บทที่ 2

ความหมาย แนวคิดและพัฒนาการของการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง

ในนิติรัฐเรียกร้องการกระทำของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของรัฐประการใด ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่กระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนจำต้องมีกฎหมายให้อำนาจและภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดอำนาจไว้เท่านั้น หากการกระทำใดของรัฐที่ปรากฏว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นสุดลงและหากมีความเสียหากเกิดขึ้นก็ต้องมีการเยียวยา ทั้งนี้การทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้สิ้นสุดลงนั้นทำได้โดยให้สิทธิประชาชนในการโต้แย้งการกระทำที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อองค์กรภายในฝ่ายปกครองหรือองค์กรภายนอกที่มีความอิสระ (Autonomy) เป็นกลางและมีวิธีพิจารณาที่เหมาะสม ซึ่งคือองค์กรศาล ส่วนจะเป็นศาลในระบบศาลคู่หรือระบบศาลเดี่ยวก็แล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละสังคม

เครื่องมือประการหนึ่งที่สำคัญและมีการใช้กันมากในความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองเข้าไปมีต่อประชาชนก็คือ คำสั่งทางปกครอง (Acte administratif) เป็นการกระทำของรัฐอย่างหนึ่งซึ่งก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ฉะนั้นการควบคุมคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายก็จำต้องเปิดโอกาสให้มีการทบทวน (Review) คำสั่งทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือหากไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะต้องมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นต่อไปทั้งนี้เพื่อรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไว้

2.1 ทฤษฎีว่าด้วยการออกคำสั่งทางปกครอง

การที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองไปบังคับประชาชน ไม่เพียงแต่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาถึงกฎหมายที่ให้อำนาจเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายปกครองด้วย เพื่อให้มีผลบังคับโดยตรงกับการกระทำทางปกครองทุกประเภท โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้

2.1.1 หลักนิติรัฐที่ใช้ในการควบคุมการออกคำสั่งทางปกครอง

แนวคิดเรื่องนิติรัฐเกิดขึ้นจากการจำกัดอำนาจของตนเองของรัฐ[1] ซึ่งเป็นคำที่นักประวัติศาสตร์และนักปรัชญาการเมืองตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งยอมรับรอง (Certify) และให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชน เพื่อที่ประชาชนจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ราษฎรแต่ละคนจะเห็นสมควร[2]นิติรัฐ (État de droit) เป็นระบบที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนและมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ[3] ในบางกรณีรัฐต้องรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมจำต้องบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เหมือนกัน แต่รัฐให้คำมั่นต่อประชาชนว่าองค์กรของรัฐจะกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง เป็นการทั่วไปว่าองค์กรของรัฐจะกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร ฉะนั้นในการเข้าไปแทรกแซง (Interference) สิทธิและเสรีภาพของประชาชนองค์กรของรัฐจะต้องตรวจสอบดูเสียก่อนว่ามีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่และภายในขอบเขตอย่างไร องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจกล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ตามอำเภอใจตรงกันข้ามอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอยู่อย่างจำกัด[4]

อนึ่ง เพื่อที่จะให้การปกครองโดยกฎหมายดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพประชาชนผู้ซึ่งเห็นว่าตนเองถูกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Public Authority) ล่วงละเมิด (Infringed) สิทธิเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน (Discussion) การกระทำขององค์กรที่ตนเห็นว่าขัดต่อกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่[5]นอกจากนี้หลักการสำคัญ ๆ ของนิติรัฐจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยถ้าไร้ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจ

จากที่กล่าวมาสรุปสาระสำคัญของนิติรัฐ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ[6]ดังนี้

---

[1]โภคิน พลกุล. (2525). **เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายมหาชน.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 86.

[2]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. **รวมบทความทางวิชาการบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 1.

[3]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). **กฎหมายมหาชน เล่ม 3.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 279.

[4]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์**.** (2538). **การกระทำทางปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง.** กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**.** หน้า 3-4.

[5]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์**.** เรื่องเดียวกัน**.** หน้า 5.

[6]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2533). การควบคุมใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. **บทบัณฑิตย์**, 3. หน้า 136.

(1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislation)

(2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องมีความชัดเจนและจะต้องไม่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเกิดกว่าความจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

(3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดีจะต้องเป็นอำนาจขององค์ตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระ

2.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายเดิมเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนว่าต้องด้วยกฎหมาย เพราะถือว่ารัฐและพระมหากษัตริย์ทรงสมบูรณาญาสิทธิราชย์ตลอดจนข้าราชการที่ทำแทนพระองค์นั้นเป็นองค์อธิปัตย์จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายที่ทรงออก ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการกระทบสิทธิของประชาชนนั้นต้องดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมาย ในระยะแรกหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ยังไม่ครอบคลุมองค์กรนิติบัญญัติเนื่องจากเห็นว่าองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรผู้แทนปวงชนเจ้าของอำนาจสูงสุดนั่นเอง จนกระทั่งในปัจจุบันได้ยอมรับกันเป็นหลักสากลว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายครอบคลุมสถาบันทุกสถาบันในรัฐทั้งสถาบันบริหาร นิติบัญญัติและตุลาการ ทั้งนี้เพื่อดำรงไว้ซึ่งการปกปักรักษาสิทธิ เสรีภาพให้ปลอดจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ[7]

ในนิติรัฐการดำเนินการทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายหรือในทางปฏิบัติการมีพื้นฐานที่มาจากอำนาจแห่งระบบกฎหมายที่ได้ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองใดหากการกระทำนั้นก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิ เสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดอำนาจไว้เท่านั้น[8] ฉะนั้นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ[9]

---

[7]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 275 - 277.

[8]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 20 - 21.

[9]เรื่องเดียวกัน. หน้า 20-26.

2.1.2.1 หลักความมาก่อนของกฎหมาย

หลักความมาก่อนของกฎหมาย หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปของบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำอื่น ๆ ของรัฐที่เป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้[10] หลักการนี้กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง การผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ ฯลฯ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการนั้นให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐ (Puissance publique) และความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

2.1.2.2 หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักกฎหมายนี้ได้กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้อง แต่เพียงแค่ให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจจึงเรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งนั้น คือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา อย่างไรก็ตาม หลักนิติรัฐและหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หมายถึง รัฐสภาซึ่งมีสมาชิกได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ประชาชน ด้วยเหตุนี้ หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภา

---

[10]บรรเจิด สิงคเนติ. (2543). **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 26.

ซึ่งจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจโดยอำนาจของตนเองไม่ได้สำหรับหลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนจะได้คาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใด ๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ประพฤติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปดังกล่าวจะกำหนดโดยองค์กรฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับมอบหมายจากรัฐสภา ในที่สุดอาจให้เหตุผลสำหรับการยอมรับหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจได้จากหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพจะทำได้ก็แต่โดยรัฐสภาและภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น องค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใด ๆ ที่เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในแกนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจดังกล่าว

2.2 ความหมายและเจตนารมณ์ของการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง

จากหลักนิติรัฐที่การปกครองต้องดำเนินการไปตามกฎหมาย เพื่อเป็นการประกันว่าฝ่ายปกครองได้ยึดหลักการเช่นนั้นจริง จึงจำต้องมีระบบการตรวจสอบ ทบทวนเพื่อควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในขณะเดียวกันก็เป็นการประกันความเป็นธรรม[11] ของประชาชนต่อการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยสามารถกล่าวถึงความหมายและเจตนารมณ์ของการทบทวนคำสั่งทางปกครองและการตรวจสอบคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

2.2.1 การทบทวนคำสั่งทางปกครอง

การทบทวนคำสั่งทางปกครอง คือ การกลับมาพิจารณาคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปแล้วอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งในที่นี้ก็คือ การอุทธรณ์ การพิจารณา[12] และการพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ เพื่อให้มีผลเป็นการเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครอง การให้สิทธิประชาชนในการอุทธรณ์และขอให้พิจารณาใหม่ (การทบทวนคำสั่งทางปกครอง (Grounds for Review)) ต่อฝ่ายปกครองมีขึ้นเพื่อเจตนารมณ์หลายประการ

ประการแรก ในแง่ของประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง การทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นมาตรการเยียวยาทางปกครองอย่างหนึ่งมีขึ้นเพื่อให้ประโยชน์ของประชาชนในกรณีที่ไม่พอใจต่อคำสั่งทางปกครอง จึงได้โต้แย้งเพื่อให้เพิกถอนหรือ

---

[11]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2539). กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง. **วารสารกฎหมายปกครอง**, 15(2). หน้า 5.

[12]บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2543). การทบทวนและการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง. **รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 235.

เปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองดังกล่าว การทบทวนคำสั่งทางปกครองจึงเป็นมาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ประการที่สอง ในแง่ของฝ่ายปกครองเอง การเปิดโอกาสให้ทบทวนคำสั่งทางปกครองก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสรับรู้และแก้ไขการสั่งการที่ผิดพลาดหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยตนเอง[13] โดยเฉพาะในกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ที่ขัดต่อกฎหมายได้เอง โดยไม่ต้องรอให้มีการร้องขอให้มีการทบทวนคำสั่งทางปกครองหรือรอให้ผ่านกระบวนการพิจารณาทางศาลเสียก่อน ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการทบทวนคำสั่งทางปกครองเป็นมาตรการในการตรวจสอบแก้ไขความบกพร่องหรือผิดพลาดของฝ่ายปกครองเพื่อให้การบริหารงานของรัฐมีประสิทธิภาพ ประการที่สามในแง่ของการดำเนินคดีในศาล การเปิดโอกาสให้มีการทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้นเพื่อให้คดีที่ขึ้นสู่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองมีลักษณะของข้อพิพาทที่เด่นชัดขึ้นและมีผลเป็นการลดจำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาล เนื่องจากข้อพิพาทบางเรื่องอาจระงับลงในขั้นตอนของการทบทวนคำสั่งทางปกครอง การทบทวนคำสั่งทางปกครองจึงเป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการบริหารงานยุติธรรมทางปกครองที่ดี[14]

2.2.2 การตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง

การตรวจสอบ คือ การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนการออกคำสั่งทางปกครองหรือได้ออกคำสั่งทางปกครองว่าฝ่ายปกครองได้ดำเนินการถูกต้องหรือไม่ในแง่นี้การตรวจสอบจึงหมายถึงการควบคุมก่อนการกระทำ ซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดกฎหมายขึ้น[15]และรวมถึงการควบคุมภายหลังที่ได้มีคำสั่งทางปกครองไปแล้วเพื่อกำจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยเหตุที่รัฐสมัยใหม่จะปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยซึ่งเป็นระบบการเมืองยังรวมไปถึงระบบการปกครองโดยกฎหมายหรือนิติรัฐในระบบการปกครองเช่นนี้องค์กรของรัฐมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมาย เพราะในปัจจุบันการดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองครอบคลุมกิจกรรมทุกประเภทของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นทางเศรษฐกิจ สังคมหรือการเมือง ตั้งแต่เกิดจนตาย ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ปลอดจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย การตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจจึงเป็นพื้นฐานสำคัญยิ่งในการคุ้มครองสิทธิและ

---

[13]ฤทัย หงส์สิริ. (2541). การทบทวนคำสั่งทางปกครอง**. รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 109.

[14] เรื่องเดียวกัน. หน้า 109-110.

[15]ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2544). **คำอธิบายกฎหมายปกครอง (**พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 266.

เสรีภาพของประชาชนที่จะขาดมิได้ เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและการเคารพในสิทธิเสรีภาพของประชาชน[16]

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่งที่แสดงออกโดยผ่านทางบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้แทนของตนที่เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” โดยเฉพาะการแสดงเจตนาหรือการกระทำของบุคคลธรรมดาที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย แต่มิได้มีผลผูกพันบุคคลธรรมดาที่ได้แสดงเจตนาหรือกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐแต่อย่างใด[17] มีดังนี้

2.3.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองมีความหมายกว้างมาก รวมถึงการกระทำทุกอย่าง เช่น การบอกกล่าว การจ่ายเงิน การจัดการสิ่งกีดขวางจราจร การสร้างหรือรื้อสิ่งปลูกสร้าง การขนส่ง การยิงปืนของเจ้าพนักงานตำรวจ การให้ความเห็น การดูแลอาคาร การสร้างสถานที่ของทางราชการ เป็นต้น แม้ในทางปฏิบัติการกระทำทั่ว ๆ ไปทางปกครองจะมีบทบาทมาก แต่ในทางกฎหมายแล้วถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา[18]ซึ่งไม่มีบทบาทในทางกฎหมายแต่อาจมีผลทางแพ่งในลักษณะนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้[19]

การนิยามคำว่า “การกระทำทางปกครอง” ทำได้ 2 วิธี คือ โดยพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำทางปกครองนั้น ๆ วิธีหนึ่งและโดยพิจารณาว่าการกระทำนั้น ๆ มาจากองค์กรฝ่ายปกครองอีกวิธีหนึ่ง[20]ซึ่งการให้ความหมายดังกล่าวคือการนิยามในเชิงปฏิเสธประการหนึ่ง หมายความว่า การกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการแต่เป็นอำนาจในฝ่ายบริหารที่เป็นฝ่ายปกครองมิใช่ฝ่ายการเมือง ประการที่สองการนิยามในเนื้อหาของการกระทำ

---

[16]ภูริ ชญาวัฒนรุ่ง. (2542). **LW *101* หลัก*กฎหมาย*มหาชน.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 460 - 461.

[17]สมยศ เชื้อไทย. (2543). การกระทำทางปกครอง. **วารสารนิติศาสตร์, 17 (3).** หน้า 60.

[18]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). **องค์ประกอบ*ของ* นิติ*กรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 141.

[19]กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2539). **กฎหมายปกครอง คำบรรยาย บทความ รายงานการศึกษา**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 13.

[20]ประยูร กาญจนดุล. (2538). ***คำบรรยายกฎหมายปกครอง*** **(**พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 158.

ทางปกครอง คือ การกระทำที่มีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิของประชาชน โดยรวมถึงการกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชนและการวางแผนต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย[21]การกระทำทางปกครองเหล่านี้จะไม่รวมถึงการกระทำของฝ่ายปกครองในทางแพ่งรวมอยู่ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำทางปกครองคือ การกระทำหรือการละเว้นกระทำทุกประเภทของ “องค์กรทางปกครอง” ซึ่งผลอาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรทางปกครองได้[22]

2.3.2 รูปแบบของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐฝ่ายปกครองซึ่งโดยปกติต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับการกระทำอื่น ๆของรัฐ การกระทำทางปกครองจะเป็นสาระสำคัญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ย่อมไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้นตามหลักกฎหมายปกครอง (Administrative Law)ได้ การกระทำทางปกครอง แบ่งประเภทได้ ดังนี้

(1) ปฏิบัติทางปกครอง

หมายถึง การองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐและในนามของหน่วยงานดังกล่าวโดยที่การกระทำนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งของคำสั่งทางปกครองดังจะกล่าวต่อไป[23]

ปฏิบัติการทางปกครองมีหลายรูปแบบอาจเป็นการกระทำในกระบวนพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง หรืออาจจะเป็นมาตรการบังคับทางปกครองก็ได้[24] โดยทั่วไปในการปฏิบัติการทั่ว ๆ ไปของฝ่ายปกครองแม้จะมีความสำคัญในทางปฏิบัติแต่ก็ไม่ค่อยมีผลในทางปกครองในทางกฎหมายเท่าใดนัก ปฏิบัติการทางปกครองมีบทบาทในระดับรองเพราะแม้ว่าจะก่อให้เกิดภาระหน้าที่ แต่ก็เป็นผลในลักษณะโดยอ้อม เช่น เป็นต้นเหตุของความเสียหายซึ่งก่อให้เกิดสิทธิในการเยียวยา เป็นต้น โดยส่วนใหญ่ปฏิบัติการทางปกครองเป็นเพียงการ

---

[21]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 19. หน้า 14-15.

[22]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพฯ : จิรรัชการพิมพ์. หน้า 99.

[23]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). **การกระทำทางปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์. หน้า 23.

[24]เรื่องเดียวกัน. หน้า 23.

ดำเนินการในทางวัตถุตามภาระหน้าที่ที่มีอยู่ ซึ่งหมายความว่า ปฏิบัติการทางปกครองมิใช่บ่อเกิดแห่งสิทธิหรือหนี้หากแต่สิทธิและหนี้ของบุคคลใดหรือฝ่ายปกครองมีอยู่แล้วตามกฎหมาย[25]

ปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การตรวจตราว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เช่น ตรวจโรงงาน แรงงาน อาคาร ซึ่งไม่มีผลอะไรไปกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรงแต่ถ้ามีการสั่งการจะเริ่มมีการกระทบสิทธิ เพราะฉะนั้นการปฏิบัติการทางปกครองมักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาท แต่อาจร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาได้[26]

(2) คำสั่งทางปกครอง

เนื่องจากการทบทวนและตรวจสอบคำสั่งทางปกครองเป็นการทบทวนและตรวจสอบการกระทำทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การกระทำทางปกครองประเภทอื่น ได้แก่ ความรับผิดของรัฐหรือสัญญาทางปกครองย่อมไม่อยู่ในขอบเขตของการทบทวนคำสั่งทางปกครอง (ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ แต่ก็อาจขอให้มีการทบทวนได้เช่นกัน) ดังนั้นจึงต้องศึกษาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองลักษณะใดเป็นการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครอง เพื่อนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของการทบทวนคำสั่งทางปกครองไปใช้ให้ถูกกต้องกับการกระทำทางปกครองเฉพาะที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งสามารถพิจารณาลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ดังนี้

ก. ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครอง[27] เป็นศัพท์ทางกฎหมายที่พัฒนามาจากแนวความคิดในเรื่อง Acte Administratif ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและ Verwaltungsakt ในกฎหมายปกครอง

---

[25]ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2547). **รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.** กรุงเทพฯ: ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 23.

[26]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 19. หน้า 36.

[27]ช่วงระยะแรกในการพยายามนำแนวคิดทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่เข้าใจกันในปัจจุบันมาใช้นั้นนักกฎหมายมหาชนไทยแปลคำว่า Acte Administratif ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสว่า “การกระทำในทางปกครอง” ต่อมาศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้เสนอให้แปลว่า นิติกรรมทางปกครอง โดยเห็นว่าการแปลคำดังกล่าวว่าการกระทำในทางปกครอง อาจมีความหมายกว้างเกินไป ซึ่งรวมถึงการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวแต่อาจมีผลในทางกฎหมายด้วย เช่น ละเมิดทางปกครองโดยเทียบเคียงกับคำว่า Juristic Act ในนิติกรรมทางกฎหมายแพ่ง แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อถกเถียงจากนักกฎหมายมหาชนบางส่วนว่า ทฤษฎี Acte Administratif ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและ Verwaltungsakt ในกฎหมายปกครองเยอรมันไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรม เนื่องจากเห็นว่าสารัตถะประการหนึ่งของการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครอง คือ อำนาจมหาชนซึ่งไม่กฎในคำว่า นิติกรรม แต่อย่างใด และยังใช้คำว่า การกระทำในทางปกครอง อยู่และจะกล่าวถึง Acte Administratif เฉพาะในบริบทของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เท่านั้น ส่วนในกฎหมายไทยก็ใช้คำว่า คำสั่งทางปกครอง และ กฎ

เยอรมัน โดยนักวิชาการกฎหมายมหาชนไทยได้ยอมรับ ใช้ และแปลคำศัพท์ทั้งสองนี้ว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างไรก็ตามยังคงมีปัญหาความชัดเจนในการแปลคำศัพท์ทั้งสองนี้เหมือนกัน เนื่องจากขอบเขตแห่งเนื้อหาของคำว่า Act Administratif ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและ Verwaltungsakt ในกฎหมายปกครองเยอรมัน นั้นต่างกัน โดย Verwaltungsakt ตามมาตรา 35 วรรคแรก แห่ง VwVfG[28]บัญญัติความหมายไว้ว่า หมายถึง คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการทางปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง เฉพาะราย ที่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ส่วน Acte Administratif ในกฎหมายปกครอง (Droit administratif) ฝรั่งเศสนั้น พัฒนามาจากคำวินิจฉัยของ Conseild’État ซึ่งโดยมีเนื้อหาแห่งความหมายว่า “การแสดงออกซึ่งเจตนาของฝ่ายปกครองในอันที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ หน้าที่ของเอกชนตามกฎหมายปกครอง” ในความหมายของกำหมายปกครองฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่ามีความหมายรวมทั้ง กฎเกณฑ์ที่เป็นกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรายและกรณีทั่วไปด้วยซึ่งมีความหมายที่กว้างกว่าความหมายของกฎหมายปกครองเยอรมัน

ดูเหมือนปัญหาเกี่ยวกับความชัดเจนว่าจะใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” หมดไป โดยมาใช้คำว่า “คำสั่งทางปกครอง”แทนให้มีขอบเขตเช่นเดียวกับ Verwaltungsakt แต่อย่างไรก็ตาม คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” จะถูกลบล้างไปก็หาใช่ เนื่องด้วยนักกฎหมายมหาชนส่วนใหญ่ยังคงใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อยู่ ประกอบกับการดำรงอยู่ของความหมายของคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง”ที่มีความโน้มเอียงไปทาง Acte Administratif ของฝรั่งเศสนั้นย่อมมีประโยชน์ในกรณีที่ต้องการที่จะกล่าวถึง การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์

โดยชัดเจน. โปรดดู อมร จันทรสมบูรณ์. (2527). ข้อสังเกตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา. **วารสารกฎหมายปกครอง**. หน้า531. อ้างถึงใน พิทัฒ กองใจ. (2544). **ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 9-10. และหยุด แสงอุทัย. (2516). **กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้.** กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 39 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 99-101.

[28]Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 § 35 VwVfG “Begriff des Verwaltungsaktes. Verwaltungsakt ist jede Verfugung. Entscheidung odere hoeitliche MaBnahme, die eine BehÖrde zur Regelung eines Einzelfalles auf demGebiet des Öffentlichen Rechtstrifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach auBen gerichtet ist. Allgemeinverfugung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestmmter oder bestimmbsren Personenkreis richtet oder die Öffentliche Eigenschaft einer Sache oder iher Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft. (คำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่ง คำวินิจฉัยหรือมาตรการทางปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายปกครองซึ่งมีผลไปสู่ภายนอก)

ที่มีผลไปสู่ภายนอกในขอบเขตของกฎหมายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง เฉพาะราย หรือกรณีทั่วไป[29] กล่าวอีกในหนึ่ง คือ คำสั่งทางปกครอง ในระบบกฎหมายปกครองไทยนั้นเป็นมาตรการประเภทหนึ่งใน นิติกรรมทางปกครอง

คำสั่งทางปกครอง มีความหมายตามมาตรา 5 ให้นิยาม คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมาย (Exercise of Authority) ของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความถึงการออกกฎ" การให้นิยามเช่นนี้เป็นการสอดคล้องกับแนวความคิดของ Verwaltungsakt ในกฎหมายปกครองเยอรมัน

ข. ลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครอง

จากนิยามของ "คำสั่งทางปกครอง" ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้นิยามโดยถือเอาลักษณะของการแสดงเจตนาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อมุ่งเปลี่ยนแปลงหรือทำให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ หน้าที่โดยเอกชนไม่จำต้องยินยอมและมีลักษณะเฉพาะเรื่องเฉพาะราย ซึ่งเป็นการนิยามถ้อยคำอย่างสอดคล้องกับแนวความคิดในเรื่อง Verwaltungskt ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 35 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 1976 ซึ่งอาจให้ลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

1) การกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ลักษณะสำคัญข้อนี้มิได้พิจารณาเพียงว่าผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่เท่านั้นแต่ยังรวมถึงกรณีที่มีการมอบอำนาจให้แก่องค์กรหรือบุคคลที่มิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยในการใช้อำนาจแทนรัฐและองค์กรของรัฐ[30] เช่น สภาทนายความ แพทย์สภาหรือองค์กรวิชาชีพอื่น ๆ หรือในกรณีที่มอบอำนาจให้บริษัทเอกชน เช่น การตรวจสภาพรถยนต์และออกใบรับรองว่ารถยนต์คันที่มารับตรวจผ่านการตรวจสภาพแล้ว[31]เป็นต้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการพิจารณาว่าการกระทำใด ๆ จะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ มิได้พิจารณาแต่เพียงทางด้านรูปแบบหรือองค์กรเท่านั้นแต่จะต้องพิจารณาถึงทางด้านเนื้อหาของการกระทำนั้นด้วยลักษณะ

---

[29]ถ้าจะพิจารณาในหลักฐานเชิงกฎหมายแล้วก็ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 และมาตรา 72.

[30]กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 145.

[31]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 54.

นี้เป็นการแบ่งแยกระหว่างการกระทำขององค์กรที่มิใช่ฝ่ายรัฐออกจากกการกระทำที่เป็นขององค์กรฝ่ายรัฐ

2) การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครอง

การใช้อำนาจรัฐในการสั่งการฝ่ายเดียวที่จะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นต้องเป็นการใช้อำนาจรัฐในทางปกครองเท่านั้น ในอารยะประเทศซึ่งปกครองโดยระบบประชาธิปไตยมักให้องค์กรของรัฐหลายองค์กรเข้ามาใช้อำนาจรัฐเพื่อให้มีการดุลและคานอำนาจเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชน[32] ได้แก่ การนิติบัญญัติ การบริหาร และการตุลาการ การกระทำที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องเป็นการใช้อำนาจบริหาร (Pouvoir exécutif) ในส่วนของการใช้อำนาจปกครองเท่านั้นและการใช้อำนาจจะต้องเป็นใช้อำนาจปกครองโดยพิจารณาจากกฎหมายอันเป็นที่มาของการใช้อำนาจนั้นว่าเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือระดับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากองค์กรฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การอภิปรายไม่ไว้วางใจ การยุบสภา การแต่งตั้งรัฐมนตรี การพิจารณาร่างกฎหมาย ฯลฯ หรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การประกาศสงคราม การเจริญสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ ฯลฯ ดังกล่าวนี้บางกรณีเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยสภาพและบางกรณีเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งมิใช่การกระทำทางปกครองที่จะเป็นคำสั่งทางปกครอง หากฝ่ายบริหารทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติย่อมเป็นการกระทำทางปกครอง เช่นเดียวกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ หากการกระทำที่มีเนื้อหาเป็นการใช้อำนาจโดยตรงในอำนาจหน้าที่ของตนก็ย่อมไม่เป็นการกระทำทางปกครองตรงกันข้ามหากกระทำการอันมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองแล้วการกระทำนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองได้

3) เป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่เหนือกว่า

ลักษณะข้อนี้เป็นการแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายปกครองที่อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันกับเอกชน เช่น สัญญาตามกฎหมายแพ่งของฝ่ายปกครอง และการกระทำที่มิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยตรง เช่น สัญญาทางปกครอง ละเมิดทางปกครอง ความรับผิดอย่างอื่นของรัฐ เป็นต้น ซึ่งเป็นการออกจากการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจเหนือกว่า คือ คำสั่งทางปกครอง การใช้อำนาจเหนือกว่านี้ก็คือการที่ฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับเอกชนโดยเอกชนไม่ต้องยินยอมด้วยต่างจากความสัมพันธ์พื้นฐานทางกฎหมายแพ่ง

---

[32]ฤทัย หงศ์สิริ. (2545). **ผลของนิติกรรมทางปกครอง ใน คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 195.

การมีอำนาจบังคับได้ฝ่ายเดียวของคำสั่งทางปกครองนี้อธิบายได้ว่าการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะซึ่งต่างกับการดำเนินกิจกรรมของเอกชน กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้นอยู่ที่ประโยชน์สาธารณะอันเป็นประโยชน์ของคนส่วนรวมในอันที่จะตอบสนองต่อความต้องการของมหาชน[33] ดังนั้นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำจึงเป็นบริการสาธารณะ และโดยสภาพของเรื่องแล้วย่อมมีความสำคัญอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน ส่วนการดำเนินกิจกรรมของเอกชนย่อมมีมูลเหตุจูงใจในการแสวงหาประโยชน์เพื่อสนองความต้องการของตนเองไม่ว่าจะเป็นทางด้านเศรษฐกิจ หรือทางด้านจิตใจ เช่น ประโยชน์ทางด้านการเงิน ชื่อเสียง แม้ว่าบางครั้งการดำเนินกิจกรรมของเอกชนจะเป็นไปเพื่อสารธารณะประโยชน์ก็ตามแต่มิได้หมายความว่าจะลบล้างลักษณะนี้ไป โดยหลักการดำเนินการของเอกชนก็ยังคงมีเพื่อตนเองเท่านั้น[34] ด้วยเหตุนี้ เมื่อวัตถุประสงค์ต่างกัน วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้จะมีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน กล่าวคือฝ่ายปกครองสามารถกำหนดนิติสัมพันธ์ได้โดยฝ่ายเดียวโดยเอกชนไม่จำต้องยินยอมด้วย และในกรณีจำเป็นฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการบังคับตามมาตรการที่ใช้ในการกำหนดนิติสัมพันธ์กับเอกชนได้โดยไม่ต้องไปขอต่อศาลให้บังคับให้[35] ในทางตรงกันข้าม สำหรับการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันที่ตั้งอยู่หลักแห่งเสรีภาพ และความเท่าเทียมกันไม่เอกชนคนใดที่จะนำเจตน์จำนงของตนไปบังคับเอกชนคนอื่นได้โดยที่เขาไม่ยินยอมด้วย ดังนั้นเครื่องมือพื้นฐานในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันคือ สัญญา การดำเนินการเพื่อประโยชน์สารธารณะจำเป็นที่จะต้องมีอำนาจที่สามารถบังคับได้ฝ่ายเดียว เนื่องจากในบางครั้งการดำเนินการเพื่อสาธารณะประโยชน์นั้นอาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพของเอกชนหากไม่ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่าในการบังคับฝ่ายเดียวเอกชนอาจขัดขวางมิให้มีการดำเนินการดังกล่าวได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ประโยชน์ส่วนตนของเอกชนจำต้องหลีกทางให้กับประโยชน์ส่วนรวม

4) เป็นการวางกฎเกณฑ์ที่มีผลให้เกิดความเคลื่อนไหวในสถานภาพทางกฎหมาย

ลักษณะสำคัญของข้อนี้เป็นการแยกการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะที่เท่าเทียมกันกับการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะไม่เท่าเทียมกัน โดยปกติรัฐย่อมออกกฎหมายมากำหนดสิทธิ หน้าที่ของบุคคลในรัฐซึ่งลักษณะของกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป และนามธรรม คำสั่งทางปกครองเป็นการทำกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นการทั่วไป และนามธรรม

---

[33]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2539). สัญญาทางปกครอง. **วารสารกฎหมายปกครอง,** 5. หน้า 73-74.

[34]ภูริ ชญาวัฒนรุ่ง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 46.

[35]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 75.

ดังกล่าวมาสู่กฎเกณฑ์ในกรณีเฉพาะเรื่อง เฉพาะราย และเป็นรูปธรรม กฎเกณฑ์เช่นนี้ย่อมเป็นกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวอันไม่รวมถึงกฎเกณฑ์สองฝ่าย เช่น สัญญาทางปกครอง[36] กฎเกณฑ์ที่ออกมานี้จะต้องมุ่งประสงค์ให้เกิดความเคลื่อนไหว หรือมีผลกระทบกระเทือนต่อในสิทธิ หน้าที่ ของเอกชน ไม่ว่าจะเป็นในทางบวก หรือเพิ่ม หรือสงวน หรือในแง่ลบ หากการกระทำใดของฝ่ายปกครองไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแล้วการกระทำนั้นก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง[37] เช่น

(1) มาตรการบังคับทางปกครอง เนื่องจากมาตรการบังคับทางปกครองเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องจากคำสั่งทางปกครองและเป็นวิธีการเพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ มาตรการบังคับทางปกครองย่อมไม่ได้มุ่งผลทางกฎหมาย (แต่อาจเกิดผลทางกฎหมายตามมา) แต่เป็นการทำให้ผลทางกฎหมายเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์

(2) การที่ฝ่ายปกครองประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือการขอความร่วมมือให้บุคคลกระทำการ หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การขอความร่วมมือให้ร้านจำหน่ายสุรางดขายสุราในวันสำคัญทางศาสนา เป็นต้น

(3) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองแจ้ง หรือเตือน โดยการแจ้ง หรือเตือนนั้นมีลักษณะเป็นการชี้แนะ ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพทางกฎหมายของเอกชนแต่อย่างใด[38]

(4) การแสดงความคิดเห็นของฝ่ายปกครอง เช่น การตอบข้อซักถาม หรือข้อหารือต่าง ๆ

(5) การกระทำที่แสดงถึงข้อต่อสู้ของฝ่ายปกครอง เช่น ในคดีที่กำลังจะเกิดขึ้นฝ่ายปกครองได้แสดงถึงสิทธิของตน หรือปฏิเสธสิทธิของฝ่ายตรงข้าม

(6) การกระทำในทางให้ข้อมูลต่าง ๆ เช่น การแถลงยังหนังสือพิมพ์เตือนถึงวันที่ที่กฎหมายปกครองเริ่มมีผลบังคับ

(7) การกระทำในลักษณะห้ามปราม และในบางกรณีก็อาจมีการขู่ว่าจะลงโทษ (ที่จะมีคำสั่งห้ามต่อไปในอนาคต)

(8) การกระทำที่ไม่สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ เช่น การกระทำที่กระทำลงโดยปราศจากอำนาจ หรือการกระทำนอกเหนืออำนาจ[39]

5) กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย

---

[36]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 146.

[37]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 103-104.

[38]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 117 - 118.

[39]บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). **หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 67 - 72.

ลักษณะข้อนี้จะเป็นการแยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำที่เป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย คือ คำสั่งทางปกครอง กับการกระทำที่เป็นการทั่วไป คือ กฎ (นิติกรรมทางปกครองอีกรูปแบบหนึ่ง) คำสั่งทางปกครอง เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ฝ่ายเดียวที่มีผลเป็นรูปธรรมแห่งข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง และมีผลกระทบต่อบุคคลเป็นการเฉพาะราย เช่น การออกใบอนุญาต การออกคำสั่งต่าง ๆ เป็นต้น ส่วน กฎมีลักษณะที่คล้ายคลึง และมีลักษณะร่วมกับกฎหมาย คือ มีลักษณะไม่เจาะจงข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และไม่เจาะจงในการใช้บังคับต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง (ใช้บังคับกับทุกคน) หรือในทางกลับกันการระบุตัวผู้รับคำสั่งทางปกครอง รวมถึง กลุ่มบุคคลที่เจาะจงตัวได้ด้วยในสถานการณ์มีการรวมตัวของบุคคลเป็นจำนวนมาก เช่น คำสั่งให้สลายการชุมนุมผู้รับคำสั่งทางปกครองก็คือ ผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมนั่นเอง (ซึ่งถือว่าเป็นการกำหนดตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองได้คือทุกคนที่เข้าร่วมชุมนุม)[40]

ในบางกรณี ฝ่ายปกครองอาจกระทำการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม แต่ไม่อาจกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งได้ เช่น คำสั่งห้ามเข้าไปในบริเวณอาคารที่ชำรุด เครื่องหมาย และสัญญาณจราจร ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม แต่ไม่อาจกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งได้จึงเป็นการใช้บังคับกับทุกคน โดยจะเรียกว่า คำสั่งทั่วไปทางปกครอง[41] ซึ่งถือได้ว่าเป็น คำสั่งทางปกครอง ประเภทหนึ่ง

6) ผลโดยตรงไปสู่ภายนอก

เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน และการดำเนินการของฝ่ายปกครองในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ที่ฝ่ายปกครองเข้าไปกล้ำกราย ก้าวล่วงไปในแดนแห่งสิทธิ เสรีภาพของเอกชน จึงกำหนดให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองต่อเอกชนที่มีผลไปสู่ภายนอกเท่านั้น นับแต่เวลาที่คำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมาย โดยที่ตราบใดยังมีผลปรากฏอยู่ภายในฝ่ายปกครองเองก็ยังเป็นเพียงการเตรียมการ หรือการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองและเจ้าหน้าที่จะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้[42] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดสถานภาพทางกฎหมายจะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนพิจารณาทางปกครอง หากการกระทำใดของฝ่ายปกครองเป็นเพียงการตระเตรียมการ หรือเป็นส่วนหนึ่งของคำสั่งทางปกครองแล้ว แม้การกระทำดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อบุคคลที่อาจจะเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ตาม ท้ายสุดก็ยังไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่

---

[40]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 152.

[41]สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 71.

[42]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 112.

การกระทำนั้นจะส่งผลกระทบอย่างรุนแรงถึงขนาดสามารถแยกออกจากคำสั่งทางปกครองได้[43] ซึ่งการตระเตรียมการ หรือการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองนี้ย่อมไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

การมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกนี้มีข้อพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ การกระทำที่ผลโดยตรงไปสู่ภายนอกนั้น ต้องมิใช่เป็นการกระทำระหว่างเจ้าหน้าที่ด้วยกันซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองตามระบบสายงานการบังคับบัญชา ด้วยเหตุนี้ระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง แนวปฏิบัติ หนังสือเวียน คำสั่ง หรือคำชี้แนะในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครองเว้นแต่ในกรณีที่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความสัมพันธ์กับรัฐพิเศษในการทำงานกับรัฐในสองฐานะ คือในฐานะแรกเป็นความสัมพันธ์พิเศษกับรัฐซึ่งเป็นเพียงกลไกหนึ่งซึ่งทำการแทน และในนามของรัฐ มิได้มีสิทธิ หน้าที่เป็นของตนเอง และอีกในฐานะหนึ่งซึ่งเป็นเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไปในลักษณะคำสั่งที่มีผลกระทบในสถานภาพพื้นฐานในการทำงานกับรัฐ[44]

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่กำหนดแนวทางการทำงานของผู้ใต้บังคับบัญชามีลักษณะที่ส่งผลกระทบโดยอ้อมให้มีคำสั่งทางปกครองเสมอ ซึ่งแต่เดิมเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองแม้แนวทางนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่อาจโต้แย้งได้จนกว่าจะได้มีคำสั่งทางปกครองออกมา ซึ่งอาจเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ เพราะเจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งผิดกฎหมายตามแนวทางเช่นนั้นเสมอ ซึ่งหากเป็นกรณีที่ชัดแจ้งว่าจะส่งผลเช่นนั้นควรให้โต้แย้งได้โดยอาจโต้แย้งในฐานะที่เป็นกฎอย่างหนึ่ง[45]

ค. ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

ประเภทของคำสั่งทางปกครองสามารถแบ่งได้หลากประการ ขึ้นอยู่กับจะนำเรื่องใดมาพิจารณา หรือเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง สำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะพิจารณาแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองเพื่อประโยชน์ในการนำไปสู่การศึกษาการขอให้พิจารณาใหม่ (voie de rétractation) ในคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองได้10 ประเด็น ดังนี้

1) การแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองพิจารณาโดยให้ความสำคัญกับสิทธิของเอกชนซึ่งแบ่งออกได้เป็นสองประเภทคือ ประเภทแรกได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของประชาชนคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลไปกำหนดสถานะ

---

[43]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 117 - 118.

[44]สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 71 - 72.

[45]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 114.

ทางกฎหมายให้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และเป็นไปในทางลบคือเป็นการจำกัด หรือตัดทอนสิทธิที่มีอยู่เดิมของเอกชน ประเภทที่สองได้แก่คำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ หรือให้คุณกับเอกชนซึ่งถือว่าเป็นผลในทางบวก

2) การแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองพิจารณาถึงความสามารถขององค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น แบ่งออกเป็นสองประเภท คือ ประเภทแรกได้แก่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ เป็นคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดผลทางกฎหมายไว้ว่าจะมีผลเช่นใดหากมีข้อเท็จจริง (Fact) อันเป็นเงื่อนไขของกฎหมายเกิดขึ้นโดยจะกำหนดเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบทุกประการไว้ทั้งหมด ทั้งองค์ประกอบในส่วนเหตุ องค์ประกอบในส่วนผล หรือทั้งสองอย่าง และฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามโดยไม่มีความสามารถที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งได้[46] ซึ่งเรียกการใช้อำนาจนี้ว่า “อำนาจผูกพัน” ซึ่งหมายถึงหน้าที่นั่นเอง แต่ที่ยังเรียกว่าอำนาจผูกพันก็เนื่องจากเหตุผลที่การวินิจฉัยสั่งการเป็นผลมาจากการที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ เช่น เมื่อปรากฏว่าหญิงชายยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส มีคุณสมบัติครบถ้วน และได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมาย (Terms and Conditions) แล้วเจ้าหน้าที่ต้องรับจดทะเบียนให้ผู้ร้องขอเสมอจะปฏิเสธไม่ได้[47] เป็นต้น ประเภทที่สอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่มีดุลพินิจ เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความสามารถในการที่จะเลือกกำหนดมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดภายขอบเขตที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือกฎหมายจะให้ความเป็นอิสระแก่ฝ่ายปกครองในระดับหนึ่งในการเลือกตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งในหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายอาจจะให้ความเป็นอิสระนี้ในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุ หรือในองค์ประกอบส่วนผลก็ได้[48]

ข้อสังเกต อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองส่วนใหญ่แล้วจะเป็นอำนาจที่ประกอบไปด้วยอำนาจผูกพัน และอำนาจดุลพินิจประกอบกัน บางกรณีกฎหมายกำหนดว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องออกคำสั่งทางปกครอง (ซึ่งเป็นอำนาจผูกพัน) แต่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งเช่นไร (อำนาจดุลพินิจ) ในบางกรณีบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะออกคำสั่งหรือไม่ (อำนาจดุลพินิจ) แต่เมื่อตัดสินใจไปในทางที่จะออกคำสั่งแล้วจะต้องออกคำสั่งโดยมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น (อำนาจผูกพัน)

---

[46]กมลชัย รัตนสกาวศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 257-258.

[47] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). การควบคุมดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. **บทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดีเกษมทรัพย์.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 199.

[48]เรื่องเดียวกัน. หน้า 200.

3) คำสั่งทางปกครองที่แบ่งประเภทเพื่อประโยชน์ในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ต้องพิจารณาประกอบกับหลักความมั่นคงทางกฎหมายหลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งแบ่งออกได้เป็นสามประเภทได้แก่ ประเภทแรก เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้สิทธิ หรือประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง เช่น การอนุญาตตามคำขอต่าง ๆ ฯลฯ ประเภทที่สอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้สิทธิ หรือเสียสิทธิประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้น ประเภทที่สาม เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์ และในขณะเดียวกันก็เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วย[49] ซึ่งเรียกว่า คำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นสองทาง

4) คำสั่งทางปกครองพิจารณาจากขอบเขตผลกระทบของคำสั่งทางปกครอง การจัดแบ่งประเภทเช่นนี้มุ่งพิจารณาขอบเขตของผลกระทบของคำสั่งทางปกครองว่า ผลเช่นนั้นกระจายไปมากน้อยเพียงไร ซึ่งแบ่งได้สองประเภท คือ ประเภทแรก เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบในกรณีนี้เป็นลักษณะปกติของคำสั่งทางปกครองซึ่งคำสั่งทางปกครองย่อมมีผลผูกพันแต่เฉพาะผู้รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และย่อมไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง ประเภทที่สอง ในบางกรณีผลของคำสั่งทางปกครองมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะผู้รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้นแต่ยังมีผลไปกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่สามผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย และบุคคลภายนอกผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นก็มิได้อยู่ในฐานะผู้รับคำสั่งทางปกครอง และมิได้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย[50]

5) คำสั่งทางปกครองพิจารณาจากรูปแบบ ขั้นตอน และเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง เป็นการแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาจากกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครอง และเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง แบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ ประเภทแรก ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการร้องขอ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองดำเนินการได้เองโดยไม่ต้องมีการร้องขอจากบุคคลใด โดยปกติการออกคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ ก็คือ การปฏิบัติตามกฎหมาย หรือบังคับใช้กฎหมาย ลักษณะเช่นนี้ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองแตกต่างไปจากองค์กร

---

[49]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2537). **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน: พื้นฐานความรู้ทั่วไป.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 135.

[50]พิฑัฒ กองใจ. (2544). **ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 33.

ตุลาการที่จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องหรือคำฟ้องเท่านั้นไม่อาจริเริ่มได้เอง[51] คำสั่งทางปกครองในกรณีเช่นนี้ เช่น คำสั่งสลายการชุมนุม การยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม เป็นต้น จะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เป็นการออกคำสั่งทางปกครองเดิม เป็นต้น สำหรับคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองนั้น และโดยส่วนใหญ่คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะเป็นประโยชน์กับบุคคลผู้ยื่นคำร้องขอ เนื่องจากรัฐไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไปสอดส่องดูแลว่าเอกชนคนใดสมควรจะได้รับประโยชน์จากรัฐหรือไม่ แต่ต้องเป็นเรื่องที่เอกชนผู้ประสงค์จะได้รับประโยชน์จากรัฐต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยการยื่นคำร้อง และปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเอง เช่น การยื่นคำร้องขอใบอนุญาตต่าง ๆ[52] เป็นต้น ประเภทที่สาม ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอม โดยปกติแล้วความยินยอมของบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมไม่เป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่า แต่ในบางกรณีการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง หากบุคคลนั้นไม่ยินยอมแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำสั่งบรรจุบุคคลเข้ารับราชการ โดยที่บุคคลนั้นไม่ได้ยินยอมด้วย ซึ่งในกรณีนี้อาจจะรุนแรงถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลทางกฎหมายหรืออาจทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเพียงไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อาจเพิกถอนได้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป[53] ซึ่งอธิบายได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของเอกชนเนื่องจากเป็นการบังคับให้เขากระทำการในสิ่งที่เขาไม่ต้องการที่จะทำอันเป็นเรื่องพื้นฐานในการพัฒนาบุคลิกภาพของเขาซึ่งไม่เกี่ยว และไม่สอดคล้องกับประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับ

6) คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และคำสั่งทางปกครองที่มิชอบด้วยกฎหมาย เป็นการพิจารณาโดยมุ่งพิจารณาคำสั่งทางปกครองทั้งในลักษณะภายนอก และภายในว่าเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ แบ่งออกเป็นสามประเภท คือ ประเภทแรก คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะสำคัญในการเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างครบถ้วน ประเภทที่สอง คำสั่งทางปกครองที่ขาดลักษณะสำคัญประการใดประการหนึ่ง ซึ่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้มีอยู่ 3 ระดับ คือ ระดับแรกไม่ถือว่ามีคำสั่งทางปกครองคือ ไม่มีผลทางกฎหมายประการใด ระดับที่สอง ยังคงถือว่าเป็น

---

[51] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2545). ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง**. รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปีศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์.** กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 126.

[52] เรื่องเดียวกัน. หน้า 127.

[53] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 127-128.

คำสั่งทางปกครองอยู่แต่อาจเพิกถอนในภายหลังได้ และระดับที่สาม ยังคงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกันแต่อาจแก้ไขให้สมบูรณ์ได้ ประเภทที่สาม คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วนและไม่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วน เป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่วนใหญ่จะมีข้อกำหนด (Clause) ประกอบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจจะร้ายแรง หรือธรรมดา และในบางกรณีสามารถแยกออกจากคำสั่งทางปกครองหลักได้[54] ถ้าไม่สามารถแยกออกจากคำสั่งทางปกครองหลักได้ ในลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของคำสั่งทางปกครองนั้นอาจทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมดได้

7) คำสั่งทางปกครองที่พิจารณาจากการรับรู้ของผู้รับคำสั่งทางปกครอง แบ่งออกเป็นสามประเภท ได้แก่ ประเภทแรก เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชัดแจ้งซึ่งโดยปกติเมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องมีความชัดแจ้งพอที่จะให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถเข้าใจในเนื้อความของคำสั่งทางปกครองว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเรียกร้องอะไร อย่างไร และทำไม ประเภทที่สอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชัดแจ้ง ดังได้กล่าวว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นจะต้องมีความชัดแจ้งพอที่จะให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเข้าใจได้ หากคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยมีเนื้อความมี่ได้ชัดแจ้ง เคลือบคลุมแล้วย่อมเป็นไปได้ยากที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะปฏิบัติตามได้ คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อความที่ไม่สามารถเข้าใจได้ ประเภทที่สาม คำสั่งทางปกครองโดยปริยาย โดยปกติการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครอง ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ในบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การนิ่งเฉยเป็นคำสั่งทางปกครอง

8) คำสั่งทางปกครองพิจารณาจากผลของคำสั่งทางปกครองเป็นการมุ่งพิจารณาถึงผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองได้เป็นประเภทดังนี้ ประเภทแรก คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทันที เป็นคำสั่งทางปกครองที่เมื่อได้ออกมาแล้วจะมีผลทางกฎหมายทันที และสำเร็จลงในตัวตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทันทีที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผล โดยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติการใด อีก[55] ประเภทที่สอง คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่เมื่อออกไปแล้วจะต้องมีการควบคุม หรือดูแลให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ กรณีของคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทันทีวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองได้สำเร็จลงแล้ว แต่ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่จะต้องการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องคอยสอดส่องว่ามีการปฏิบัติ หรือละเว้นตามข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่หากมีการทำตามข้อ

---

[54]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 135-136.

[55]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.** กรุงเทพฯ:จิรรัชการพิมพ์. หน้า 331.

เรียกร้องของคำสั่งทางปกครองวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองก็ย่อมบรรลุวัตถุประสงค์ลงได้ แต่ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนย่อมจะต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นจึงจะทำให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผลซึ่งไม่ใช่การบรรลุวัตถุประสงค์โดยอัตโนมัติ[56] ประเภทที่สาม คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับครั้งเดียว ประเภทที่สี่ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับอย่างต่อเนื่อง

9) คำสั่งทางปกครองพิจารณาในด้านความมั่นคงในผลของคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาแบ่งประเภทในกรณีนี้เป็นการพิจารณาถึงความดำรงอยู่อย่างมั่นคงของคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาล แบ่งเป็นสองประเภท ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นที่สุด เป็นคำสั่งทางปกครองที่คล้ายกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาล คือ มีสถานะความมั่นคงทางกฎหมายเช่นนั้นตลอดไปไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้อีก แม้ว่าคำสั่งนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ที่ว่าเป็นที่สุดยอมเป็นที่สุดทั้งในด้านรูปแบบ และด้านเนื้อหา คือไม่อาจโต้แย้งได้อีกไม่ว่าในทางใดและจะต้องยุติเรื่องโดยยอมรับ และปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว[57] ประเภทที่สอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจมีการโต้แย้งต่อไปได้อีก และเนื้อหาของคำสั่งนั้นยังไม่เป็นที่ยุติและในบางกรณีอาจยังคงไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้นเนื่องจากผลของการโต้แย้งให้มีการเลื่อนผลบังคับทางกฎหมายออกไป กล่าวคือ ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ความมั่นคงทางกฎหมายยังอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้แต่ก็มิใช่ว่าความแน่นอนทางกฎหายของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะเลื่อยลอยแต่ผลทางกฎหมายจะมีความมั่นคงตามสมควรเพื่อการดำเนินการของฝ่ายปกครอง[58]

10) คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่ของการกำหนดสิทธิหน้าที่ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ประเภทแรก เป็นคำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรม ซึ่งเป็นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำเอาสิทธิหน้าที่ที่ปรากฏในกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและเป็นนามธรรมมากำหนดให้ชัดเจน เช่น คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากรซึ่งระบุจำนวนที่ชัดเจนที่ผู้รับคำสั่งต้องชำระ ประเภทที่สอง คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิเป็นคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองก่อตั้งสิทธิในทางมหาชนให้แก่ผู้ที่ได้รับคำสั่ง เช่น การออกใบอนุญาตต่าง ๆ สภาพการณ์ของการออำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีลักษณะเหมือนกันไม่ว่าจะเรียกว่าอย่างไร (ใบอนุญาต คำสั่งอนุมัติ ฯลฯ) กล่าวคือ สิทธิที่ผู้ได้รับคำสั่งต้องการนั้นเป็นเรื่องที่ในเบื้องต้นบุคคลนั้นต้องห้ามมิให้ปฏิบัติ ต่อเมื่อได้รับคำสั่งดังกล่าวแล้วจึงปฏิบัติได้ คำสั่งทางปกครอง

---

[56] เรื่องเดียวกัน. หน้า 331.

[57] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2541). **การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง. ในรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 162.

[58] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51.หน้า 127-128.

ประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายโดยตรง ไม่จำเป็นต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง ประเภทที่สาม คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ยืนยันนิติสัมพันธ์ทางปกครองซึ่งเป็นที่โต้แย้งกันว่ามีอยู่หรือไม่หรือมีอยู่ในลักษณะใดให้ได้ผลเป็นยุติเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิหรือสถานะของบุคคล เช่นคำสั่งยืนยันว่าบุคคลผู้ได้รับคำสั่งเป็นผู้มีสัญชาติไทย เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายโดยตรง ไม่จำเป็นต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง[59]

ง. ผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียวในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนหรือผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งโดยปกติเอกชนไม่จำต้องให้ความยินยอมต่อคำสั่งทางปกครองนั้น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนนี้ยังไม่ถือว่าการสั่งการต่าง ๆ เป็นคำสั่งทางปกครอง จะเป็นคำสั่งทางปกครองก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครอง ได้ปิดกระบวนพิจารณาและสั่งออกมาเท่านั้น จึงจะถือว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยทั่วไปเมื่อมีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมมีผลเป็นการยืนยันถึงสถานะทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่จากคำสั่งทันที ซึ่งสามารถพิจารณาผลของคำสั่งทางปกครองได้ 2 ประเด็น ดังนี้

1) การเกิดผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองจะเริ่มมีผลบังคับทางกฎหมายเมื่อใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับแนวความคิดของแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น สาธารณรัฐคอสตาริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ถือหลักว่าคำสั่งทางปกครองจะมีผลทางกฎหมายต่อเมื่อได้มีการประกาศ หรือแจ้งให้เอกชนที่เกี่ยวข้องทราบ ส่วนในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ราชอาณาจักรสเปน ถือหลักว่าคำสั่งทางปกครองจะมีผลทางกฎหมายทันทีที่ได้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่จะยกขึ้นยันเอกชนที่เกี่ยวข้องได้ต่อเมื่อได้มีการแจ้ง หรือมีการประกาศให้เอกชนที่เกี่ยวข้องทราบแล้วเท่านั้น ซึ่งหลักการของทั้งสองกลุ่มนี้ไม่ขัดกันแต่อย่างไร ที่ต่างกันก็คงเป็นเทคนิคในการปฏิบัติมากกว่า ท้ายที่สุดเอกชนที่เกี่ยวข้องจะต้องทราบว่ามีคำสั่งทางปกครองนั้นคือมีผลไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง และได้มีการแจ้ง หรือมีการประกาศให้เอกชนที่เกี่ยวข้องทราบ และจะมีผลไปตลอดจนกว่าคำสั่งนั้นจะถูกยกเลิกหรือเพิกถอน โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาลหรือสิ้นผลด้วย

---

[59]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 123-124.

ระยะเวลาหรือโดยเหตุอื่น[60] สำหรับกฎหมายปกครองไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครอง พ.ศ.2539[61] ได้วางหลักไว้ทำนองเดียวกันกับหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส[62]

การดำเนินการของฝ่ายปกครองกระทำไปเพื่อตอบสนองความต้องการของมหาชน การทำให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวลุล่วงฝ่ายปกครองจำต้องมีอำนาจมหาชน ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองก็เป็นวิธีการ หรือเครื่องมือประเภทหนึ่งที่จะทำให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวบรรลุผล ทั้งนี้คำสั่งทางปกครองเป็นวิธีการในการชี้ขาดสิทธิ หน้าที่ในทางกฎหมายว่าดำรงอยู่อย่างไร[63]

โดยปกติ คำสั่งทางปกครองเมื่อได้ออกมาแล้ว ย่อมมีผลทางกฎหมายแม้ว่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ยกเว้นในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นบกพร่องอย่างร้ายแรงถึงขนาดถือว่าไม่มีผลทางกฎหมายเลย) ความมีผลของคำสั่งทางปกครองกับความชอบด้วยกฎหมายมิได้พิจารณาโดยตรงกับความชอบ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเรื่องความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องของความสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นทั้งในแง่สารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเพียงเหตุให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองในภายหลังเท่านั้น ตากหลักกฎหมายปกครองเยอรมันคำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับทางกฎหมายหรือไม่ พิจารณาจากหลักเรื่องความมั่นคง และความชัดเจนทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยเบื้องต้นจะต้องให้คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับทางกฎหมาย[64] เนื่องจากหากยอมให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองกล่าวอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นเพื่อ

---

[60]MahendreP.Singh. (2001). **Effect of Administrative Act German Administrative Law in Common Law Perpective**. 2d ed. Gerlin, Heidelberg: Springerp. page 80.

[61]มาตรา 42 คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนเวลาหรือโดยเหตุอื่น

เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นผลลง ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

[62]ฤทัย หงส์สิริ. (2545). **ผลของนิติกรรมทางปกครอง. ใน คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 310-312.

[63]เรื่องเดียวกัน. หน้า 164-165.

[64]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2540). ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน. **รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติกรรม. หน้า 71-72.

ปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองแล้วจะทำให้เกิดข้อขัดข้องทำให้เกิดความไม่มั่นคงในการปฏิบัติตามกฎหมายขึ้น[65]

การที่ระบบกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลทางกฎหมายไม่ขัดกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากระบบกฎหมายให้สิทธิผู้รับคำสั่งทางปกครองโต้แย้งคัดค้าน (Protest) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้[66] โดยการยอมรับสภาพของความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไว้ก่อนที่องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ หรือองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้พิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เว้นแต่ในกรณีที่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นร้ายแรงถึงขนาดถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมายเลย ในกรณีเช่นนี้จึงอาจแสดงความสัมพันธ์ระหว่างความมีผลบังคับทางกฎหมาย และความไม่มีผลทางกฎหมายกับความชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้[67]

ส่วนหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ความมีผลของคำสั่งทางปกครองได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเบื้องต้นทางกฎหมายว่า “คำสั่งทางปกครองกระทำลงโดยชอบด้วยกฎหมาย” อันเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ทำให้คำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมายเสมอจนกว่าจะมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งหลักนี้ก่อให้เกิดผลตามมา3 ประเด็นดังนี้

(1) เป็นการยืนยันถึงสถานะทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่จากคำสั่งทางปกครองทันที

(2) เอกชนคนใดคนหนึ่งจะทำให้ข้อสันนิษฐานความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวตกไปด้วยการยื่นคำฟ้องต่อศาลแสดงหลักฐานว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่เป็นเหตุทุเลาการบังคับทางปกครอง[68] (เพื่อมิให้เอกชนนำคดีมาฟ้องศาลเพื่อถ่วงเวลาในการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง)

อภิสิทธิ์ก่อนการพิจารณาของศาล คือ สถานภาพที่ให้แก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะทำให้คำสั่งที่ตนออกมามีอำนาจบังคับใช้ก่อนที่จะถูกตรวจสอบโดยศาล ซึ่งเรียกว่าอำนาจของสิ่งที่ได้สั่งไปแล้ว โดยเปรียบเทียบกับอำนาจของสิ่งที่ถูกพิพากษาของคำพิพากษาของศาล ซึ่งหมายความว่าคำสั่งต้องมีผลบังคับใช้ให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลที่จะต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา[69]

---

[65]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 167.

[66]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 166-167.

[67]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 72.

[68]ฤทัย หงส์สิริ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 316.

[69]Rivero, Jean, et Jean Maline. (1998). **DroitAdministratif**. 17th ed. Paris: Dalloz. page 316.

2) ผลผูกพันและผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง[70]

เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองและแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองและไม่ปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลเสมือนเป็นโมฆะ (Null and Void) คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีผลในทางกฎหมาย ซึ่งผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองมีสามระดับ ดังนี้

(1) ระดับผลผูกพันของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นและมีผลในทางกฎหมายคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมผูกพันบุคคลและองค์กรต่าง ๆ ผลต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างไรก็ได้อีกต่อไป แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งหากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดย่อมทำได้และฝ่ายปกครองสามารถริเริ่มได้เองไม่จำต้องให้บุคคลใดมาร้องขอ ซึ่งความผูกพันต่อคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเช่นนี้เป็นความผูกพันในลักษณะที่ไม่เด็ดขาดสำหรับองค์กรฝ่ายปกครองอื่นที่ไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง นั้น เมื่อพิจารณาจากรากฐานแห่งการแบ่งแยกอำนาจและการแบ่งแยกหน้าที่ในทางปกครองให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรฝ่ายปกครองหลายองค์กร ฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองจะปฏิเสธไม่รับรู้หรือไม่ผูกพันกับคำสั่งทางปกครองนั้นทั้ง ๆ ที่ตนไม่มีอำนาจหน้าที่ในการยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่สามารถทำได้ องค์กรฝ่ายปกครองอื่นย่อมผูกพันต่อคำสั่งทางปกครองนั้นด้วยเว้นแต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะ

ส่วนผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อศาลปกครอง นั้น จะพบว่าในการออกคำสั่งทางปกครอง ในหลายกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกมาตรการทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมาตรการทั้งหมดนี้อยู่ในกรอบของกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้เมื่อฝ่ายปกครองได้เลือกใช้มาตรการอย่างใด ศาลปกครองย่อมต้องผูกพันในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเช่นนั้น อย่างไรก็ตามศาลปกครองผูกพันเฉพาะกับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ผูกพัน ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

สำหรับในส่วนของผู้รับคำสั่งทางปกครอง เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง ย่อมผูกพันให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น

---

[70]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 157-163.

หากผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิโต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวต่อไป อนึ่งในกรณีที่มีคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง ผลผูกพันบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจะผูกพันบุคคลที่สามก็ต่อเมื่อได้มีการแจ้งผลกระทบดังกล่าวให้บุคคลที่สามทราบ ในทางตรงกันข้ามหากฝ่ายปกครองไม่ได้แจ้งให้บุคคลที่สามทราบย่อมไม่มีผลผูกพันบุคคลที่สาม แต่บุคคลที่สามต้องอยู่ภายใต้หลักสุจริต

(2) ระดับผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง

ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองเป็นถ้อยคำ[71] ที่ใช้เรียกผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุด ไม่อาจถูกโต้แย้งได้อีกต่อไป เป็นมาตรการที่แน่นอน มั่นคงในการชี้ว่าสิทธิหน้าที่หรือนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองดำรงอยู่อย่างไร การพิจารณาผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองพิจารณาได้สองลักษณะ ดังนี้

ก. ลักษณะที่หนึ่งผลบังคับผูกพันพิจารณาในทางรูปแบบ

ผลบังคับเด็ดขาดของคำสั่งทางปกครองพิจารณาในทางรูปแบบ เป็นผลทางกฎหมายที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจโต้แย้งคัดค้านไปยังองค์กรใด ๆ ได้อีก ไม่ว่าจะเป็นการโต้แย้งในชั้นเจ้าหน้าที่ หรือในชั้นศาล กล่าวคือ ไม่สามารถโต้แย้งได้อีกต่อไปมีผลลักษณะเดียวกับคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุด คู่ความ (party) ไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษานั้นได้อีก และคำสั่งทางปกครองที่ยังไม่ถึงขนาดบกพร่องอย่างร้ายแรงจนไม่มีผลทางกฎหมายอาจเกิดผลบังคับผูกพันได้หลายกรณี ไม่ว่าจะเป็น กรณีที่บุคคลที่มีสิทธิอุทธรณ์ โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นแสดงเจตนาสละสิทธิอุทธรณ์ โต้แย้ง หรือมีการโต้แย้งต่อศาลแต่ศาลยกฟ้อง และคดีถึงที่สุด หรือมีกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองใดเมื่อออกมาแล้วไม่อาจถูกโต้แย้งได้ หรือระยะเวลาในการอุทธรณ์ โต้แย้งได้ล่วงพ้นไปโดยไม่มีการอุทธรณ์ โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น[72]

สำหรับในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดมีบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองหลายคน ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองแต่ละรายอาจเกิดขึ้นไม่พร้อมกัน ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับ ระยะเวลาในการอุทธรณ์ โต้แย้งสำหรับบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองแต่ละรายได้ล่วงพ้นไปโดยไม่มีการอุทธรณ์ โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น หรือไม่หรือบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองคนใดได้แสดงเจตนาสละสิทธิอุทธรณ์ โต้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือไม่[73]

---

[71]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 157.

[72]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 163 - 178.

[73]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 51. หน้า 179.

ข. ลักษณะที่สองผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองพิจารณาในด้านเนื้อหา

ผลบังคับผูกพันขอคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหาคือ ประเด็นต่าง ๆ ที่โต้แย้ง หรือที่เป็นปัญหากันนั้นได้ยุติลงตามเนื้อความที่มีการชี้ออกมา[74] โดยต้องยอมรับและปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น เช่นเดียวกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาล ทั้งนี้ไม่ต้องคำนึงว่าคำพิพากษานั้น ถูกต้อง หรือไม่ ที่คำพิพากษาถึงที่สุดเป็นเช่นนี้ย่อมทำให้คำพิพากษาที่มีผลเป็นเด็ดขาดผูกพันคู่ความนี้ย่อมทำให้การเปิดกระบวนพิจาณาใหม่มีวัตถุประสงค์แห่งคดีเป็นอย่างเดียวกันกับที่ศาลได้เคยพิพากษาไปแล้วไม่อาจกระทำได้ เพราะหากยอมให้มีการกระทำในลักษณะดังกล่าว กรณีอาจมีคำพิพากษาใหม่ในเรื่องเดียวกันที่ขัดแย้งกับคำพิพากษาเดิมได้ อย่างไรก็ตาม แม้กระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่จะได้รับการออกแบบให้มีความเป็นธรรม โปร่งใสในทำนองเดียวกับกระบวนพิจารณาในชั้นศาลก็ตาม แต่ก็ยังคงมีความแตกต่างกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ องค์กรฝ่ายปกครองเป็นทั้งผู้พิจารณา และวินิจฉัย ซึ่งต่างจากองค์กรศาลที่เป็นองค์กลางในการพิจารณาพิพากษา ดังนั้นผลบังคับเด็ดขาดในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นไปไม่ได้ที่จะมีระดับเดียวกันกับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลในทุกกรณีอย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองในฐานะที่เป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจมหาชนของรัฐย่อมต้องดำรงอยู่อย่างมั่นคงแน่นอนตามสมควร

อย่างไรก็ตาม ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหานี้ย่อมเกิดขึ้นเมื่อผลบังคับผูกพันเด็ดขาดของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบเกิดขึ้นแล้ว กล่าวคือเกิดขึ้นพร้อมกับการที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลเด็ดขาดในทางรูปแบบ ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจถูกโต้แย้งได้อีกต่อไป ในกรณีเช่นนี้ เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นที่ยุติและผูกพันบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองอย่างเด็ดขาดบุคคลย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ถึงแม้ว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

ในส่วนของผลบังคับผูกพันที่มีต่อองค์กรฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น แม้ว่าโดยหลักแล้วองค์กรดังกล่าวต้องผูกพันกับคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออก แต่ผลบังคับผูกพันในกรณีนี้ไม่มีลักษณะเด็ดขาด ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ตามหลักเกณฑ์ตามส่วนที่ 6 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งจะเห็นได้ว่าผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองสำหรับฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เป็นความผูกพันในระดับเดียวกัน โดยตลอดนับตั้งแต่คำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมายจนกระทั้งคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับผูกพันแล้ว ซึ่งต่างจาก

---

[74]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 82-83.

ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ที่เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมาย คำสั่งทางปกครองย่อมผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ปฏิบัติตาม แต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้ ในขั้นนี้ผลของคำสั่งทางปกครองยังไม่เด็ดขาด ต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจโต้แย้งได้อีก คำสั่งทางปกครองย่อมบังคับให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องผูกพันต่อเนื้อหาในคำสั่งทางปกครองนั้นโดยเด็ดขาด ทั้งนี้เพื่อความมั่นคงแห่งคำสั่งทางปกครอง นั้น อย่างไรก็ตาม หลักความแน่นอนของคำสั่งทางปกครองซึ่งสะท้อนออกมาในรูปของ “ผลบังคับผูกพัน” นี้อาจได้รับการผ่อนคลาย หากความยุติธรรมเฉพาะกรณีเรียกร้อง เช่น กรณีที่จำเป็นต้องเปิดโอกาสให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับสิทธิในการขอพิจารณาใหม่[75]

สำหรับผลบังคับผูกพันในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อองค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่นนั้นคงมีลักษณะทำนองเดียวกับผลผูกพันในช่วงที่คำสั่งทางปกครองยังไม่ล่วงพ้นระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้ง กล่าวคือ องค์กรฝ่ายปกครองอื่นซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองย่อมต้องผูกพันและเคารพต่อคำสั่งทางปกครองนั้นและต้องใช้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นฐานในการวินิจฉัยเรื่องทางปกครองที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน[76]

(3) ระดับการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง

การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่กล่าวถึงช่วงระหว่างความมีผลและการสิ้นสุดผลของคำสั่งทางปกครอง[77] ซึ่งโดยปกติคำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับจนกว่าจะถูกเพิกถอนเพราะความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือถูกยกเลิกเพราะข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในภายหลังเปลี่ยนแปลงไป[78] ด้วยเหตุนี้เองการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองจึงมีความสัมพันธ์กับการดำรงอยู่ของผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งก่อนที่จะพิจารณาการสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองจะได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดของการดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองเสียก่อน

คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับและคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลบังคับไม่ได้พิจารณาจับคู่โดยตรงกับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างไร ซึ่งความชอบด้วยกฎหมายและความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นพิจารณาจากความสอดคล้องกับกฎหมายและความร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองนั้นเองส่วนคำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับทางกฎหมายหรือไม่อย่างไรนั้น พิจารณาจากความจำเป็นในเรื่องความแน่นอนและความ

---

[75]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 70. หน้า 169-170.

[76]วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 70. หน้า 170.

[77]บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 162.

[78]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 46.

ชัดเจนทางกฎหมายเพราะเป็นการกระทำของรัฐเพื่อให้เกิดความมั่นคงในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง โดยให้ประชาชนสามารถโต้แย้งคัดค้านได้[79] ฉะนั้นการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้[80]

(1) การสิ้นผลที่เกิดจากคำสั่งนั้นเองโดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับใช้ไม่จำกัดเวลาอย่างไรก็ดี ในคำสั่งทางปกครองนั้นอาจแสดงไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น การอนุญาตที่กำหนดเวลา 1 ปี หรือระบุวันที่แน่นอน เช่น 30 ธันวาคม 2548 เป็นต้น หรือโดยปริยาย เช่น คำสั่งห้ามชุมนุมในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง ซึ่งผลของคำสั่งทางปกครองจะสิ้นสุดในตัวของมันเองตามที่คำสั่งนั้นกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองไม่จำต้องแสดงเจตนา หรือกระทำการในทางทำลายผลของคำสั่งทางปกครองนั้นอีกซึ่งในกรณีเช่นนี้เรียกว่า “เงื่อนเวลาสิ้นสุด” หรือในบางกรณีคำสั่งทางปกครองอาจกำหนดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ไม่แน่นอนในอนาคตขึ้น หากเหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นคำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมสิ้นสุดลง ซึ่งเรียกว่า เงื่อนไขบังคับหลัง

(2) การสิ้นผลจากเหตุภายนอกเจตจำนงของผู้ออกคำสั่งเช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกใช้บังคับโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายที่ยกเลิกแล้ว ในกรณีที่เป็นคำสั่งที่มีผลบังคับทั่วไปอาจสิ้นสุดได้ในกรณีมีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ (สถานการณ์จากข้อเท็จจริงหรือมีกฎหมายอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง) ซึ่งมีผลกระทบปัจจัยอื่น ๆ ที่เป็นมูลเหตุในการออกคำสั่งนั้น ฝ่ายปกครองอาจถูกบังคับให้ยกเลกการกระทำนั้นเสียโดยผู้มีส่วนได้เสียร้องขอ

(3) การสิ้นสุดเกิดจากเจตนารมณ์ของผู้ออกคำสั่งภายหลักจากที่ได้ออกคำสั่งแล้ว

วิธีการที่จะทำให้ผลขอคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงมีหลายวิธี แต่จุดหมายของแต่ละวิธีการย่อมมุ่งไปสู่จุดเดียวกันคือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยหวังว่าหากคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกกำจัดผลของคำสั่งนั้นออกไป การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ คือการยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั่นเอง ซึ่งตามกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของเยอรมันมันบทบัญญัติเกี่ยวกับการสิ้นผลของการคำสั่งทางปกครองมีบัญญัติไว้ในมาตรา 48-51 โดยมาตรา 44 บัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอน มาตรา 459 บัญญัติเกี่ยวกับการบอกล้างหรือบอกเลิก มาตรา 50 บัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนหรือบอกล้างคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ และมาตรา 51 บัญญัติเกี่ยวกับการร้อง

---

[79]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 46-48.

[80]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. (2528). นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส.**วารสารกฎหมายปกครอง,**4(**2**). หน้า 304.

ขอให้มีการพิจารณาใหม่[81] ในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งชาติ ส่วนในกฎหมายไทยปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 44-48 เป็นเรื่องการอุทธรณ์และมาตรา 54 เรื่องการพิจารณาใหม่

เนื่องจากคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับการที่ฝ่ายปกครองจะทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงจำต้องอาศัยข้อพิจารณาหลายประการ กล่าวคือข้อพิจารณาเกี่ยวกับความมั่นคงทางกฎหมายและหลักป้องกันต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วของเอกชน ในอีกมุมหนึ่งก็จำเป็นต้องคำนึงและยอมรับความจำเป็นในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองและชีวิตทางปกครองด้วย[82] แน่นอนว่าจะไม่มีใครต้องการให้ฝ่ายปกครองสามารถที่จะยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไขคำสั่งที่ตนได้ออกไปได้ทุกเวลา คำสั่งเหล่านี้ได้สร้างสิทธิต่าง ๆ ที่เป็นคุณต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองและการรักษา[83] ไว้ซึ่งสิทธิเหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็น ซึ่งจะทำให้ประชาชนแต่ละคนวางแผนการดำรงตนหรือการใช้สิทธิของตนได้อย่างถูกต้อง[84] กรณีนี้ก็คือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการละเมิดมิได้ต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วหรือสิทธิเฉพาะบุคคล[85] นั่นคือ การที่ฝ่ายปกครองจะบอกล้างคำสั่งทางปกครองจะต้องคำนึงถึงความเชื่อถือต่อคำสั่งทางปกครองของประชาชนกับประโยชน์มหาชนมาชั่งน้ำหนักความสำคัญ[86] อย่างไรก็ตาม ข้อพิจารณาด้านผลประโยชน์ทั่วไป ความจำเป็นของชีวิตทางปกครอง การเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจและสังคม เป็นปัจจัยโดยตรงต่อความมั่นคงทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งส่งผลให้ในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ นอกจากนี้ลักษณะของความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก็เป็นปัจจัยสำคัญ หากเป็นเรื่องที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายปกครองที่จะมีสิทธิเพิกถอนเสียได้ ซึ่งในกรณีนี้หลักในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายมาเหนือกว่าหลักความมั่นคงทางกฎหมาย ปัจจัยอีกประการที่สำคัญต่อการทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองสิ้นผลก็คือ ต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องนั้นด้วย เช่น เนื้อหาที่เกี่ยวกับความสงบ

---

[81]บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 57. หน้า 165.

[82]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 80. หน้า 304.

[83]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 80. หน้า 305.

[84]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). **การยกเลิกและการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 218.

[85]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 80. หน้า 305.

[86] กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 84**.** หน้า 219.

เรียบร้อย การยอมรับสิทธิที่ได้รับมาแล้วย่อมเป็นไปได้ยาก เนื้อหาที่เกี่ยวกับระบบราชการ[87] ความเที่ยงธรรม

(3) คำสั่งทั่วไปทางปกครองการแบ่งแยกระหว่างการกระทำทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปกับการกระทำทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะเจาะจงนั้นในบางกรณีมีปัญหายากที่จะกำหนดลงไปได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องกำหนดให้การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะทั่วไปบางประเภทเป็นการกระทำทางปกครองทีมีผลเฉพาะเจาะจง ซึ่งกฎหมายเยอรมันเรียกว่า คำสั่งทั่วไปทางปกครอง[88] โดยคำสั่งทั่วไปทางปกครอง เป็นเรื่องกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม แต่กำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ มีลักษณะเป็น konkretgenerellerCharekter ซึ่งเป็นการขยายและยืดหยุ่นองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองในข้อที่เกี่ยวกับผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะราย และได้มีการบัญญัติว่าเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยตามมาตรา 35[89] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าพนักงานตำรวจห้ามมิให้ประชาชนเดินขบวนร่วมกันหรือห้ามมิให้เข้าไปในเขตบ้านที่ชำรุด ลักษณะของคำสั่งดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่เป็นรูปธรรม (konkret) เช่น การเดินขบวนหรือการเข้าไปในเขตบ้านที่ชำรุดและไม่อาจกำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งได้แน่นอนหรือยังมีเจาะจงตัวผู้รับคำสั่งหรือไม่อาจทราบล่วงหน้าได้ว่าผู้ใดจะเข้าร่วมเดินขบวนหรือเข้าไปในบ้านที่ชำรุด จึงมีลักษณะห้ามบุคคลทั่วไป[90] (generell)

คำสั่งทั่วไปทางปกครองยังรวมถึงกรณีที่ข้อเท็จจริงอาจเปลี่ยนแปลงในอนาคตด้วย เช่นในคดี Endiviendalat ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ประมาณสิ้นเดือนธันวาคม 1952 ที่เมือง Stuttgart และเมืองใกล้เคียงเกิดโรคไทฟอยด์ระบาด ต่อมากลางเดือนมกราคม 1953 มีผู้ป่วยด้วยโรคไทฟอยด์ประมาณ 400 คน สาเหตุเนื่องมาจากรับประทานผัก Endiviensalat กระทรวงมหาดไทยของมลรัฐ Baden-Wuttemberg จึงได้ออกประกาศกำหนดห้ามจำหน่ายผัก Endiviensalat ข้อกำหนดนี้ได้มีการโฆษณาทางวิทยุและหนังสือพิมพ์ มีปัญหาทางกฎหมายปกครองว่า ข้อกำหนดนี้เป็นกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องหรือไม่ เพราะว่าขณะที่มีการออกคำสั่งนี้ ไม่ปรากฏแน่ชัดว่าขอบเขตท้องที่ใดบ้างเป็น

---

[87] พูนศักดิ์ ไวสำรวจ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 80. หน้า 306.

[88] ชาญชัย แสวงศักดิ์และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2540). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 37.

[89] §35 กำหนดว่า "...คำสั่งทั่วไป ซึ่งบังคับโดยตรงกับกลุ่มบุคคลที่กำหนดจำนวนได้หรือสามารถกำหนดลักษณะเฉพาะเรื่องหรือเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นคำสั่งทางปกครอง"

[90]กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 129.

เขตที่มีโรคไทฟอยด์ระบาดเขตท้องที่ของข้อกำหนดในขณะที่ประกาศก็ไม่แน่นอน ข้อห้าม (Prohibition) ที่มีต่อบุคคลแปรผันไปตามเขตท้องที่ที่โรคระบาดแพร่ไปถึง ซึ่งขณะออกข้อกำหนดดังกล่าวก็ไม่แน่ชัด กรณีคดีนี้เพื่อให้คำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้ในทางปฏิบัติศาลปกครองสหพันธรัฐวินิจฉัยว่า ข้อกำหนดของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง[91]

2.4 องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

หากพิจารณาในแง่ขององค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อาจแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน คือ การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

2.4.1 การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองนี้ เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเอง ไม่มีองค์กรภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) การร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร

การร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารเป็นการร้องเรียนต่อฝ่ายปกครอง ซึ่งออกคำสั่งทางปกครองนั้นเอง หรือต่อผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งเป็นไปตามสายงานบังคับบัญชา การร้องเรียนนี้อาจกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือกระทำด้วยวาจาก็ได้ ไม่มีรูปแบบที่เคร่งครัด การควบคุมวิธีนี้มีอยู่ในทุกประเทศโดยทั่วไป แต่เป็นการควบคุมที่ไม่มีวิธีการแน่นอน และไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นคดีหรือข้อพิพาท[92]

ข้อดีของการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร คือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งการแก้ไขคำสั่งทางปกครองกว้าง คือ นอกจากจะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังสามารถควบคุมความเหมะสมในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองด้วย นอกจากนี้วิธีการในการร้องทุกข์ในฝ่ายบริหารยังกระทำได้สะดวกกว่าฟ้องร้องคดี ตลอดจนเสียค่าใช้จ่ายสูงด้วย

อย่างไรก็ตาม วิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารก็มีข้อเสียในแง่ที่ประชาชนอาจไม่ได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณา ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองอาจปกป้องพวกเดียวกัน โดยเฉพาะในกรณีที่ร้องเรียนขอให้ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองทบทวนการออกคำสั่งทางปกครอง

---

[91]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 152-153.

[92] อมร จันทรสมบูรณ์. (2527). **กฎหมายปกครอง.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 98.

เพราะคงเป็นการยากที่จะให้ฝ่ายปกครองยอมรับว่าคำสั่งทางปกครองที่ตนออกไปบกพร่องหรือผิดพลาด นอกจากนั้น การพิจารณาเรื่องที่ร้องเรียน ฝ่ายปกครองอาจพิจารณาฝ่ายเดียวโดยไม่ให้โอกาสประชาชนโต้แย้งก็ได้ จึงเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า วิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารไม่เพียงพอในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

2) วิธีการในลักษณะกึ่งข้อพิพาท

ด้วยวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองยังไม่เพียงพอในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น จึงมีอีกองค์กรหนึ่งที่จะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยคณะกรรมการที่มิใช่ศาลยุติธรรมใช้วิธีการพิจารณาในลักษณะที่เป็นคดีข้อพิพาท โดยมีวิธีพิจารณา (procédure) ที่ให้โอกาสผู้ร้องเรียนชี้แจงข้อโต้แย้งได้ ตลอดจนมีกระบวนการในการแสวงหาพยานหลักฐาน ในประเทศอังกฤษเรียกคณะกรรมการนี้ว่า Administrative Tribunals ซึ่งมีผู้แปลว่าศาลฝ่ายบริหาร[93] ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ โดยมีหน้าที่เฉพาะเรื่องเฉพาะราวแตกต่างกันไปตามพระราชบัญญัติที่จัดตั้งจะกำหนดไว้

ข้อดีของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลฝ่ายบริหาร คือ ศาลฝ่ายบริหารประอบด้วยผู้ซึ่งมีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้าน ซึ่งจะทำให้พิจารณาข้อพิพาทที่ต้องการความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านได้ดี อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินการในศาลฝ่ายบริหารยังสิ้นเปลืองน้อย และวิธีการพิจารณาก็รวดเร็ว บรรยากาศการพิจารณาเป็นกันเอง นอกจากนี้ ที่สำคัญคือ ศาลฝ่าบริหารมีวัตถุประสงค์ที่จะพิจารณาวินิจฉัย ข้อโต้แย้งในทางที่จะให้ความเป็นธรรมแลถูกต้องแก่คู่ความมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยไม่ผูกมัดกับพยานหลักฐานดังศาลยุติธรรม[94] ศาลฝ่ายบริหารพิจารณาตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในการออกคำสั่งทางปกครอง

สำหรับในประเทศไทย องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาทมีทั้งในรูปคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติโดยเฉพาะ เพื่อควบคุมในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น คณะกรรมการลิขสิทธิ์[95] ตามพระราชบัญญัติ

---

[93] เรื่องเดียวกัน. หน้า 13.

[94]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2531). **องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.หน้า 38

[95]มาตรา 56 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการลิขสิทธิ์” ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นประธานกรรมการ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินสิบสองคน ในจำนวนนี้จะต้องแต่งตั้งจากผู้แทนของสมาคมเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงและผู้แทนของสมาคมผู้ใช้งานลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหกคนเป็นกรรมการ

ลิขสิทธิ์ มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่มีคำสั่งเรื่องค่าตอบแทนและเงื่อนไขการใช้ลิขสิทธิ์[96] หรือคณะกรรมการการพิจารณาอุทธรณ์[97] ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งขอเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งการตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร[98]

2.4.2 การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ด้วยเหตุที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดบางประการดังที่ได้กล่าวข้างต้น จึงเป็นการจำเป็นต้องมีการควบคุมภายนอก การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยองค์ภายนอกฝ่ายปกครอง อาจดำเนินการได้โดยองค์กรในหลายลักษณะ เช่น ศาลองค์กรพิเศษ เช่น Ombudsman, Prokuratura หรือทางการเมือง แต่วิธีการเหล่านี้มีผลต่างกัน กล่าวคือ การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ เช่น Ombudsman หรือทางการเมืองไม่มีผลโดยตรงในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง หากแต่มุ่งเน้นที่จะควบคุมฝ่ายปกครองมากกว่าในขณะที่การควบคุมโดยศาลจะมุ่งที่ความชอบด้วย

คณะกรรมการจะแต่งตั้งบุคคลใดเป็นเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการก็ได้

[96]มาตรา 60 คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังนี้

(1) ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้

(2) วินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของอธิบดีตามมาตรา 45 และมาตรา 55

[97]มาตรา 50 ให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

(1) ในเขตกรุงเทพมหานครหรือในเขตองค์การบริหารส่วนจังหวัด ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงมหาดไทย เป็นประธานกรรมการ อธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมือง* ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนคณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพวิศวกรรม และผู้แทนคณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรม เป็นกรรมการ และกรรมการอื่นอีกไม่เกินหกคนซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิ ในจำนวนนี้ให้มีผู้ทรงคุณวุฒิจากภาคเอกชนไม่น้อยกว่าสองคน และให้หัวหน้าสำนักงานคณะกรรมการควบคุมอาคาร เป็นกรรมการและเลขานุการ

กรรมการซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งตามวรรคหนึ่ง (1) ต้องไม่เป็นผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ราชการของกรุงเทพมหานครหรือองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือสมาชิกสภากรุงเทพมหานครหรือสภาจังหวัด

(2) ในเขตเทศบาล เขตเมืองพัทยา หรือเขตราชการส่วนท้องถิ่นอื่น ประกอบด้วย ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นประธานกรรมการ อัยการจังหวัดซึ่งเป็นหัวหน้าที่ทำการอัยการจังหวัด และบุคคลอื่นอีกไม่เกินหกคนซึ่งปลัดกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้แต่งตั้ง ในจำนวนนี้ให้แต่งตั้งจากภาคเอกชนไม่น้อยกว่าสองคนเป็นกรรมการ และให้โยธาธิการและผังเมืองจังหวัด*เป็นกรรมการและเลขานุการ

ให้นำมาตรา ๑๕ มาตรา ๑๖ และมาตรา ๑๗ มาใช้บังคับแก่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์โดยอนุโลม

[98]มาตรา 51 ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัตินี้

กฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นในที่นี้ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงเฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรศาลเท่านั้น

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรศาลอาจแยกพิจารณาโดยคำนึงถึงลักษณะของศาลได้ 2 ประเภท คือ ศาลยุติธรรม และศาลปกครอง

(1) ศาลยุติธรรม

ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ส่วนใหญ่ ได้แก่ ประเทศกลุ่ม Anglo-saxon เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เป็นต้น หรือที่เรียกว่า ระบบศาลเดี่ยว หลักกฎหมาย Common Law[99] ไม่ได้ให้ความแตกต่างระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง และถือว่าทั้งเอกชนและฝ่ายปกครองมีฐานะเท่าเทียมกัน จึงต้องถูกควบคุมโดยศาลยุติธรรมอันเดียว ศาลยุติธรรมในอังกฤษ คือ High Court และ Court of Appeal นอกจากจะรับคดีพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองโดยตรงแล้วยังพิจารณาคดีที่ผ่านการพิจารณาของศาลบริหารด้วย (Administrative Tribunals)

สำหรับในสหรัฐอเมริกามีประเด็นที่น่าสนใจที่ว่าแม้จะมีระบบคล้ายคลึงกับอังกฤษ แต่ผู้พิพากษาจะควบคุมถึงความสอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยผู้พิพากษาจะดูว่าการมอบอำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) บางประการให้แก่ฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นไม่เป็นการโอนไปซึ่งอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งต้องเป็นของสภา Congress ไป นอกจากนั้นศาลยังดูว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญที่ว่า บุคคลไม่อาจถูกพรากไปซึ่งชีวิตหรือทรัพย์สินโดยปราศจาก Due Process of Law (ศุภนิติกระบวน) ได้รับการเคารพปฏิบัติเพียงใด[100] และใน Administrative Procedure Act มาตรา 706 ยังบัญญัติให้ศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยหรือคำสั่งขององค์กรฝ่ายปกครองที่ทำลงโดยมิได้ปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดโดยกฎหมาย นอกจากนี้ผู้พิพากษาจะควบคุมว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่เป็นลักษณะ Ultra Vires อีกด้วย[101]

---

[99] หลักกฎหมาย Commom Law คือ ระบบกฎหมายที่มีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ หลักกฎหมายที่ศาลหลวงของอังกฤษได้เคยวางไว้ในคำพิพากษาที่ตัดสินคดีแต่ละคดีในอดีต คอมมอนลอว์จึงเป็นหลักกฎหมายที่ศาลเป็นผู้สร้างขึ้นจากการตัดสินคดี จึงเรียกกันว่าเป็น jude-made law หรือ case law โดยระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญต่อวิธีพิจารณาความเป็นอย่างมากและถือเอาคำพิพากษาของศาลสูงที่ได้เคยตัดสินคดีในปัญหาทำนองเดียวกันเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง โปรดดู ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2553). **กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญชน. หน้า 11.

[100]โภคิน พลกุล. (2524). รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง. **วารสารนิติศาสตร์**, 12 (1). หน้า 60.

[101]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 41.

2) ศาลปกครอง

ระบบนี้ให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาคดีแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม จึงเรียกว่าระบบศาลคู่ ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ถือเป็นแบบแผนของระบบศาลคู่นี้ ในระบบนี้จะมีเกณฑ์การแบ่งแยกให้คดีปกครองขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ส่วนคดีอื่น ๆ ยังคงอยู่ในขอบอำนาจของศาลยุติธรรม สำหรับเยอรมนี แม้มีการตั้งศาลปกครองเพื่อพิจารณาคดีปกครอง แต่ยังมีศาลพิเศษอื่น ๆ นอกจากศาลยุติธรรม (Court of justice) คือ ศาลแรงงาน (Central Labour Court) ศาลสังคม และศาลภาษีอากร (Central Tax Court) โดยทั่วไปในเยอรมนี ศาลยุตธรรมมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา คดีแรงงานจะตกแก่ศาลแรงงาน จึงกล่าวได้ว่าในส่วนกฎหมายเอกชนนั้น ศาลยุติธรรมเป็นศาลทั่วไป ศาลแรงงานเป็นศาลเฉพาะ ส่วนทางด้านกฎหมายมหาชนนั้น ศาลปกครองเป็นศาลทั่วไป โดยมีศาลเฉพาะ คือ ศาลสังคม และศาลภาษี[102]

สำหรับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ศาลดังกล่าวจะควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่อาจควบคุมความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองได้ นอกจากนี้ ศาลจะหยิบยกเรื่องความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองขึ้นมาพิจารณาเอง โดยที่ไม่มีผู้ร้องขอไม่ได้ เพราะการพิจารณาของศาลมีลักษณะข้อพิพาท

2.5 การควบคุมและตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักประกันสิทธิและหน้าที่ของประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม ข้อเรียกร้องประการหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายก็คือการควบคุมคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย วิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยการให้สิทธิแก่ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่จนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายการควบคุมคำสั่งทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายนั้นสามารถอธิบายได้ในแง่ของวิธีการ ขั้นตอนและองค์กรที่ควบคุมที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังนี้วิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองสามารถพิจารณาได้เป็น 2 ขั้นตอน คือ

---

[102]โภคิน พลกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 67

2.5.1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนการออกคำสั่งทางปกครองหรือการควบคุมแบบป้องกัน

การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเพื่อทำคำสั่งทางปกครองมีขั้นตอนเริ่มตั้งแต่การคิดตระเตรียมการและออกคำสั่งทางปกครอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองเป็นการควบคุมเบื้องต้นเพื่อป้องกันมิให้คำสั่งทางปกครองที่จะออกมาในอนาคตไม่ชอบด้วยกฎหมาย[103] สำหรับวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก่อนออกคำสั่งทางปกครองแบ่งได้ 3 กระบวนการ[104]

2.5.1.1 การสร้างองค์กรที่มีหน้าที่ในการให้ความเห็นเบื้องต้นก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจเป็นกรณีที่กฎหมายให้ต้องทำและถือตามความเห็นขององค์กรให้ความเห็นเบื้องต้นหรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องปรึกษาแต่จะถือตามความเห็นหรือไม่ก็ได้หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องปรึกษาซึ่งขึ้นอยู่กับใจสมัครของฝ่ายปกครอง

2.5.1.2 การให้สิทธิแก่ประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนพิจารณาก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนที่จะถูกผลกระทบของคำสั่งทางปกครองมีสิทธิในการป้องกันตนเอง เช่น การไต่สวนสาธารณะ การต้องให้โอกาสประชาชนเข้ามาในกระบวนพิจารณาทางปกครอง

2.5.1.3 การเปิดโอกาสให้ประชาชนได้รับและเข้าถึงเอกสารของทางราชการและการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งทำให้ความลับของทางราชการคลายความศักดิ์สิทธิ์ลงและการบังคับให้ฝ่ายปกครองให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นหลักประกันอันเป็นภาวะวิสัยเพราะทำให้ประชาชนได้ทราบถึงเหตุและผลในการที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเช่นนั้น นอกจากนี้เหตุผลจะเป็นสิ่งที่ประชาชนสามารถที่จะนำไปโต้แย้งคัดค้านในกรณีที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป

2.5.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองภายหลังการออกคำสั่งทางปกครองหรือการควบคุมแบบแก้ไข

เมื่อฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่มีปลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ของประชาชนเพื่อให้แน่ใจว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมาแล้วนั้นชอบด้วยกฎหมาย ก็ย่อมมีวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง วิธีการที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเช่นนี้ก็โดยอาศัยสภาพบังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นเครื่องบ่งชี้ ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 3 ลักษณะดังนี้

---

[103]เกรียงไกร เจริญวัฒนา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 20-25.

[104]โภคิน พลกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 41-50.

2.5.2.1 การถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลย

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายร้ายแรง เช่นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มาจากองค์กรที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมายหรือเป็นองค์กรที่ไม่มีอำนาจ ใด ๆ ของฝ่ายปกครองอยู่อย่างชัดแจ้งหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช้อำนาจฝ่ายปกครองแต่เป็นอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งในสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่เกิดขึ้นเลย ศาลปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธไม่พิจารณาคดี ไม่ยอมใช้กฎหมายปกครอง แต่ถือว่าการกระทำนั้นไม่มีลักษณะทางปกครองและให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาคดี[105] ส่วนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการบัญญัติวิธีการในการถือว่าคำสั่งทางปกครองไม่เกิดขึ้นเลย ไว้ใน มาตรา 44 VwVfG 1976 ว่า คำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะเมื่อมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเป็นที่ทราบกันอย่างแจ้งชัดที่แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้รับการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดร้ายแรงอย่างชัดแจ้ง[106] นอกจากนี้ยังได้กำหนดเหตุความไม่มีผลทางกฎหมายเสมือนเป็นโมฆะในแต่ละเรื่องไว้ คือ คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่อาจทราบว่าออกโดยฝ่ายปกครองใดหรือคำสั่งทางปกครองจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อทำการมอบพิธีการมอบเอกสารสำคัญหากไม่มีการมอบเอกสารสำคัญเช่นนั้นหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกนอกเหนือเขตอำนาจทางพื้นที่และเป็นการอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือคำสั่งทางปกครองที่ผู้รับไม่อาจกระทำได้โดยข้อเท็จจริงหรือคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งต้องกระทำการอย่างใด อย่างผิดกฎหมาย ซึ่งการกระทำนั้นฝ่าฝืนกฎหมายอาญาหรือฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายปกครองหรือคำสั่งทางปกครองนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[107] ผลทางกฎหมายในกรณีที่ถือว่าคำสั่งทางปกครองไม่เกิดขึ้นเลยหรืออาจเรียกว่าคำสั่งทางผลทางกฎหมายในกรณีที่ถือว่าคำสั่งทางปกครองไม่เกิดขึ้นเลยหรืออาจเรียกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะ (เสียเปล่า) ซึ่งมีผลในทางกฎหมายหลายประการ ได้แก่ประการแรก คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใด ๆ คือ ไม่อาจบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่เสียเปล่านั้นได้ ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือน เป็นโมฆะนี้ไม่อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้เนื่องจากไม่มีคำสั่งทาง

---

[105]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 362.

[106]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 57.

[107]Mahendre P. Singh. (1985). **General German Administrative Law in Common Law Perspective**. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, page 42.

ปกครองนั้นมาแต่ต้น ประการที่สาม ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลขอให้พิสูจน์ความเสียเปล่านั้นได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดอายุความ[108]

2.5.2.2คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้นี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับต่ำหรือรองลงมาจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะตามข้อ 2.5.2.1 ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยกรณีซึ่งเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ตัวอย่างเช่น การกระทำเกินขอบอำนาจ ทำผิดแบบหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ใช้ดุลพินิจ โดยบิดผันหรือละเมิดกฎหมายประการอื่น เป็นต้น สำหรับในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอาจพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ว่าเกิดจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural Law) หรือกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive law) เช่น อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง วิธีพิจารณา แบบการฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง ความสอดคล้องกับกฎหมาย การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายและสมควรแก่เหตุ คำสั่งทางปกครองต้องชัดเจน[109] ผลของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ ประการแรกคือ คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับจนกว่าจะถูกยกเลิกหรือเพิกถอน ประการที่สอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถโต้แย้ง คำสั่งทางปกครอง (Administrative order) นั้นต่อไปได้ต่อฝ่ายปกครองหรือต่อศาล ประการที่สาม จะต้องทำการโต้แย้งภายในกำหนดอายุความ[110]

2.5.2.3องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

หากพิจารณาในแง่องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อาจแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน ได้แก่ การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง สามารถจำแนกลักษณะของการควบคุมได้เป็น 2 ประเภท คือประเภทแรกการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง[111]

---

[108]มานิตย์ จุมปา. (2540). **การยกเลิกและการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 46.

[109]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 48-56.

[110]มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 108. หน้า 46.

[111]ขวัญชัย สันตสว่าง. (2531). **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ LA 439.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 24-27.

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ จะได้รับการพิจารณาเป็นการภายในฝ่ายปกครองเอง โดยปกติจะไม่มีวิธีพิจารณาที่แน่นอนชัดเจนและขาดการเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องได้เข้ามาในกระบวนพิจารณาเพื่อเสนอข้อโต้แย้ง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นข้อพิพาท ซึ่งสามารถอุทธรณ์ หรือร้องเรียนต่อผู้ดำเนินการหรือต่อผู้บังคับบาที่เหนือกว่าผู้ดำเนินการซึ่งเป็นไปตาม หลักของอำนาจการบังคับบัญชา การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ผู้รับอุทธรณ์สามารถพิจารณาได้ทั้งในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ไม่ได้ให้หลักประกันที่จริงจังต่อประชาชน เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย โดยขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการอุทธรณ์ให้ทบทวนคำสั่งทางปกครองถูกมองว่าฝ่ายปกครองเป็นคู่ปรปักษ์ในเรื่องนั้น คือ เป็นทั้งผู้ถูกกล่าวหาและผู้พิจารณา วิธีการนี้จึงไม่มีประสิทธิภาพพอในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนหรือควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ประเภทที่สอง การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท[112]

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาทเป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่จัดว่าอยู่ในระดับที่ให้หลักประกันแก่เอกชนเหนือกว่าการ อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ที่ได้รับมอบหมายโดยเฉพาะตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นคณะกรรมการก็ได้ โดยปกติมีหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป หรือที่เกี่ยวกับหน่วยงานหน่วยงานหนึ่ง แต่บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวไม่ใช่องค์กรศาล เพียงแต่ว่าในการพิจารณาคำอุทธรณ์เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องเคารพรูปแบบและกระบวนวิธีพิจารณาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ การพิจารณาอุทธรณ์ในลักษณะนี้เปิดโอกาสให้มีการต่อสู้และโต้แย้งคัดค้านแก้ข้อกล่าวหา การอุทธรณ์ในลักษณะนี้จะกระทำได้ต่อเมื่อได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับรูปแบบและดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนพิจารณา การอุทธรณ์ในลักษณะนี้ย่อมเป็นหลักประกันดีกว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเพราะเป็นการอุทธรณ์ต่อองค์กรกลางและมีวิธีพิจารณาที่เป็นหลักประกันที่ใกล้เคียงกับวิธีพิจารณาของศาล ซึ่งการอุทธรณ์ลักษณะนี้นิยมใช้กันมากในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ด้วยเหตุที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดบางประการ จึงเป็นการจำเป็นต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

---

[112]เรื่องเดียวกัน. หน้า 28-30.

โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง[113] โดยการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองมีรูปแบบการควบคุมอยู่หลายลักษณะ เช่น Ombudsman ของราชอาณาจักรสวีเดนที่สามารถร้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาคำสั่งของตนใหม่ได้หรือ Prokuratura ของรัสเซียซึ่งเป็นองค์กรอัยการและมีหน้าที่สอดส่องดูแลการเคารพต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง ที่สามารถคัดค้านต่อการกระทำที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและสามารถขอให้มีการพิจารณาใหม่ หรือศาลซึ่งอาจจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็แล้วแต่แนวความคิดของแต่ละประเทศ ซึ่งศาลจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น[114]

2.6 อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการทบทวน และตรวจสอบคำสั่งทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผูกพันอยู่กับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นเมื่อมีการกระทำใดที่ไม่ชอบด้วยการกฎหมายเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นให้สิ้นไปด้วยการยกเลิก เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น อย่างไรก็ดีอาจมีบางกรณีเหมือนกันที่จะต้องมีการยืดหยุ่นหลักความชอบด้วยกฎหมายออกไปเพื่อคุ้มครองความมั่นคงทางกฎหมายและความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

2.6.1 การยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

การยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นวิธีการที่อาจนำไปสู่การทำให้ผลบังคับของคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลง ดังนี้

2.6.1.1 ความหมาย

การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง คือ การบอกล้างคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ต่อมาภายหลังขณะที่คำสั่งทางปกครองยังมีผลบังคับ ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งเป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่ง ทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผล ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองที่ ชอบด้วยกฎหมายแต่เริ่มแรกให้สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลบังคับในภายหลังหรือให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในส่วนของผู้รับ

---

[113]มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 108. หน้า 49.

[114]โภคิน พลกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 100. หน้า 56-57.

คำสั่งทางปกครองที่ได้เปลี่ยนแปลงไปในภายหลังนี้จะต้องกระทำการบอกล้างโมฆียะกรรมดังกล่าวด้วยวิธีการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง[115]

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คือ การบอกล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังไม่ถึงกับระดับมีผลเสมือนเป็นโมฆะหรืออาจเรียกว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์เป็นการแก้ไขข้อผิดพลาดในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากไม่เพิกถอนแล้วคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะมีผลบังคับกับผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น[116]

2.6.1.2 หลักการกฎหมายที่สำคัญซึ่งใช้ในการพิจารณาเชิงทฤษฎี

การยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองจะใช้เมื่อพบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องเกิดขึ้น ทั้งนี้การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้นั้น มิใช่จะกระทำได้โดยอำเภอใจโดยต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายปกครองด้วย ซึ่งในเรื่องนี้มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการใช้อำนาจยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

1) หลักกฎหมายในเรื่องการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

หลักกฎหมายนี้มีความหมายว่าการสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องใดจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในเรื่องนั้น กล่าวคือ การที่รัฐโดยเจ้าหน้าที่และฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ในลักษณะก้าวล่วงไปในขอบเขตสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น สำหรับมาตรการที่เป็นคุณหรือให้ประโยชน์แก่ประชาชนนั้นเป็นหลักกฎหมายนี้ถูกนำมาใช้เพียงจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องกระทำโดยไม่ขัดกับหลักความเสอมภาค ซึ่งสำหรับการยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะทำได้ก็ต้องพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นให้ประโยชน์หรือสร้างภาระ ซึ่งจะเป็นผลให้การยกเลิกคำสั่งทางปกครองมีข้อจำกัดตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย[117]

2) หลักกฎหมายเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิ

ความมั่นคงแห่งสิทธิเป็นเป้าหมายของระเบียบกฎหมายทุกอย่างการกำหนดปทัสฐานทางกฎหมายที่จะนำมาพิจารณาคดีแต่ละคดีอย่างเสมอภาคหรือการไตร่ตรองในเชิงนิติศาสตร์ไม่เพียงแต่จะพิจารณาถึงความยุติธรรมอย่างเดียว แต่จะต้องพิจารณาในประเด็นที่ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายมีความรู้สึกว่าสิทธิดังกล่าวที่เขาได้รับตามกฎหมายนั้นมีความมั่นคงด้วย ซึ่งจะทำให้ประชาชนแต่ละ

---

[115]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2537). **การยกเลิกและการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.หน้า 215.

[116]เรื่องเดียวกัน. หน้า 215.

[117]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 115. หน้า 217-218.

คนวางแผนการดำรงชีวิตโดยพิจารณาถึงสิทธิและกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ หลักกฎหมายปกครองเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธินี้นับว่าเป็นเรื่องความชอบธรรมที่สำคัญสำหรับสภาพบังคับในทางเนื้อหาของคำวินิจฉัยต่าง ๆ ซึ่งโดยหลัก ผลในทางกฎหมายนี้ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้อีกและดังนั้นผลของกฎหมายนี้จึงไม่อาจเรียกร้องสิทธิที่ได้ให้กับผู้ที่รับคำสั่งทางปกครองกลับคืนหรือย้อนหลังอีกต่อไป

3) หลักกฎหมายเรื่องการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง

ผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองมีความเชื่อถือหรือไว้วางใจต่อคำสั่งทางปกครอง ความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวนี้เมื่อเทียบกับประโยชน์มหาชนแล้วควรคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจยิ่งกว่า เพื่อให้ประชาชนมีความมั่นคงในสิทธิของเขาตามกฎหมาย[118]

2.6.2 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เป็นผลที่เกิดขึ้นมาจากแนวความคิดพื้นฐานในการปกครองของรัฐตามหลักนิติรัฐ ที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องแสดงว่ามีกฎหมายใดให้อำนาจตนและจะต้องใช้อำนาจภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เพื่อให้เกิดความมั่นใจและหลักประกันว่าภายปกครองจะใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย สิ่งได้จัดให้มีการควบคุมตรวจสอบการดำเนินการทางปกครองของรัฐขึ้น[119] โดยการให้สิทธิกับประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนจากคำสั่งทางปกครองสามารถอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองได้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้ทำการตรวจสอบพิจารณาทบทวนการกระทำของตนว่าเป็นตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ รวมถึงการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการกระทำนั้น ๆ ด้วย เพื่อได้ทราบถึงข้อบกพร่องและทำการแก้ไขในสิ่งที่ผิดพลาด[120] ซึ่งการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเพื่อเยียวยาแก่ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากคำสั่งทางปกครองนั้น

การอุทธรณ์ตามกฎหมายไทยได้กำหนดให้เป็นการอุทธรณ์บังคับสองขั้นตอนเช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองของเยอรมัน แต่ในส่วนผลของการอุทธรณ์ต่างกัน กล่าวคือ ตามกฎหมายปกครองไทยเมื่อมีการอุทธรณ์แล้ว การอุทธรณ์ไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่ง

---

[118]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 115. หน้า 218 - 229.

[119]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 367.

[120]ขวัญชัย สันตสว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 111. หน้า 22-23.

ทางปกครอง ในทางกลับกัน กฎหมายเยอรมันเมื่อมีการอุทธรณ์ การอุทธรณ์ย่อมมีผลการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ส่วนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสการอุทธรณ์เป็นการอุทธรณ์ไม่บังคับ

2.6.3 หลักการพิจารณาใหม่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

การขอให้พิจารณาใหม่เป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการที่คู่กรณีจะขอให้เจ้าหน้าที่เพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองได้ การขอให้พิจารณาใหม่ ก็คือ กรณีที่ต้องมีการพิจารณาเรื่องใหม่อีกครั้งหนึ่งในประเด็นที่ได้วินิจฉัยไว้แล้วในคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์ได้อีกต่อไป โดยทั่วไปเมื่อมีการสั่งการทางปกครองและเกิดความผิดพลาดขึ้น คู่กรณีย่อมมีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำสั่งนั้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไขคำสั่งที่ผิดพลาด ซึ่งเมื่อล่วงเลยเวลาการอุทธรณ์ไปแล้ว คู่กรณีก็ไม่มีสิทธิที่จะขอเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป เพื่อให้เกิดความแน่นอนหรือความมั่นคงแห่งสิทธิ อย่างไรก็ตาม แม้พ้นกำหนดอุทธรณ์ไปแล้วหรือเป็นกรณีที่ไม่อาจอุทธรณ์ได้ ในบางกรณีที่มีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดอันควรที่จะต้องแก้ไขอย่างยิ่ง กฎหมายก็บัญญัติเปิดช่องไว้ให้ขอให้พิจารณาใหม่ได้โดยเทียบเคียงกับกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งเปิดโอกาสให้มีการพิจารณาใหม่ได้ในบางกรณี แต่โดยมีเงื่อนไขและข้อจำกัดมากกว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมแก่คู่กรณี[121]

การขอให้พิจารณาใหม่เป็นบทบัญญัติเพิ่มเติมในเรื่องการยกเลิก เพิกถอน คำสั่งทางปกครองที่ให้โอกาสเปิดกระบวนพิจารณาใหม่ในประเด็นเดิมของคำสั่ง ทางปกครองที่ไม่อาจโต้แย้งได้อีกครั้งหนึ่ง พัฒนาการแนวคิดการพิจารณาใหม่คงได้รับอิทธิพลมาจากวิธีพิจารณาความของศาลในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนเพื่อให้มีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และการยึดถือหลักเกณฑ์อย่างเคร่งครัดอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมเฉพาะกรณีได้การขอให้พิจารณาใหม่มีบัญญัติไว้ชัดเจนตามพระราชบัญญัติวีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 7 มาตรา 54 การขอให้พิจารณาใหม่ (recours en révision) ได้ก็ต่อเมื่อต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่ล่วงเลยระยะเวลาอุทธรณ์มาแล้ว คู่กรณีจึงจะมีสิทธิยื่นคำขอได้เมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

1. มีพยานหลักฐานใหม่ อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ

2. คู่กรณีที่แท้จริงมิได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองหรือได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาครั้งก่อนแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วม (Contribution) ในกระบวนการพิจารณาปกครอง

---

[121]ฤทัย หงส์สิริ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 68. หน้า 126-127.

3. เจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจที่จะทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น

4. ถ้าคำสั่งทางปกครองได้ออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดและต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่คู่กรณี

2.7 คำสั่งทางปกครองที่สามารถทบทวนและตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

โดยปกติการกระทำทางปกครองย่อมสามารถถูกตรวจสอบควบคุมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อประชาชน การทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครองจะทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกิดขึ้นได้อย่างเป็นจริง

2.7.1 คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย[122]

คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมีลักษณะเช่นใดนั้นไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งเป็นการเฉพาะหรือทั่วไป เกณฑ์การพิจารณาคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย อาจแยกพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติและความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ[123]

2.7.1.1 ความชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ

เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณา ดังนี้

1) เขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในเนื้อหาในเรื่องนั้นและมีอำนาจในเขตท้องที่ที่ตนรับผิดชอบ

2) วิธีพิจารณา การดำเนินการพิจารณาในเรื่องทางปกครอง โดยปกติกฎหมายจะกำหนดให้ดำเนินการตามความเหมาะสมและยืดหยุ่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจดำเนินการอย่างเรียบง่ายและสอดคล้องกับกฎหมาย แต่ในบางกรณีก็มีบทบังคับในเรื่องวิธีพิจารณาที่เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงด้วยเพราะเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง

3) แบบ โดยคำสั่งทางปกครองจะแสดงออกโดยวิธีใดก็ได้ อาจจะเป็นวาจา สัญญาณหรือหนังสือ ซึ่งมีบางกรณีเท่านั้นกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ

4) การฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและประเมินข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครองได้อย่างถูกต้อง

5) การให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง

2.7.1.2 ความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ

---

[122]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 157-160.

[123]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 157.

1) เงื่อนไขการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ก็คือ การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดก็จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามตัวบทกฎหมายนั้นเสมอจะขัดหรือแย้งกับตัวบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับอยู่ในขณะนั้นไม่ได้ และการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหน้าที่ไว้โดยชัดแจ้งทุกกรณีและเจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองจะต้องพิจาณาถึงเงื่อนไขและขอบเขตของการใช้อำนาจสั่งการและอำนาจดุลพินิจด้วย

2) คำสั่งทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำสั่งทางปกครองเป็นการทำตัวบทกฎหมายที่เป็นนามธรรมให้เป็นรูปธรรม ดังนั้นคำสั่งทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะเรื่อง กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและหลักกฎหมายต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

3) คำสั่งทางปกครองที่มีดุลพินิจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้อำนาจดุลพินิจอย่างไม่ผิดพลาด

4) การวินิจฉัยสั่งการในการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำอย่างสมควรแก่เหตุ หลักความสมควรแก่เหตุนี้ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์ของหลักการพอสมควรแก่เหตุมีดังนี้

ก) มาตรการที่ใช้ต้องเหมาะสม เพื่อให้สามารถบรรลุเป้าหมายที่ต้องการได้

ข) มาตรการที่เหมาะสมจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น หากใช้มาตรการอื่น ๆ จะเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือประโยชน์ของส่วนรวมมากว่ามาตรการที่จำเป็นดังกล่าว

ค) มาตรการที่จำเป็นนี้จะต้องใช้อย่างสมควรแกเหตุในความหมายอย่างแคบจะต้องไม่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

5) คำสั่งทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนกระจ่าง คำสั่งทางปกครองจะต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนอย่างเพียงพอที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอ่านแล้วมีความเข้าใจว่าฝ่ายปกครองมีความต้องการอะไร ผู้รับคำสั่งทางปกครองอยู่ในวิสัยที่จะทำตามได้หรือไม่

2.7.2 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีระดับความร้ายแรงแตกต่างกัน กล่าวคือจากระดับที่ร้ายแรงที่สุดที่ไม่ถือว่าเคยมีคำสั่งทางปกครองนั้นเลยหรือที่มีผลเสมือนเป็นโมฆะระดับรองลงมามีความร้ายแรงลดน้อยลงทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ถือว่ายังมีคำสั่งทางปกครองนั้นอยู่[124] หากแต่อาจถูกโต้แย้งเพื่อให้มีการยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้นได้ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็คือคำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาด

[124]กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 165.

หรือบกพร่องไปจากเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่กล่าวมา และจะนำไปสู่การยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือกำจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นต่อไป