกหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง (ซึ่งเป็นการรับรองสถานะทางกฎหมายของที่ดินว่าเป็นที่ดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน) ฯลฯ

- การรับจดทะเบียน เช่น การรับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ การรับจดทะเบียนสัตว์พาหนะ การรับจดทะเบียนเครื่องจักร การรับจดทะเบียนครอบครัว การรับจดทะเบียนสิทธิบัตร การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ฯลฯ

นอกจากตัวอย่างที่กฎหมายให้ไว้ประกอบคำนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” แล้วยังมีตัวอย่างอื่นอีกมากมาย เป็นต้นว่า การปฏิเสธคำขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง เช่น การปฏิเสธคำขอใบอนุญาต การปฏิเสธคำขอต่ออายุใบอนุญาต การปฏิเสธคำขออนุมัติ การไม่รับคำอุทธรณ์หรือคำร้องทุกข์ไว้พิจารณา การพักใช้ใบอนุญาตหรือการเพิกถอนใบอนุญาต การบรรจุบุคคลเป็นข้าราชการหรือพนักงานของรัฐ การเลื่อนหรือไม่เลื่อนเงินเดือนให้แก่ข้าราชการหรือพนักงานของรัฐ การลงโทษข้าราชการหรือพนักงานของรัฐทางวินัย การให้ข้าราชการหรือพนักงานของรัฐออกจากราชการหรือออกจากงานเนื่องจากมีมลทินมัวหมองหรือหย่อนความสามารถ การสั่งพักงานหรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล การเนรเทศคนต่างด้าว การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว การมีคำสั่งปรับทางปกครอง ฯลฯ

จากคำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ที่ว่า คือการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ และตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองที่ยกมาแสดงประกอบคำนิยามดังกล่าว จะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่หรืออีกนัยหนึ่งคือการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ (ซึ่งแท้ที่จริงแล้วก็คือการกระทำทางปกครองดังที่ได้อธิบายมาแล้วนั่นเอง)

ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองเป็นการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายกระทำการซึ่งมีผลโดยตรงเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่withstandingเป็นการถาวรหรือชั่วคราว

“นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล” (Legal Relation) แท้ที่จริงแล้วก็คือข้อความที่กำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่าย โดยกำหนดให้บุคคลฝ่ายหนึ่งมีอำนาจหรือสิทธิที่จะเรียกให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งและกำหนดให้บุคคลฝ่ายหลังนี้มีหน้าที่ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามที่บุคคลฝ่ายแรกเรียกให้กระทำ หรืองดเว้นกระทำ บุคคลฝ่ายแรกเรียกว่า “ผู้ทรง

อำนาจ” หรือ “ผู้ทรงสิทธิ” แล้วแต่กรณี และบุคคลฝ่ายหลังเรียกว่า “ผู้มีหน้าที่” การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลจึงย่อมมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมานั้นเอง ข้อความที่กำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลสองฝ่ายเช่นนี้อาจเรียกว่า “ข้อบัญญัติ” หรือ “บทบัญญัติ” (Regulation) ก็ได้ ตัวอย่างเช่น

- การที่อธิบดีกรมการปกครอง อาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนออกคำสั่งบรรจุบุคคลเป็นปลัดอำเภอ ย่อมมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกรมการปกครองกับปลัดอำเภอผู้นั้น และทำให้กรมการปกครองกับปลัดอำเภอผู้นั้นมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ทำนองเดียวกัน การที่อธิบดีกรมการปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ออกคำสั่งเลื่อนเงินเดือนให้ปลัดอำเภอ ก็ย่อมมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกรมการปกครองกับปลัดอำเภอผู้นั้น และทำให้สิทธิและหน้าที่ระหว่างกรมการปกครองกับปลัดอำเภอผู้นั้นตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ตรงกันข้าม การที่อธิบดีกรมการปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ออกคำสั่งไล่ปลัดอำเภอที่กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงออกจากราชการย่อมมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกรมการปกครองกับปลัดอำเภอผู้นั้น และทำให้สิทธิและหน้าที่ระหว่างกรมการปกครองกับปลัดอำเภอผู้นั้นที่มีอยู่ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนระงับหรือสิ้นสุดลง

- การที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร อาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารย่อมมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกรุงเทพมหานครกับผู้ได้รับอนุญาต ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตมีสิทธิดำเนินการก่อสร้างอาคารหรือดัดแปลง และทำให้กรุงเทพมหานครมีหน้าที่จะต้องละเว้นจากการเข้าไปรบกวนขัดขวางการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารของผู้รับอนุญาต ตรงกันข้าม การที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร อาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารที่ก่อสร้างหรือดัดแปลงโดยฝ่าฝืนกฎหมายดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนย่อมมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกรุงเทพมหานครกับเจ้าของอาคารนั้น ทำให้เจ้าของอาคารนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องรื้อถอนอาคารนั้น และทำให้กรุงเทพมหานครมีสิทธิหรืออำนาจที่จะเรียกให้เจ้าของอาคารดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้น และหากเจ้าของอาคารฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม กรุงเทพมหานครโดยผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครก็มีอำนาจเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารหรือมอบให้บุคคลอื่นรื้อถอนอาคารนั้นได้

การที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายดำเนินการใด ๆ ก็ตามที่ไม่ได้มีผลโดยตรงเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวเข้าไปรื้อถอนอาคารหลังใดหลังหนึ่งซึ่งก่อสร้างหรือดัดแปลงโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ภายหลังจากที่ได้มีคำสั่งให้เจ้าของอาคารหลังนั้นรื้อถอนแล้ว แต่เจ้าของอาคารไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เช่นนี้มิใช่การทำคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารนั้น)

ประการที่สาม คำสั่งทางปกครองเป็นการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมาย กระทำการซึ่งมีผลโดยตรงเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่มีใช้การออกกฎ กรณีจึงต้องทราบ ความหมายและลักษณะของกฎซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองประเภทที่สองกันต่อไป

2.2 ความหมายและลักษณะของ “กฎ”

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้คำนิยาม “กฎ” ไว้ว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” คำนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” คือข้อความที่ว่า “บทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ส่วนพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ นั้น เป็นแต่เพียงตัวอย่างของ “กฎ” ที่กฎหมายยกมาแสดง ประกอบคำนิยามเท่านั้น “กฎ” จึงอาจมีชื่อเรียกอย่างอื่นอีกก็ได้ เช่น มติคณะรัฐมนตรี หนังสือเวียน ฯลฯ “บทบัญญัติ” แท้ที่จริงแล้วก็คือ ข้อบังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือขออนุญาตให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งนั่นเอง

“กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง” มีลักษณะร่วมกันอยู่สองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง ทั้ง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ต่างก็เป็นการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ต่างก็เป็นการกระทำทางปกครอง และ

ประการที่สอง ทั้ง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ต่างก็เป็นการที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมาย กระทำการซึ่งมีผลโดยตรงเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่าง บุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล กล่าวโดยเฉพาะ การสั่งการหรือการอนุญาตแล้วจะเห็นได้ชัดว่า “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ที่เป็นการสั่งการหรือการอนุญาตต่างก็เป็นข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้บุคคลกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือ ห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นข้อความที่กำหนดหน้าที่ หรือสร้างภาระให้แก่บุคคล ส่วนข้อความที่อนุญาตให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง นั้นเป็นข้อความที่ให้สิทธิหรือประโยชน์แก่บุคคล

แต่ “กฎ” กับ “คำสั่งทางปกครอง” ต่างกันดังนี้

“กฎ” เป็นบทบัญญัติหรือข้อความเป็นข้อ ๆ ในเอกสารที่เรียกว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่น ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ เป็นข้อความที่บังคับให้บุคคลโดยทั่วไป ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณี

ทั่วไป ไม่ใช่ในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ข้อความที่ห้ามมิให้บุคคลโดยทั่วไป ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีทั่วไป ไม่ใช่ในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง หรือข้อความที่อนุญาตให้บุคคลโดยทั่วไป ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงกระทำการหรือดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีทั่วไป ไม่ใช่ในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

“กฎ” จึงมีลักษณะสำคัญสองประการ” ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับ อนุญาตให้กระทำการหรือดเว้นกระทำการต้องเป็นบุคคลโดยทั่วไป ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการเฉพาะเจาะจง ที่ว่า “บุคคลโดยทั่วไป” นี้ไม่ได้หมายความถึงบุคคลทุกคน แต่หมายความถึง บุคคลที่ถูกกำหนดไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้าราชการตำรวจ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้รับ อนุญาตตั้งสถานบริการ ฯลฯ ดังนั้น เราจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้ บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ข้อความที่ห้ามมิให้กระทำการ หรือข้อความที่อนุญาต ให้กระทำการหรือดเว้นกระทำการที่เรียกว่า “กฎ” ได้เลย

ประการที่สอง กรณีที่บุคคลซึ่งถูกกำหนดไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการหรือดเว้นกระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูก กำหนดไว้เป็นการทั่วไปหรือ อย่างเป็นนามธรรม (abstract) ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ เจาะจง เช่น บังคับให้บุคคลประเภทนั้น กระทำการ ห้ามมิให้บุคคลประเภทนั้นกระทำการ หรือ อนุญาตให้บุคคลประเภทนั้นกระทำการหรือดเว้น กระทำการทุกวัน ที่ 1 ของเดือน ทุกวันจันทร์ ฯลฯ ทุกครั้งที่มีการกระทำที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นมี หน้าที่ต้องกระทำการ จดเว้น กระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการหรือดเว้นกระทำการซ้ำๆ ซากๆ หรือซ้ำแล้ว ซ้ำอีก (Permanent)

ตัวอย่างของ “กฎ” มีดังต่อไปนี้

- ข้าราชการต้องแต่งเครื่องแบบข้าราชการมาทำงานทุกวันจันทร์
- ในแต่ละภาคการศึกษา นักศึกษาต้องจดทะเบียนศึกษาลักษณะวิชาไม่น้อยกว่า 9 หน่วยกิต และไม่เกิน 22 หน่วยกิต

- ในกรณีที่มีการติดตั้งลูกกรง เหล็กดัด หรือสิ่งอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน ที่ประตู หน้าต่างหรือที่ด้านนอกหรือด้านในของอาคารตั้งแต่ชั้นที่สองขึ้นไป อันเป็นการกีดขวาง การหนีออกจาก อาคารหรือการช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในอาคารเมื่อเกิดอัคคีภัยโดยไม่มีช่องทางอื่นที่จะ ออกสู่ภายนอกได้ ให้ผู้รับ ใบอนุญาตหรือผู้ดำเนินการ (ก่อสร้างอาคาร) จัดให้มีช่องทางที่เปิดออก สู่ภายนอกได้ทันที ขนาดกว้างไม่น้อย กว่า 0.60 เมตร ยาวไม่น้อยกว่า 0.80 เมตร อย่างน้อย หนึ่งช่องทางในแต่ละชั้นของอาคารหรือของคูหา (ข้อ 21 ทวิ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2526) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เพิ่มโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2530) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

- ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย - ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทางหรือใน อาคารสาธารณะ

- ห้ามมิให้กระทำการบดกรีปหรือสิ่งใด ๆ ที่บรรจุน้ำมันเชื้อเพลิง หรือทำการ อย่างหนึ่งอย่างใดโดยต้องใช้เพลิง หรือความร้อนในสถานที่ซึ่งรับอนุญาตเก็บน้ำมันเชื้อเพลิง (ข้อ 2 ของกฎเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยออกตามความในมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย การเก็บรักษาน้ำมันเชื้อเพลิง พุทธศักราช 2474 (ฉบับที่ 1))

ส่วนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสั่งการหรือการอนุญาตนั้นคือ ข้อความที่บังคับให้บุคคล กระทำการ อย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อความที่ห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือข้อความ ที่อนุญาตให้บุคคล กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีผลบังคับแก่บุคคลใด บุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง หรือแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ คำสั่งทางปกครองเป็นข้อความที่บังคับให้ บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อความที่ห้าม มิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือข้อความที่ อนุญาตให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้น กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่ไม่เข้าลักษณะของกฎข้อใดข้อหนึ่งหรือ ทั้งสองข้อข้างต้นนั่นเอง ตัวอย่างเช่น

- ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วย การควบคุม อาคาร อาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวออกใบอนุญาตให้ดังก่อสร้างอาคารลงบน ที่ดินโฉนดที่ดินเลขที่ 1325 แขวงคันนายาว เขตบึงกุ่ม กรุงเทพมหานคร เป็นข้อความที่อนุญาต ให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการ เฉพาะเจาะจง (ในที่นี้คือดำ) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (ในที่นี้คือ ก่อสร้างอาคาร) ในกรณีเฉพาะกรณีใด กรณีหนึ่ง (ในที่นี้คือ ก่อสร้างอาคารลงบนที่ดินโฉนดที่ดิน เลขที่ 1325 แขวงคันนายาว เขตบึงกุ่ม กรุงเทพมหานคร) ข้อความนี้ขาดลักษณะของ “กฎ” ทั้งสองข้อ จึงไม่ใช่ “กฎ” แต่เป็น “คำสั่งทางปกครอง”

- ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วย การควบคุม อาคาร อาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวออกคำสั่งให้แดง เจ้าของอาคาร เลขที่ 78/230 แขวงบางซื่อ เขต บางซื่อ กรุงเทพมหานคร รื้อถอนอาคารดังกล่าว เป็นข้อความที่บังคับ ให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการ เฉพาะเจาะจง (ในที่นี้คือแดง) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (ในที่นี้ คือรื้อถอนอาคาร) ในกรณีเฉพาะใดกรณี หนึ่ง (ในที่นี้คืออาคาร เลขที่ 78/230 แขวงบางซื่อ เขต บางซื่อ กรุงเทพมหานคร) ข้อความนี้ขาดลักษณะของ “กฎ” ทั้งสองข้อเช่นกัน ดังนั้นจึงไม่ใช่ “กฎ” แต่เป็น “คำสั่งทางปกครอง”

- ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วย การควบคุม อาคาร อาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวออกคำสั่งห้ามมิให้ผู้ใดใช้หรือเข้าไปในส่วน ใดๆ ของอาคาร เลขที่ 12 ถนนประชาชื่น เขตบางซื่อ กรุงเทพมหานคร เนื่องจากอาคารดังกล่าว ถูกเพลิงไหม้ เป็นข้อความที่ห้ามมิ ให้บุคคลโดยทั่วไป (ในที่นี้คือ ผู้ใด) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (ในที่นี้คือ ใช้หรือเข้าไปในอาคาร) ในกรณี เฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง (ในที่นี้คืออาคาร เลขที่ 12 ถนนประชาชื่น เขตบางซื่อ กรุงเทพมหานคร) ข้อความนี้ เป็นข้อความที่แม้จะมีลักษณะข้อที่หนึ่ง ของ “กฎ” แต่ขาดลักษณะข้อที่สองของ “กฎ” ดังนั้น จึงไม่ใช่ “กฎ” แต่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งเรียกกันในทางตำราว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” (General order) หรือ “คำสั่งทางปกครอง เฉพาะกรณี” (Decision despece) 14

- อธิบดีกรมคุมประพฤติออกคำสั่งให้ขวมารายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติ ทุกวันที่ 5 ของเดือนจนกว่าจะมีคำสั่งเปลี่ยนแปลง เป็นข้อความที่บังคับให้บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการเฉพาะเจาะจง (ใน

ที่นี้คือ ขาว) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (ในที่นี้คือ มารายงานตัวต่อ พนักงานคุมประพฤติ) ในกรณีที่กำหนดไว้อย่างเป็นทางการ (ในที่นี้คือทุกวันที่ 5 ของเดือน) ข้อความนี้แม้จะขาดลักษณะข้อที่หนึ่งของ “กฎ” แต่มีลักษณะข้อที่สองของ “กฎ” อย่างไรก็ตาม ข้อความนี้ก็ไม่ใช่ “กฎ” แต่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” เช่นกัน

ตัวอย่างอื่นของข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้บุคคล กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะ “พันทาง” (Hybrid) คือมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลโดยทั่วไป แต่กับกรณีใด กรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ได้แก่ คำสั่งของเจ้าพนักงานจราจรที่ห้ามมิให้ประชาชนใช้ถนน สายใดสายหนึ่งในวันใดวันหนึ่ง คำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่ห้ามส่งหรือนำหนังสือเล่มใดเล่มหนึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อเผยแพร่ เนื่องจากข้อความบางตอนในหนังสือเล่มนั้นมีลักษณะ ที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาชญากรรมร้าย พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุเป็น ข้าราชการหรือพนักงานของรัฐตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง ประกาศประกวดราคาซื้อพัสดุหรือจ้างเหมา ก่อสร้างอาคาร ถนน เขื่อน หรืออ่างเก็บน้ำ ฯลฯ

2.3 ความหมายและลักษณะของ “คำสั่งอื่น” และ “แนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ”

ในหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐนั้น ความสัมพันธ์ระหว่าง เจ้าหน้าที่เป็นความสัมพันธ์กันตามลำดับชั้น (hierarchical relation) ในรูปของพีระมิด เจ้าหน้าที่ ที่อยู่ในตำแหน่งสูงกว่ามีอำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งต่ำกว่า และรับผิดชอบใน การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในตำแหน่งต่ำกว่าซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของตน เนื่องจากผู้บังคับ บัญชาแต่ละลำดับชั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหัวหน้าหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดจะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ ของเจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานของรัฐนั้นทุกคน ผู้บังคับบัญชา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหัวหน้าหน่วยงาน ของรัฐจึงย่อมมีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำการอย่างใด อย่างหนึ่ง ห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ อย่างใดอย่างหนึ่งได้เสมอ

คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนกระทำการ อย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้น กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง นี้ อาจเป็น “คำสั่งทางปกครอง” หรือเป็น “คำสั่งอื่น” ก็ได้

คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาตนปฏิบัติงานในหน้าที่ของ เจ้าหน้าที่ผู้นั้น กล่าวคือ ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้กระทำการอย่างใด อย่างหนึ่ง หรือ อนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นคำสั่งที่ไม่มีผลกระทบต่อ สถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีต่อหน่วยงานของรัฐที่ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัด ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือกฎหมายว่าด้วย ระเบียบพนักงานของรัฐ ดังนั้น จึงไม่ใช่ “คำสั่งทางปกครอง” แต่เป็น “คำสั่งอื่น” ตัวอย่างเช่น

- อธิบติกรรมที่ดินสั่งให้เจ้าพนักงานที่ดินอำเภอผักไห่ จังหวัดพระนครศรีอยุธยา ไปช่วยราชการที่สำนักงานที่ดินจังหวัดพระนครศรีอยุธยา

- รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดนครปฐม ซึ่งเป็น พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวออกคำสั่ง

เพิกถอนใบอนุญาตตั้งสถานบริการของชาว ซึ่งตั้งอยู่ในเขตจังหวัดนครปฐม

- รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสั่งให้ปลัดกระทรวงมหาดไทยชี้แจงแสดง ความคิดเห็น ทำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการของกรมการปกครอง หรือสอบสวนข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการปฏิบัติราชการเรื่องใดเรื่องหนึ่งของผู้ว่าราชการจังหวัดสมุทรปราการ

- คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สั่งให้ฟ้า ซึ่งเป็นอาจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ เป็นผู้บรรยายวิชากฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง ในหลักสูตร นิติศาสตร์บัณฑิต ภาคการศึกษาที่ 2 ปีการศึกษา 2560

แต่คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ มีต่อหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัด ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือ กฎหมายว่าด้วยระเบียบพนักงานของรัฐ ย่อมเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตัวอย่างเช่น

- อธิบติกรรมการปกครองออกคำสั่งเลื่อนระดับ เลื่อนเงินเดือน หรือไม่เลื่อนระดับ ไม่เลื่อนเงินเดือน ให้แก่ข้าราชการในสังกัดกรมการปกครอง

- อธิบติกรรมที่ดินออกคำสั่งลงโทษข้าราชการในสังกัดกรมที่ดินทางวินัย หรือสั่งให้ ข้าราชการในสังกัดกรมที่ดินออกจากราชการเพราะมีมลทินมัวหมองหรือหย่อนความสามารถ

ส่วน “แนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจ” (Rule of Policy) หรือ “แนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ” (Directive) คือกฎเกณฑ์ที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทาง ปกครองหรือกระทำการอื่นใดในเรื่องต่างๆ หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี กำหนดขึ้นเพื่อถือปฏิบัติหรือให้ถือปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่ง ทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดตามอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ ตัวอย่างเช่น

- หนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 16 มีนาคม 2522 ที่กำหนด นโยบายให้ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตให้บุคคลตั้งสุสาน และฌาปนสถานตามกฎหมายว่าด้วยสุสานและฌาปนสถาน ถือปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจอนุญาตให้ เอกชนตั้งสุสานและฌาปนสถาน โดยกำหนดว่า ไม่อนุญาตให้จัดตั้งสุสานและฌาปนสถานขึ้นใหม่ อีกต่อไป ในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องจัดตั้ง ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาลและสุขาภิบาล ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการจัดตั้งเอง เพื่อสะดวกแก่การควบคุมและตรวจสอบ

- มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2536 ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อ วันที่ 4 ตุลาคม 2503 เกี่ยวกับการลงโทษข้าราชการผู้กระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงบางกรณี ที่ให้ ผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการทางวินัย แก่ข้าราชการพิจารณาโทษทางวินัยข้าราชการที่กระทำผิดวินัย

อย่างร้ายแรงฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ หรือละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อกันในคราวเดียวกัน เป็นเวลา เกินกว่า 15 วัน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยให้ไล่ออกจากราชการ การนำเงินที่ทุจริตไปแล้ว มาคืนหรือมีเหตุอันควรปรานีอื่นใดไม่เป็นเหตุลดหย่อนโทษลงเป็นปลดออกจากราชการ

กฎเกณฑ์เช่นนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎอยู่มาก แต่ไม่ใช่กฎ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ ไม่อาจถือปฏิบัติ ตามกฎเกณฑ์เช่นว่าได้อย่างเคร่งครัดเหมือนดังเช่นการใช้บังคับกฎได้ แต่ต้องใช้ กฎเกณฑ์เช่นว่านี้อย่างยืดหยุ่น กล่าวคือ ต้องพร้อมที่จะใช้ดุลพินิจกระทำการเบี่ยงเบนไปจาก กฎเกณฑ์เช่นว่านี้เมื่อกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใด กรณีหนึ่งมีลักษณะพิเศษ และการใช้ดุลพินิจออกคำสั่ง ทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดตามกฎเกณฑ์เช่นว่า นี้จะเป็นการไม่ยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดโดยถือ ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เช่นว่านี้อย่าง ไม่ลืมหูลืมตาพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องที่จะออก คำสั่งทางปกครองหรือ กระทำการอื่นใดอย่าง รอบด้าน เท่ากับเป็นการละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้ดุลพินิจ และยังผลทำให้คำสั่งทาง ปกครอง หรือการกระทำอื่นใดที่ออกมาหรือกระทำลงในพฤติการณ์เช่นนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.4 ความหมายของ “การกระทำอื่น”

การใช้อำนาจทางปกครองกระทำการอื่น นอกจากการออกกฎ ออกคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น และแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ มีตัวอย่างเช่น

- ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วย การควบคุมอาคาร อาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวนำคำสั่งเจ้าหน้าที่เขารื้อถอนอาคารของ ก. ที่ ก. ก่อสร้างหรือดัดแปลงโดย ฝ่าฝืนกฎหมาย หลังจากที่ได้ออกคำสั่งให้ ก. รื้อถอนอาคารนั้นแล้ว แต่ ก. ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งภายในเวลาที่ ระบุในคำสั่ง

- พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 อาศัย อำนาจตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเข้าทำลายหรือรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างของดำ ที่ ปลูกสร้างในอุทยานแห่งชาติ หลังจากที่ได้ออกคำสั่งให้ดำซื้อถอนสิ่งปลูกสร้างนั้นออกไปให้พ้น อุทยานแห่งชาติแล้ว แต่ดำไม่ปฏิบัติตาม คำสั่งภายในเวลาที่ระบุในคำสั่ง

อำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารที่ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครใช้รื้อถอน อาคารของ ก. ตามตัวอย่างที่หนึ่ง อำนาจตามกฎหมายว่าด้วยอุทยานแห่งชาติที่พนักงานเจ้าหน้าที่ ใช้ทำลายหรือรื้อถอนสิ่ง ปลูกสร้างในเขตอุทยานแห่งชาติของดำ ตามตัวอย่างที่สอง เป็นอำนาจ ทางปกครอง แต่การรื้อถอนอาคาร การรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างในอุทยานแห่งชาติ มิใช่การออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หากแต่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้เป็นไปตาม คำสั่งทางปกครองที่ได้ออกมาใช้บังคับก่อนหน้านี้ คือ คำสั่ง ให้ ก. รื้อถอนอาคาร คำสั่งให้ดำ รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกไปให้พ้นอุทยานแห่งชาติ มาตรการบังคับทาง ปกครองเพื่อให้เป็นไปตาม คำสั่งทางปกครองนี้ก็เหมือนกับมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ของศาล ที่เรียกว่า “การบังคับคดี” นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจทางปกครองกระทำการอื่นนี้ ไม่ได้มีตัวอย่างแต่เฉพาะ มาตรการบังคับ ทางปกครองเท่านั้น ยังมีตัวอย่างอื่นๆ อีก เช่น การปักเสาพาดสายไฟฟ้าของ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย

ไทย การไฟฟ้านครหลวง หรือการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค การสร้าง หรือซ่อมท่อประปาของการประปานครหลวง หรือการประปาส่วนภูมิภาค การสร้างหรือซ่อมถนน ของกรมทางหลวง กรมทางหลวงชนบท หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การสร้างหรือซ่อม ท่อระบายน้ำของกรมทางหลวง กรมทางหลวงชนบท หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีแต่ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้นที่อาจกระทำการเหล่านี้ ได้ บุคคลอื่นไม่อาจทำได้ เหตุนี้จึงถือได้ว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการใช้อำนาจทางปกครองอย่างหนึ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เฉพาะแต่ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่เท่านั้นที่อาจทำได้ บุคคลอื่นโดยทั่วไป ไม่อาจทำได้ ถือว่าเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองหรืออีกนัยหนึ่งก็คือเป็นการกระทำ ทางปกครองเช่นกัน เพราะกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่กระทำการเหล่านี้เป็นกฎหมายมหาชน การกระทำเหล่านี้จึงเป็นการกระทำใน “แดนของกฎหมายมหาชน” (Sphere of Public Law)