

บทที่ ๑

หลักการที่เป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง

หลักการที่เป็นรากฐานของกฎหมายปกครองที่สำคัญ ๆ นั้นมีอยู่ ๓ ประการ คือ หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย หลักนิติรัฐ และหลักประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแต่ละหลักมีสาระสำคัญดังนี้

๑. หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย

มงเตสกีเยอ (Montesquieu) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดทางการเมืองของผู้ซึ่งถูกกดขี่โดยระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในประเทศฝรั่งเศสและในประเทศอื่น ๆ ในทวีปยุโรปตลอดจนผู้ซึ่งไปตั้งรกรากอยู่ในรัฐต่าง ๆ ในทวีปอเมริกาเป็นอย่างมากโดยบุคคลเหล่านั้นเข้าใจหรือตีความว่า ตามความเห็นของมงเตสกีเยอ นั้นจะต้องแบ่งแยกอำนาจออกเป็น ๓ อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และจะต้องมีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจด้วย โดยให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ให้รัฐบาลเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้นี้ย่อมชักนำไปสู่ระบบการเมืองที่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาด โดยผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจดังกล่าวนั้นจะต้องไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันและไม่เข้าไปก้าวก่ายในการใช้อำนาจของกันและกัน ความเข้าใจเช่นนี้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกและมีอิทธิพลต่อการตั้งระบบการเมืองที่เรียกว่า “ระบบประธานาธิบดี” (Presidential System) ขึ้นในสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกในโลก^{๖๐}

ศาสตราจารย์ ฟรองซีส – ปอล เบโนต์ (Francis – Paul BENOÎT) ได้วิเคราะห์แนวความคิดของมงเตสกีเยอ ว่าการที่มงเตสกีเยอ กล่าวว่า มี “อำนาจ” (pouvoirs) ๓ อำนาจนั้น ที่จริงแล้ว มงเตสกีเยอ มุ่งหมายถึง “หน้าที่” (fonctions) ๓ หน้าที่มากกว่า คือ หน้าที่ในการออกกฎหมาย (legislative function) ซึ่งจะต้องแยกต่างหากจากกัน^{๖๑}

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายความหมายและสาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ พอสรุปได้ว่า^{๖๒} รัฐมีฐานะเป็นบุคคลอีกคนหนึ่ง แยกต่างหากจาก

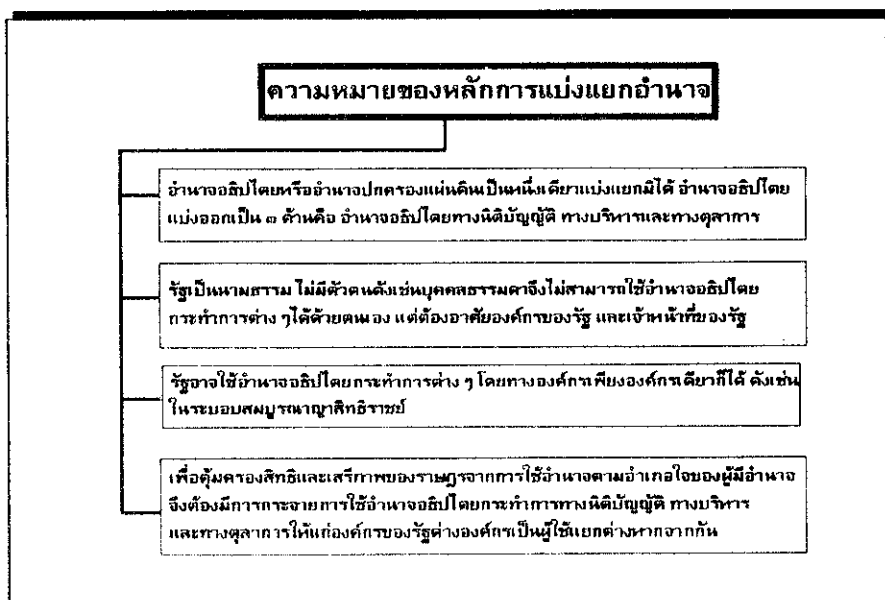
^{๖๐} Hauriou, Gicquel et Gélard, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, ๖^e édition, Montchrestien, Paris, ๑๙๗๕, pp. ๒๓๕ – ๒๓๖.

^{๖๑} Francis – Uaul Benoît, Le Droit Administratif Français, Librairie Dalloz, Paris ๑๙๖๘, pp. ๒๘๓ – ๒๘๗.

^{๖๒} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๑๓ ตอน ๒, ๒๕๓๗, หน้า ๔๒ – ๕๔.

ปัจเจกชนแต่ละคนซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐ โดยรัฐมีความสามารถที่จะทรงสิทธิหรือมีหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมายแยกต่างหากจากปัจเจกชน โดยรัฐเป็นเจ้าของอำนาจปกครองแผ่นดินที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” แต่เนื่องจากรัฐเป็นนิติบุคคล รัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการได้ด้วยตนเอง รัฐจึงต้องมีบุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการได้ด้วยตนเอง รัฐจึงต้องมีบุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการแทนตนและในนามของตน บุคคลที่ใช้อำนาจแทนและในนามของรัฐนี้เรียกว่า “องค์กรของรัฐ”^{๒๓} ต่างกันในข้อที่ว่า การแบ่งแยกอำนาจเป็นไปอย่างไม่ครั้งครัด โดยรัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติกับรัฐสภาได้ สมาชิกรัฐสภาอาจเป็นรัฐมนตรีได้ รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีมีความสัมพันธ์กันในลักษณะถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยคณะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภาและอยู่ในตำแหน่งได้นานเพียงพอที่รัฐสภายังคง ให้ความไว้วางใจอยู่เท่านั้น เมื่อรัฐสภามีมติไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีต้องออกจากตำแหน่ง แต่ในขณะเดียวกันนายกรัฐมนตรีก็มีสิทธิเสนอแนะให้ประชุมของรัฐสภาได้^{๒๔} (โปรดดูแผนภูมิที่ ๗)

แผนภูมิที่ ๗



^{๒๓} R. Carre de Malberg, Contribution la Theorale de l'Etat, Tome I, ๑๙๒๐, pp. ๒๕๖ -

๒๕๘.

^{๒๔} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วใน (๒๒), หน้า ๔๒ - ๕๔.

๒. หลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่า^{๒๔} ตามแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้นถือว่า แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมายซึ่งมีอยู่ ๒ ทฤษฎีหลัก ๆ คือ

(๑) ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจของตนเองด้วยความสมัครใจ (autolimitation) ซึ่ง เบียร์ริง (Ihering) และ เจลลิเนค (Jellinek) นักปราชญ์เยอรมันเป็นผู้เสนอทฤษฎีนี้มีหลักว่า รัฐไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้น และกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นมาก็คือรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญจะกำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่ที่องค์กรใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร

(๒) ทฤษฎีนิติรัฐ (Legal State) ซึ่ง การ์เร เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg) ได้นำเสนอแนวความคิดว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่ต้องให้ความยินยอมกฎหมายมหาชนให้อำนาจแก่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ผลที่ตามมาก็คือ จะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร (กฎหมายสั่งทางปกครอง) ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้คำอธิบายแนวความคิดและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐไว้^{๒๕} พอสรุปได้ว่า รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่รัฐก็ต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำเป็นต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นกระทำการบางอย่างโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่าองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกลั่นแกล้งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกลั่นแกล้งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร^{๒๖}

หลักนิติรัฐมีสาระสำคัญอยู่ ๓ ประการด้วยกันคือ

(๑) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไป

^{๒๔} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้วใน (๔), หน้า ๔๔ - ๔๕.

^{๒๕} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "นิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย". ในหนังสือ "ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน".

^{๒๖} P. Bockelmann, "The principle of the Rule of Law", in "Law and State", Tübingen, Institute of Scientific Cooperation, vol. ๔, ๑๙๗๑ อ้างไว้ใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วใน (๒๒), หน้า ๓.

ในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไรและกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

(๒) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

(๓) การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี การควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่าย ตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ (โปรดดูแผนภูมิที่ ๘)

แผนภูมิที่ ๘

หลักนิติรัฐ

การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

การควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้บัญญัติรับรองหลักนิติรัฐ ดังกล่าวข้างต้นไว้ในมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่งว่า

“มาตรา ๒๙ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

นอกจากนี้ บทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญฯ ก็จะนำหลักการดังกล่าวข้างต้น ไปบัญญัติรับรองไว้เป็นวรรคสองของแต่ละมาตรา โดยวรรคหนึ่งจะบัญญัติรับรองสิทธิหรือเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งให้แก่บุคคล เช่น มาตรา ๕๐ วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” ส่วนวรรคสองของมาตรา ๕๐ บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์การศึกษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ ..”

๓. หลักประโยชน์สาธารณะ

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้^{๒๔} พอสรุปได้ดังนี้

ในกฎหมายเอกชนถือว่า เอกชนต่างฝ่ายต่างมุ่งประโยชน์ส่วนตัวของตน กฎหมายจึงต้องถือว่าเอกชนเสทหมอภาคและเท่าเทียมกันตามกฎหมาย นิติสัมพันธ์ที่จะเกิดขึ้นจึงต้องอาศัยความสมัครใจเข้าก่อนนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ดังนั้น สัญญาจึงเป็นที่มาของนิติสัมพันธ์ส่วนใหญ่ในระหว่างเอกชนด้วยกัน นอกจากนั้น หากมีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่หรือไม่ปฏิบัติตามที่ตกลงกันไว้ เอกชนก็จะบังคับกันเองไม่ได้ แต่จะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลให้บังคับให้

แต่ในกฎหมายมหาชน มีการคิดค้น “รัฐ” ขึ้นมาเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมาก ในกรณีนี้ที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคมหรือที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” จะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็จะต้องให้รัฐโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะแทนและในนามของคนหมู่มากในสังคมได้ โดยให้องค์กรของรัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจหน้าที่บังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะได้

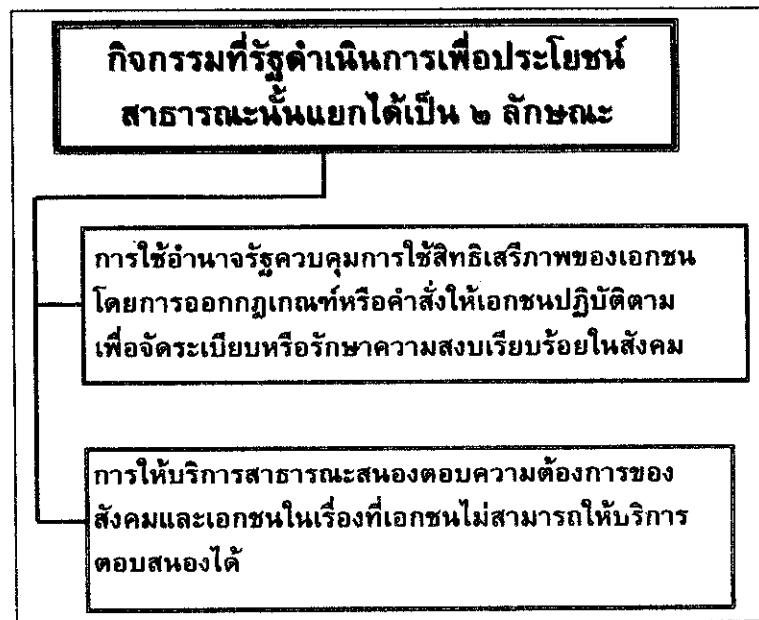
ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะหรือความต้องการของคนหมู่มากในสังคมจึงเป็นหัวใจของกิจการของรัฐและเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการทุกอย่างขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

^{๒๔} บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม ๓ : ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๘), หน้า ๒๔๘ - ๓๐๑.

เมื่อมีหลักว่าองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้แทนของรัฐต้องการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งต่างจากปัจเจกชนที่ทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ผลทางกฎหมายมหาชนที่ตามมาก็คือ รัฐ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีฐานะเหนือกว่าเอกชน

กิจกรรมของรัฐซึ่งดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นแยกได้เป็น ๒ ลักษณะ คือ การใช้อำนาจควบคุมโดยการออกกฎเกณฑ์หรือคำสั่งให้คนในสังคมปฏิบัติตามเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง และการให้บริการสนองตอบความต้องการด้านต่าง ๆ ของคนในสังคม (โปรดดูแผนภูมิที่ ๔)

แผนภูมิที่ ๔



๓.๑ การใช้อำนาจควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง

ในประเทศฝรั่งเศสเรียกกิจกรรมของรัฐที่เป็นการใช้อำนาจควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองว่า กิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” (police administrative) ซึ่ง ศาสตราจารย์ฌ็อง ริเวโร ปรมาจารย์ทางกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสอธิบายไว้^{๒๔} พอสรุปได้ดังนี้

^{๒๔} Jean Rivero et Jean Waline, Droit administratif, ๑๖^e edition, Dalloz, ๑๙๙๖.

๓.๑.๑ ความหมายของกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง”

ในสังคมที่มีระเบียบ การใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระของปัจเจกชนจะต้องอยู่ภายในกรอบและเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่รัฐได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว องค์การของรัฐฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปออกคำสั่งเป็นการเฉพาะรายและปฏิบัติการทางกายภาพเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์และหรือคำสั่งที่ได้ออกไว้ เพื่อบังคับการใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระของปัจเจกชนให้เคารพปฏิบัติตามระเบียบวินัยที่รัฐได้กำหนดไว้เพื่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม ทั้งนี้ ภายในกรอบของกฎหมาย

๓.๑.๒ วัตถุประสงค์ของกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง”

วัตถุประสงค์ของกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” คือ การป้องกันมิให้มีการกระทำที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและการระงับการกระทำดังกล่าวเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย กิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” จึงแตกต่างจาก “ตำรวจทางคดี” (police judiciaire) ซึ่งเป็นกิจกรรมของรัฐอีกประเภทหนึ่งที่เป็นการปราบปรามหรือการดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือคำสั่งขององค์การหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การแยกแยะกิจกรรมของรัฐทั้งสองประเภทดังกล่าวข้างต้นมีผลในทางปฏิบัติคือกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์การของรัฐฝ่ายบริหารและข้อพิพาทเกี่ยวกับกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ส่วนกิจกรรม “ตำรวจทางคดี” อยู่ในความดูแลขององค์การของรัฐฝ่ายตุลาการโดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารเป็นผู้ดำเนินการสืบสวนจับกุมตัวผู้ต้องหาสอบสวน ทำสำนวนเพื่อเตรียมเรื่องให้องค์การของรัฐฝ่ายตุลาการพิจารณาพิพากษาและลงโทษผู้กระทำผิดต่อไป

กิจกรรมทั้งสองอาจใช้บุคลากรของรัฐกลุ่มเดียวกันหรือคนเดียวกันก็ได้ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐมีอำนาจหน้าที่ทั้งในด้านการป้องกันมิให้มีการกระทำที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อให้มีการลงโทษบุคคลดังกล่าวได้

๓.๑.๓ มาตรการในการใช้อำนาจของ “ตำรวจทางปกครอง”

ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับมอบหมายให้ดูแลรับผิดชอบการรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตพื้นที่หนึ่งพื้นที่ใด โดยมีอำนาจหน้าที่และมาตรการในการดำเนินการเป็นการทั่วไปถือว่าเป็นกิจกรรม “ตำรวจทางปกครองทั่วไป” (police générale) แต่ในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดมาตรการในการป้องกันมิให้มีความไม่สงบเรียบร้อยในเรื่องหนึ่งเรื่องใดไว้เป็นพิเศษ (เช่น การควบคุมการก่อสร้างอาคาร การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม การควบคุมการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว เป็นต้น) ถือว่าเป็นกิจกรรม “ตำรวจทางปกครองเฉพาะ” (police spéciale) ด้วย

มาตรการในการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองทั่วไปมีอยู่ ๓ ประการคือ

(๑) การออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป

องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรับผิดชอบกิจกรรมตำรวจทางปกครองมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเพื่อจำกัดหรือควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชนให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีสภาพบังคับเป็นโทษทางอาญาสำหรับผู้ซึ่งฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าว

(๒) การออกคำสั่งที่มีผลใช้บังคับเฉพาะราย

องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรับผิดชอบกิจกรรมตำรวจทางปกครองมีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะออกคำสั่งอนุญาต คำสั่งห้ามมิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด (เช่น ห้ามมิให้มีการประชุมหรือการชุมนุมที่อาจนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อย) คำสั่งให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด (เช่น สั่งให้ผู้ชุมนุมประทัวงสลายตัว) การออกคำสั่งเช่นว่านี้โดยปกติทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจทำด้วยวาจาหรือโดยวิธีการอื่น (เช่น เจ้าพนักงานจราจรโบกมือให้รถหยุดหรือสัญญาณไฟจราจร (ไฟเขียว - ไฟแดง))

(๓) การใช้กำลังปฏิบัติการ

ในกรณีที่ต้องดำเนินการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง องค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรับผิดชอบกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” อาจใช้อำนาจกำลังปฏิบัติการได้ไม่ว่าจะเป็นการใช้อาวุธปืน การใช้กำลังเจ้าหน้าที่ผลักดันหรือสลายฝูงชน หรือการบังคับทางปกครอง

๓.๑.๔ การจัดองค์กรผู้ใช้อำนาจ “ตำรวจทางปกครอง”

กรณีต้องแยกแยะระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจ “ตำรวจทางปกครอง” ซึ่งมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์และคำสั่งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองกับเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์และคำสั่งดังกล่าว

องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐบางองค์กรอาจมีทั้งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์และคำสั่งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองและมีอำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ตำรวจด้วย แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐบางองค์กร (เช่น ผู้บริหารท้องถิ่น) อาจมีแต่เพียงอำนาจในการออกกฎเกณฑ์และคำสั่งโดยไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ตำรวจด้วย

๓.๒ บริการสาธารณะ

ศาสตราจารย์ ฌีว โร อธิบาย^{๓๐} ว่า นอกจากกิจกรรม “ตำรวจทางปกครอง” แล้ว องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารยังมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจกรรมที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” (Swevice public) คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจ

^{๓๐} Jean Rivro et Jean Waline, อ้างแล้วใน (๒๔), หน้า ๓๔๔.

ตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ฯลฯ

กิจกรรมของรัฐประเภทนี้จึงเป็นการที่รัฐจัดทำหรือจัดให้มี (โดยอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ) บริการต่าง ๆ ที่เป็นการต้องการของสังคมซึ่งเอกชนไม่อยู่ในฐานะที่จะจัดทำได้เอง

รองศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับแนวความคิดและหลักกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะของฝรั่งเศสไว้^{๙๙} พอสรุปได้ดังนี้

๓.๒.๑ ความหมายของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะนั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการคือ

(๑) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งหมายถึง กรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเอง อันได้แก่ กิจกรรมที่รัฐ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจ เป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายความรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย

(๒) กิจกรรมดังกล่าวในข้อ (๑) จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

๓.๒.๒ ประเภทของบริการสาธารณะ

รองศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้คำอธิบายไว้^{๑๐๐} พอสรุปได้ว่ากฎหมายปกครองฝรั่งเศสแบ่งบริการสาธารณะออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ บริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

๓.๒.๒.๑ บริการสาธารณะทางปกครอง

บริการสาธารณะทางปกครองคือ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน กิจกรรมเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน บริการสาธารณะประเภทนี้ฝ่ายปกครองต้องอาศัยอำนาจพิเศษตามกฎหมายมหาชนในการจัดทำ

บริการสาธารณะทางปกครองส่วนใหญ่จะเป็นกิจกรรมที่รัฐจัดทำให้ประชาชนโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน และนอกจากนี้ เนื่องจากเนื้อหาของบริการสาธารณะทางปกครองจะเป็นเรื่องที่เป็หน้าทีเฉพาะของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำ รวมทั้งอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้น บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้

^{๙๙} นันทวัฒน์ บรมานันท์, บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๑, ๒๕๔๑).

^{๑๐๐} เรื่องเดียวกัน, หน้า ๙ - ๑๓.

บริการสาธารณะทางปกครองจะได้แก่ กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ และการคลัง เป็นต้น

แต่เดิมนั้น บริการสาธารณะทุกประเภทจัดว่าเป็นบริการสาธารณะทางปกครองทั้งสิ้น แต่ต่อมาเมื่อกิจกรรมเหล่านี้มีมากขึ้นและมีรูปแบบและวิธีการการในการจัดทำที่แตกต่างกันออกไป จึงเกิดประเภทใหม่ ๆ ของบริการสาธารณะขึ้นมาอีก

๓.๒.๒.๒ บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมคือ บริการสาธารณะที่คล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนทั้งในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ แหล่งที่มาของเงินทุน และวิธีปฏิบัติงาน

ข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะทางปกครองกับบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีอยู่ ๓ ประการด้วยกันคือ^{๓๓}

(๑) วัตถุประสงค์แห่งบริการ

บริการสาธารณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์แห่งบริการคือ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนในประเทศแต่เพียงอย่างเดียว ส่วนบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น มีวัตถุประสงค์แห่งบริการด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชนคือ เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน

(๒) วิธีปฏิบัติงาน

บริการสาธารณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นแบบเดียวกัน มีระบบบังคับบัญชาซึ่งใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน ในขณะที่บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีวิธีปฏิบัติงานที่สร้างขึ้นมาจากตนเองแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ

(๓) แหล่งที่มาของเงินทุน

บริการสาธารณะทางปกครองจะมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐแต่เพียงอย่างเดียวโดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบเงินทุนทั้งหมดที่นำมาใช้จ่ายในการดำเนินการ ส่วนบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น แหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนการบริการของผู้ใช้บริการ

นอกจากนี้ผู้ใช้บริการของบริการสาธารณะทั้งสองประเภทยังมีสถานภาพที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ผู้ใช้บริการสาธารณะทางปกครองนั้น สถานภาพของผู้ใช้บริการจะถูกกำหนดโดยกฎข้อบังคับทั้งหมด ซึ่งรวมถึงแต่การกำหนดองค์กร การจัดองค์กร และการปฏิบัติงาน การใช้บริการสาธารณะประเภทนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บริการกับผู้ให้

^{๓๓} Jean de SOTO, Droit administratif. Théorie Générale du service public, Edition Montchrétien, Paris, ๑๙๘๑, p.๓๗, อ้างไว้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้วใน (๓๑), หน้า ๑๒.

บริการจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไข ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมจะมีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายมหาชน