

บทที่ 2

ความหมาย หลักการ แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้จึงต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น ๆ โดยกฎหมายมิได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับได้ทุกเรื่อง แต่ตามปกติกฎหมายซึ่งเป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองจะบัญญัติไว้เสมอว่าเจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งมาใช้บังคับในเรื่องนั้นได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้น ข้อเท็จจริงนี้เรียกว่า ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะต้องเกิดขึ้นก่อนหรือในเวลาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองนั้น หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยข้อเท็จจริงดังกล่าวยังไม่ได้เกิดขึ้น คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ยังไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าว

2.1 การกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองโดยใช้อำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชนเพื่อให้การปฏิบัติภารกิจอันเป็นประโยชน์สาธารณะบรรลุผล คือ การกระทำทางปกครอง โดยในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ พิจารณาจากองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่ ซึ่งต้องเป็นองค์กรฝ่ายบริหารและต้องเป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในฐานะฝ่ายปกครองเท่านั้น มิใช่เป็นการกระทำทางการเมือง¹ และพิจารณาจากเนื้อหาสาระของการกระทำ ซึ่งต้องมีฐานของการใช้อำนาจจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ

¹ สมยศ เชื้อไทย. (2530). การกระทำทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์*, 17(3). หน้า 60.

2.1.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

“การกระทำทางปกครอง”² หมายถึง ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การกระทำทางปกครอง (Administrative Act ; Act administratif) เป็นการกระทำทางบริหารประเภทหนึ่งที่ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติ ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมอันมีลักษณะเป็นงานประจำด้วย ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย จึงถือว่าเป็นเครื่องมือในทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ดำเนินกิจกรรมทางปกครอง เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะที่มีความหลากหลายสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี โดยทั่วไปการกระทำทางปกครองอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) การกระทำในทางข้อเท็จจริง และ (2) การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย โดยมีลักษณะดังนี้³

1) การกระทำในทางข้อเท็จจริง คือ เป็นการกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงเจตนาเพื่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องการให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิตามกฎหมาย แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อภารกิจการปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง ซึ่งมีกรณีเดียว คือ ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึง การกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย โดยที่การกระทำนั้นมิใช่เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นการกระทำที่มุ่งผลให้เกิดผลในทางข้อเท็จจริง ดังนั้น การกระทำที่เป็นปฏิบัติการทางปกครองจึงไม่มีปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของการกระทำ เพียงแต่หากการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการละเมิด ย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ผู้เสียหายจะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ต่อไป ตัวอย่าง ปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การยกรถยนต์ที่จอดอยู่ในที่ห้ามจอด ไปไว้ที่สถานีตำรวจ การรื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยผิดกฎหมาย หรือการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับทางกายภาพ เช่น การขับไล่บุคคลที่อาศัยอยู่ในบริเวณป่าสงวนแห่งชาติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ออกไปจากเขตป่าสงวน การสลายการชุมนุม เป็นต้น

2) การกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมาย ก็คือ นิติกรรมทางปกครอง หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติแทน และในนามขององค์กรดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งว่า

² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2562). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 15.

³ สุริยา ปานแป้น. (2562). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 24-28.

ประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบุคคลนั้น หรือคณะบุคคลนั้น โดยบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

2.1.2 นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว

สำหรับขอบเขตของการกระทำที่เรียกว่า นิติกรรมทางปกครอง สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง และนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ได้แก่ สัญญาทางปกครอง ซึ่งในการศึกษาครั้งนี้จะศึกษาเฉพาะ ข้อความคิดบางประการที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ดังนี้

ก) ลักษณะของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวในความหมายอย่างกว้าง เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการมีผลบังคับสามารถแยกได้ ดังนี้

(1) ลักษณะของการมีผลใช้บังคับแก่บุคคลของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว มีการนิยามผู้ต้องตกอยู่ในภายใต้บังคับของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวไว้ โดยอาจแยกออกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

มีผลเป็นการทั่วไป (General) การมีผลเป็นการทั่วไป หมายถึง เป็นข้อกำหนดความประพฤติของบุคคลทั่วไป กล่าวคือ ใช้บังคับกับบุคคลเป็นการทั่วไป หรือใช้บังคับแก่บุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งที่ไม่อาจกำหนดจำนวนได้อย่างแน่นอน⁴ เช่น นักศึกษามหาวิทยาลัยข้าราชการ ผู้สูงอายุ ผู้พิการผู้ชุนุ่ม ชาวนา เป็นต้น ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่าต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน กล่าวคือ แม้ว่าจะมีผลบังคับแก่เฉพาะประชาชนเพียงบางประเภทก็ถือว่ามีผลเป็นการทั่วไปแล้ว

มีผลเฉพาะบุคคล (Individual) หมายถึง เป็นข้อกำหนดสำหรับบุคคลเฉพาะเจาะจงกล่าวคือ มีผลกับบุคคลเพียงคนเดียวหรือหลายคนพร้อมกันและเกี่ยวเนื่องกัน ซึ่งสามารถระบุจำนวนได้อย่างแน่นอนว่าบุคคลใดบ้างจะตกอยู่ภายใต้บังคับ⁵ โดยอาจเป็นบุคคลธรรมดา กลุ่มบุคคล หรือนิติบุคคลก็ได้ เช่น นายบุญมา บริษัทไร่รวย หรือการเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการ เป็นต้น ดังนั้น ปริมาณหรือจำนวนของผู้อยู่ภายใต้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง

⁴ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2548). รายงานการวิจัยเรื่องหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 31.

⁵ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. (2545). “การกระทำทางปกครอง”. อาจารย์บุญรา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์. หน้า 156.

⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หน้า 111.

ฝ่ายเดียว จึงไม่ใช่เกณฑ์ในการพิจารณาความมีผลเฉพาะบุคคล แต่ใช้ความสามารถในการกำหนดจำนวนหรือการแยกประเภทได้อย่างแน่นอนเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา⁷

(2) ลักษณะของการมีผลใช้บังคับแก่กรณีของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว มี การนิยามลักษณะผลบังคับใช้ต่อเหตุการณ์ไว้ โดยอาจแยกออกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

นามธรรม (Abstract) หมายถึง มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ เมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นก็จะมีผลบังคับเสมอ ไม่ใช่มีผลบังคับเพียงครั้งเดียวและสิ้นผลไปมีลักษณะของการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในลักษณะกฎเกณฑ์ทั่วไป ทุกครั้งที่มีการตีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นก็มีหน้าที่ต้องกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการซึ่งอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าผู้อยู่ใต้บังคับของนิติกรรมทางปกครองนั้นมีสิทธิที่จะกระทำการซ้ำ ๆ ซาก ๆ (Permanent)⁸

รูปธรรม (Concrete) หมายถึง มีผลบังคับเป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่แก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ⁹ ผู้อยู่ใต้บังคับสามารถทราบว่าตนมีหน้าที่ต้องกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการได้อย่างชัดเจน ไม่มีลักษณะของการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในลักษณะกฎเกณฑ์ทั่วไป มีผลบังคับเฉพาะคราวนั้น มิได้มีผลในลักษณะซ้ำซาก

ข) ประเภทของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว คือ จากหลักในการจำแนกประเภทของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวโดยอาศัยลักษณะของการมีผลใช้บังคับแก่บุคคลและลักษณะของการมีผลบังคับแก่กรณีเป็นเกณฑ์ สามารถแบ่งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวออกได้เป็น 3 ประเภท คือ กฎ คำสั่งทางปกครอง และคำสั่งทั่วไปทางปกครอง ซึ่งแต่ละประเภทมีลักษณะที่สำคัญแตกต่างกันออกไป ดังนี้

(1) กฎ คือ มีลักษณะเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มีผลในลักษณะนามธรรมและใช้บังคับทั่วไป ออกไปยังภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งจากนิยามดังกล่าวอาจจำแนกลักษณะสำคัญของกฎออกได้ 2 ประการด้วยกัน¹⁰ กล่าวคือ

กฎ ต้องกำหนดบุคคลที่อยู่ใต้บังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ อย่างเป็นการทั่วไป (General) กล่าวคือ เป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภทซึ่งอาจมีจำนวนคนเป็นหมื่นเป็นพันคน หรือเป็นสิบคนก็ได้ เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติ

⁷ จีราพร นรินทรวานิช. (2548). *เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครอง*. หน้า 16.

⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 156.

⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 112.

¹⁰ วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไชวีพันธุ์, เจตน์ สดาวรศิลป์พร. (2551). *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 186.

ภาวะแล้ว ผู้มีสัญชาติไทยคนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือน ผู้ประกอบวิชาชีพนายความ ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการ เป็นต้น ดังนั้น เราจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่กำหนดให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตกระทำการได้เลย

กฎ มีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม (Abstract) ว่ามีข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นตรงตามที่กำหนดแล้วจะเกิดผลทางกฎหมายขึ้นตามที่ได้กำหนดไว้ เช่น กรณีกฎหมายกำหนดว่าอาคารใดมีสภาพชำรุดสุดโทรมจนอาจเป็นอันตรายแก่บุคคล อาจถูกสั่งให้รื้อถอนได้ จะเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ได้ระบุว่าอาคารหลังใด แต่หากอาคารหลังใดกลายเป็นสภาพมาตรงกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็จะอยู่ในบังคับทางกฎหมายอันอาจทำให้ถูกสั่งรื้อถอนได้ ดังนั้น ลักษณะของกฎเป็นการวางหลักทั่วไปและใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอนาคตถ้าจะมีเกิดขึ้น ซึ่งทุกครั้งที่เกิดข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้ ก็จะเกิดผลผูกพันขึ้นเสมอในลักษณะซ้ำซาก มิใช่มีผลเพียงครั้งเดียวแล้วสิ้นไป แต่หาก ไม่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นกฎนั้นก็ไม้อาจสร้างผลผูกพันหรือสิทธิหน้าที่ใดให้เกิดขึ้นได้เลย กล่าวคือ หากมีกรณีที่ใช้ก็จะเกิดผลแต่หาก ไม่มีกรณีที่ใช้ก็ไม่มีผลใดเลย (all-or-nothing fashion) ขณะที่มีการตรากฎ จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใด จนกว่าเหตุการณ์จะได้สมบูรณ์ตามที่กฎนั้นได้กำหนดไว้ (ในส่วนของคำสั่งทางปกครองและคำสั่งทางปกครองทั่วไป จะได้กล่าวถึงในหัวข้อ 2.1.3 ต่อไป)

2.1.3 คำสั่งทางปกครอง

“คำสั่งทางปกครอง” คือ การใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ¹¹ ซึ่งอาจแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

1) คำสั่งทางปกครอง คือ มีลักษณะเป็นการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมาย มีผลในลักษณะรูปธรรมและใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะราย ออกไปยังภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งจากนิยามดังกล่าวสามารถสรุปลักษณะของคำสั่งทางปกครองได้ 2 ประการ กล่าวคือ

คำสั่งทางปกครอง จะต้องสามารถระบุผู้ที่ถูกบังคับให้กระทำการถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ และต้องเป็นบุคคลที่กำหนดไว้ได้อย่างแน่นอน (Individual) โดยไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลเพียงคนเดียวแต่อาจเป็นกลุ่มคนก็ได้ แต่กลุ่มบุคคลดังกล่าวต้องสามารถระบุจำนวนได้อย่างแน่นอนในขณะออกคำสั่ง เช่น นายขาว นางดำ เป็นต้น

คำสั่งทางปกครอง เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างเป็นรูปธรรม (Concrete) กล่าวคือ มุ่งกำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การออกใบอนุญาตให้

¹¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 25.

ก่อสร้างอาคาร หรือออกคำสั่งให้บุคคลออกจากพื้นที่รูก้ำทางสาธารณะผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจึงทราบได้อย่างแน่ชัดว่าจะต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิหน้าที่อย่างไร คำสั่งทางปกครองจึงมีผลบังคับทันทีที่ได้มีการแจ้ง และมีผลเฉพาะคราว ไม่มีลักษณะซ้ำซาก แต่ผูกพันอยู่นกว่าจะได้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น¹²

อย่างไรก็ตาม ลักษณะทั้งสองประการของคำสั่งทางปกครอง คือความเป็นรูปธรรม และความมีผลเฉพาะราย และลักษณะทั้งสองประการของกฎ คือ ความเป็นนามธรรมและความมีผลทั่วไป อาจเกิดการผสมผสานกันได้ โดยการออกกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมแต่กฎเกณฑ์นั้นมีผลบังคับเฉพาะกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่น การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดให้นายแดงต้องมารับการตรวจสุขภาพทุกวันที่ 15 ของเดือนจนกว่าจะมีการยกเลิก ซึ่งคำสั่งนี้มีผลเป็นการเฉพาะราย คือ เกิดกับนายแดงเพียงผู้เดียว แต่มีลักษณะของความเป็นนามธรรม คือ ต้องมาตรวจร่างกายทุก ๆ วันที่ 15 เสมอโดยไม่ต้องระบุให้เป็นรูปธรรมลงไปว่าเป็นวันที่ 15 ของเดือนใด ซึ่งกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมแต่ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะรายนี้ แม้จะไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองลักษณะดั้งเดิมที่จะต้องเป็นรูปธรรมแต่โดยที่กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลบังคับเฉพาะบุคคลซึ่งสามารถที่จะอนุโลมได้ว่ากฎเกณฑ์ที่เป็นนามธรรมแต่มีผลเฉพาะรายนี้เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง การอุทธรณ์โต้แย้งตลอดจนเงื่อนไขความสมบูรณ์ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องคำสั่งทางปกครอง

2) คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (คำสั่งทางปกครองทั่วไป) คือ นอกจากนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เรียกว่า กฎ และคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังมีนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวอีกประการหนึ่งที่มีลักษณะร่วมและแตกต่างจากกฎและคำสั่งทางปกครอง โดยมีลักษณะเป็นรูปธรรมแต่ให้มีผลบังคับทั่วไป เช่น กรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมอาคาร ติดป้ายประกาศในบริเวณห้างสรรพสินค้าแห่งหนึ่งซึ่งถูกไฟไหม้ว่าห้ามมิให้ผู้ใดตัดแปลง รื้อถอนอาคารห้างสรรพสินค้านั้น อันจะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นรูปธรรม กล่าวคือ สามารถระบุได้ว่าเป็นห้างสรรพสินค้าใด ตั้งอยู่ ณ ที่ใด แต่ก็มีผลบังคับแก่บุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวนและไม่สามารถระบุตัวผู้รับคำสั่ง ได้อย่างชัดเจน ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวยากแก่การวินิจฉัยว่าควรจะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือกฎ ทั้งนี้ เพราะบุคคลผู้รับกฎเกณฑ์มีอยู่อย่างไม่จำกัดจำนวน ซึ่งถ้ามองในแง่นี้ย่อมอาจถือได้ว่าเป็นกฎ แต่อย่างไรก็ตาม โดยเหตุที่กฎเกณฑ์ที่ได้รับการกำหนดนั้นมีความเป็นรูปธรรมซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของคำสั่งทางปกครอง ก็อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองได้

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. หน้า 178.

เช่นเดียวกัน ซึ่งในทางวิชาการเรียกนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวประเภทนี้ว่า “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” แต่ศาลปกครองเรียกว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไป”

2.2. หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีเครื่องมือเพื่อให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุผล ซึ่งเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมนั้นปรากฏเป็นรูปแบบและประเภทต่าง ๆ ของการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยหลักแล้วการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดอันกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะต้องกระทำเพียงเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น วัตถุประสงค์ของหลักดังกล่าวก็เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ ได้แก่

2.2.1 หลักการพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการกระทำทางปกครอง

คือ การดำเนินกิจกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองตามหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม และหลักธรรมาภิบาลนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นหลักการที่นอกจากจะสกัดมาจากกฎหมายแม่บทซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ แล้ว ยังรวมถึงหลักการอันเป็นที่ยอมรับกันในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชน หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

2.2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น กฎหมายที่ประกอบกันขึ้นเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจเป็นหลักกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นหลักปฏิบัติที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ และอาจมีที่มาจากหลายแหล่ง ได้แก่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป

ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรองรับหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ของการกระทำทางปกครองไว้ว่า หน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม¹³ ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักที่มีความหมายทำนองเดียวกับหลักนิติรัฐนั่นเอง โดยหลักนิติรัฐมีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการด้วยกัน คือ¹⁴

1) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมีความระมัดระวังอย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

2) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

3) การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร อาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย แสดงให้เห็นว่ากฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งกฎหมายเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำของฝ่ายปกครองเนื่องจากกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งโดยปกติกฎหมายดังกล่าวจะได้แก่

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลองค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

¹⁴ ชาญชัย แสงวงศ์. (2545). *กฎหมายปกครอง : แนวความคิดและหลักกฎหมายที่ควรรู้*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 35.

พระราชบัญญัติ (ซึ่งหมายความรวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วย) และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ส่วนกฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัติ หรือ “กฎ” ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีค่าบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ก็ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้เช่นกัน แต่กฎหมายลำดับรองเหล่านี้จะออกมาใช้บังคับได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าเสมอกับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าเสมอกับพระราชบัญญัติ การที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดนั้น เป็นการตีความตาม “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of powers) และ “หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน” (Representative democracy) อันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยนั่นเอง

โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการใหญ่ 2 ประการ ได้แก่

1) หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย คือ กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง ซึ่งอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ กรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อใช้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ และการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนั้นให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลเสียใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายมิได้ด้วยเหตุนี้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

อย่างไรก็ตาม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไป หรือที่เรียกว่า กฎ ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ รวมตลอดถึงหลักกฎหมาย

ทั่วไปได้ เช่น รัฐมนตรีไม่อาจตรากฎกระทรวงให้ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญได้ หากมาตรการทางกฎหมายนั้นเป็นมาตรการที่เป็นรูปธรรมมีผลเฉพาะราย ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองทั้งหลายที่ตนเองออกมาใช้บังคับ ตลอดจนหลักกฎหมายทั่วไปได้เช่นกัน ถึงแม้ว่าหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายจะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวไม่ได้มีเนื้อหาไปถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นหากองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมาย การกำหนดผลในทางกฎหมายดังกล่าวถือเป็นเรื่องนิติบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน อย่างไรก็ตาม เป็นที่เห็นประจักษ์ชัดอยู่ในตัวว่าหากระบบกฎหมายต้องการให้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายมีผลบังคับแล้วระบบกฎหมายนั้น ๆ จะต้องกำหนดผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าวไว้ด้วย ในระบบกฎหมายไทยการกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายอาจเกิดผลในทางกฎหมายได้แตกต่างกันหลายกรณี เช่น การกระทำทางปกครองนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายตามที่ผู้กระทำการดังกล่าวต้องการ หรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง เป็นต้น

2) หลักการว่าด้วยไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ คือ หลักนี้กำหนดว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ๆ ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำที่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายมีกฎหมายรองรับเท่านั้น ตามหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภาหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอันเป็นการคุ้มครองประชาชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของตนเป็นสำคัญ โดยหลักแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ใต้นั้น ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานรองรับในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวมีอยู่จริงย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อรองรับกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจนั้นย่อมมีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จำเป็นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าว เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมประท้วง การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลไปเข้ารับราชการทหาร การเข้าตรวจค้นเคหสถาน และการลงโทษทางวินัย เป็นต้น ส่วนมาตรการของ

องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์หรือเป็นคุณกับประชาชน และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน แต่ต้องมีความชอบธรรมในทางกฎหมายอันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกร และการอนุญาตให้กู้ยืมเงินไปใช้ในการประกอบเกษตรกรรม ซึ่งจะต้องกำหนดวงเงินงบประมาณเพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น

2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) คือ สิ่งที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปแล้วก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองผู้กระทำการภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน โดยมีการแสดงเจตนาคล้ายกับกฎหมายแพ่ง ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองจริง ๆ แล้วจะต้องมีองค์ประกอบตรวจสอบด้วยว่านิติกรรมทางปกครองนั้น ๆ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่ชอบด้วยกฎหมายจะยกเลิกเพิกถอนอย่างไร

ตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการของตน ขณะเดียวกันก็วางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วย อันเป็นการยอมรับสถานะของประชาชนว่าเป็นผู้ทรงสิทธิ (subject) ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน สถานะของประชาชนไม่ใช่เป็นผู้อยู่ภายใต้การปกครองที่ไร้สิทธิ (object) อีกต่อไปแล้ว ซึ่งเป็นการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐ ที่เรียกร้องให้การกระทำทุกอย่างของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย มีความถูกต้องเหมาะสมกับเรื่องในกรณีเฉพาะราย จะไม่ใช่ใช้อำนาจอย่างไร้เหตุผลหรือเกินสมควรแก่เหตุ หลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นมาตรการสำคัญในการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจอันจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองต่าง ๆ มีความเป็นภาวะวิสัยมากที่สุด ซึ่งขอบเขตขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีแค่ไหน เพียงใดนั้น ย่อมต้องพิจารณาถึงกฎเกณฑ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการ ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.3.1 ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในเชิงรูปแบบ

คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดกระบวนการของการออกคำสั่งทางปกครองไว้ทั้งรูปแบบและขั้นตอนก่อนที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อให้คำสั่งดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งกำหนดไว้หลายประการด้วยกัน เช่น กระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามมาตรา 12¹⁵ และมาตรา 19¹⁶ กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีความเป็นกลางตามมาตรา 13¹⁷ และมาตรา 16¹⁸ คู่กรณีได้รับโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานตามมาตรา 30¹⁹ คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 เป็นต้น

2.3.2 ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในเชิงเนื้อหา

คือ คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ออกไปนั้นจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ย่อมพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการกระทำความดังกล่าว โดยอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐในทางทฤษฎี มีสองประเภท ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)²⁰ ซึ่ง “อำนาจผูกพัน” ในทาง

¹⁵ มาตรา 12 คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

¹⁶ มาตรา 19 ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจ พิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใด ที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่

¹⁷ มาตรา 13 เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

(1) เป็นคู่กรณีเอง

(2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี

(3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

(4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี

(5) เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

¹⁸ มาตรา 16 ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นที่กลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ฯลฯ

ฯลฯ

¹⁹ มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสดังต่อไปนี้
ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ฯลฯ

ฯลฯ

²⁰ ชัยภัทร ทังทอง. (2559). การใช้อำนาวดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 14 – 16.

กฎหมาย หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กร ใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้นจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้ เช่น การออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์ การจดทะเบียนสมรส เป็นต้น ดังนั้น อำนาจผูกพันก็คือหน้าที่ ในส่วนของ “อำนาจดุลพินิจ” กล่าวคือ ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเกิดขึ้นจากการที่ฝ่าย นิติบัญญัติเปิด โอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริง เฉพาะราย เพื่อมิให้ตัวบทกฎหมายตลอดจนการใช้กฎหมายแข็งกระด้างและมีเป้าหมายสูงสุดที่การ ทำความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่เรื่องเฉพาะราย ดุลพินิจจึงเป็นเรื่องกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ให้แน่ชัดและปฏิบัติตามนั้น

2.3.3 เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไข แห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของคำสั่งทาง ปกครอง ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทาง ปกครองและกฎหมายอื่น ในเบื้องต้นเราอาจกล่าวได้ว่าคำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยสอดคล้องกับ เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายทุกประการ ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนคำสั่ง ใดที่ออกมาโดยไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายที่กฎหมายเรียกร้อง ย่อมเป็นคำสั่ง ทางปกครองที่มีความบกพร่อง และโดยทั่วไปย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²¹ การพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จะต้องพิจารณาเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายในเวลาท้องถื่นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่ง ทางปกครองนั้น ด้วยเหตุนี้หากมีการเปลี่ยนแปลงสภาพข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เป็นฐานแห่งการ ทำคำสั่งทางปกครองภายหลังจากที่ท้องถื่นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองแล้ว การ เปลี่ยนแปลงสภาพของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่กระทบต่อความชอบหรือไม่ชอบ ด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอีก ทั้งนี้ คำสั่งทางปกครองใดที่ออกโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขข้อ ใดข้อหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจมีผลบังคับได้โดย สมบูรณ์ กล่าวคือ อาจตกเป็น โมฆะซึ่งในทางกฎหมายถือว่าไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น ทำให้ คำสั่งทางปกครองนั้นเสียเปล่า หรืออาจเป็นเหตุให้องค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบ โดยเฉพาะศาลปกครองมีคำสั่งให้มีการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งนั้น สุดแล้วแต่ว่าการฝ่าฝืนเงื่อนไข

²¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1. (มกราคม - เมษายน).

ดังกล่าวจะมีความร้ายแรงและชัดเจนมากเพียงใด โดยสามารถจำแนกเงื่อนไขดังกล่าวได้เป็น 2 ประเภท คือ²²

1) เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง ประกอบด้วย

(ก) เงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งต้องเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งในเรื่องนั้น ทั้งยังต้องมีความดำรงอยู่ในทางกฎหมายในเวลาทีออกคำสั่งซึ่งในการพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาเป็นลำดับไป ดังนี้²³

อำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครอง : พิจารณาในแง่ของเรื่องที่มีอำนาจคำสั่งทางปกครองต้องออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งทรงอำนาจในเรื่องนั้น โดยเหตุที่ในระบบกฎหมายไทย การกำหนดขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจมักจะไม่ได้กำหนดโดยคำนึงถึงหน่วยงานเหมือนในต่างประเทศ แต่จะกำหนดโดยคำนึงถึงตำแหน่ง การพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจึงมักจะเป็นการพิจารณาลงไปตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นสำคัญ เช่น ในเบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่า เรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา) หรือองค์กรวิชาชีพ (เช่น สภานายความ ฯลฯ) องค์กรฝ่ายปกครองส่วนกลางจะออกคำสั่งทางปกครองซึ่งตามกฎหมายเป็นอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรวิชาชีพไม่ได้

อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง : พิจารณาในแง่พื้นที่ที่มีอำนาจองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายในพื้นที่ที่ตนมีอำนาจ เช่น เทศบาลจะออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลบังคับได้เฉพาะในเขตพื้นที่ของตนเท่านั้น จะก้าวล่วงไปออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลบังคับนอกเขตพื้นที่ของตนไม่ได้

อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง : พิจารณาในแง่ของตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อหลังจากทราบว่าองค์กรฝ่ายปกครองใดมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องและเขตพื้นที่ใดแล้ว คือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง หากกฎหมายกำหนดตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่าย

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (ม.ป.ป). *การพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง*. หน้า 26 – 67.

²³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 162 – 165.

ปกครองใดในการออกคำสั่งทางปกครองไว้แล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งอื่นย่อมไม่อาจใช้อำนาจของตำแหน่งตามที่กฎหมายระบุไว้ออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองได้

อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง : พิจารณาในแง่ตัวบุคคลที่มีอำนาจในตำแหน่ง เมื่อทราบองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมต้องพิจารณาต่อไปว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดได้รับการแต่งตั้งให้เข้าดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ผู้นั้นย่อมมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในขอบเขตแห่งอำนาจที่ตนได้รับแต่งตั้งนั้น

(ข) เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครอง หมายถึง การต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองต้องกระทำหรือปฏิบัติก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ ขั้นตอนดังกล่าวอาจพบในกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจคำสั่งทางปกครองหรือในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่สำคัญ ๆ ได้แก่

(1) การริเริ่มออกคำสั่งทางปกครอง โดยปกติทั่วไป เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเริ่มใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เอง แต่บางกรณีกฎหมายกำหนดให้ต้องมีผู้ยื่นคำร้องขอเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับได้ และบางกรณีกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองต้องมีข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่อื่น เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับได้ หากไม่มีการปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) การอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายที่ให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองบางเรื่องจะบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ต้องเสนอโครงการที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่แสดงถึงความประสงค์ที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับให้เจ้าหน้าที่อื่นพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบก่อน ต่อเมื่อได้รับอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่นั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ หากเจ้าหน้าที่ดังกล่าวไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ

(3) การรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง คือ การเปิดโอกาสให้บุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการเตรียมการและดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง เพื่อปกป้องสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตน

(ค) เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองเป็นข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ อนุญาตให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำ

การ หรือรับรองหรือยืนยันสิทธิหน้าที่ของบุคคลหรือสถานะของทรัพย์สิน เป็นต้น รูปแบบของคำสั่งทางปกครองจึงหมายถึง ถึงลักษณะหรืออาการที่ข้อความเหล่านี้ปรากฏให้ผู้ที่เกี่ยวข้องรับรู้ รูปแบบของคำสั่งทางปกครองจึงเป็นสิ่งเดียวกันกับแบบของนิติกรรมในกฎหมายเอกชน โดยคำสั่งทางปกครองจะต้องทำรูปแบบใดต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองไว้เป็นสำคัญ หากมีกฎหมายเฉพาะกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้อย่างไร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องทำคำสั่งทางปกครองตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะนั้น แต่หากเป็นกรณีที่ไม่มียกเว้นไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่บัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการทั่วไป ตัวอย่างของแบบของคำสั่งทางปกครองที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่น คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ ต้องระบุวัน เดือน ปีที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น และต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย เป็นต้น ตามปกติ แบบของคำสั่งทางปกครองจะแบ่งได้เป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญและแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ แบบที่เป็นสาระสำคัญก็คือแบบที่การไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องมีผลต่อการกระทำทางปกครองนั้น การไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่จะถูกเพิกถอน²⁴

2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ประกอบด้วย

(ก) เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง มิได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับในเรื่องนั้นได้ในทุกกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควร แต่จะบัญญัติไว้เสมอว่าเจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับในเรื่องนั้นได้ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้น ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวเรียกว่า “ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง” คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ออกมาใช้บังคับจะชอบด้วยกฎหมายมีผลบังคับได้โดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นก่อนเวลาที่ออกคำสั่งนั้น หากข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจไม่ได้เกิดขึ้น ในก่อนเวลาที่ออกคำสั่ง คำสั่งดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย²⁵

(ข) เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง คือ ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ อนุญาตให้บุคคลกระทำ

²⁴ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์*, 32(2). หน้า 263.

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 109.

การหรืองดเว้นกระทำการ หรือรับรองสิทธิ หน้าที่ หรือสถานะของบุคคล หรือรับรองสถานะทรัพย์สิน โดยมีสาระสำคัญ ได้แก่ (1) วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากขาดความชัดเจนย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ เนื่องจากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่อาจปฏิบัติตามคำสั่งนั้นได้ (2) วัตถุประสงค์ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย ในที่นี้คือ กฎหมายฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้น (3) วัตถุประสงค์ต้องไม่เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(ค) เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะในด้านที่กฎหมายซึ่งเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมุ่งคุ้มครอง

นอกจากนี้ เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองจะต้องมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญที่เป็นฐานแห่งอำนาจ สอดคล้องกับกฎหมายในลำดับที่สูงกว่า สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ มีความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหาเพื่อให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองเข้าใจได้ และต้องมีความเป็นไปได้ทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง²⁶

เมื่อนำบทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยไม่ชอบมาเปรียบเทียบกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังที่กล่าว อาจจัดประเภทได้ดังนี้²⁷

1) การออกคำสั่งทางปกครอง โดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองคือ กระทำการโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่

²⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23, หน้า 188 – 193.

²⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22, หน้า 67.

2) การออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการและขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง คือ การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

3) การออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง คือการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

4) การออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครองและเงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง คือการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

5) การออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกคำสั่งทางปกครอง คือ การกระทำโดยไม่สุจริตหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบแล้วแต่กรณี

2.3.4 เงื่อนไขแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

การจำแนกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่

1) กฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การกำหนดหลักเกณฑ์หรือระบบกฎหมายเกี่ยวกับความสมบูรณ์ภายนอก โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และการกำหนดประเด็นที่เป็นเหตุแห่งความสมบูรณ์ทั้งภายนอกและภายใน โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

2) ลักษณะเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่

2.1) เหตุภายนอก ได้แก่ (1) การปราศจากอำนาจ (2) เหตุบกพร่องทางกระบวนการ และ (3) เหตุบกพร่องทางแบบ

2.2) เหตุภายใน ได้แก่ (1) ปัญหาการควบคุมตรวจสอบเหตุภายใน ในกรณีปัญหาความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจ คือ ลักษณะของความเป็นอิสระในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง เช่น ความเป็นอิสระอันเกิดจากลักษณะของความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในฐานะเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายหรือเป็นผู้อำนวยความสะดวกสาธารณะ ความเป็นอิสระอันเกิดจากสภาพของงาน เช่น งานที่โดยสภาพต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือเป็นเรื่องทางเทคนิค ความเป็นอิสระอันเกิดจากหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจหน้าที่ ความเป็นอิสระอันเกิดจากสถานการณ์ เช่น สถานการณ์จำเป็นหรือเร่งด่วน และดุลพินิจในวงงานของฝ่ายปกครอง คือ การที่กำหนดให้ต้องกระทำ การที่สามารถกระทำ และการที่ห้ามกระทำ (2) การจัดระบบการควบคุมตรวจสอบเหตุภายใน คือ เหตุบกพร่องในเนื้อความ เหตุบกพร่องในมูลเหตุ และเหตุบกพร่องในวัตถุประสงค์

2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

หลักในเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างชัดเจนและร้ายแรงมากที่สุด ถึงขนาดที่ไม่สามารถทำให้นิติกรรมนั้นเกิดผลทางกฎหมายใด ๆ ได้ซึ่งถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีนิติกรรมนั้นเลย คือ มีลักษณะโมฆะ โดยหลักการเรื่องความเป็นโมฆะของนิติกรรมทางปกครองนี้ได้รับการยอมรับจากหลายประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งมีการบัญญัติเรื่องนี้ในประมวลกฎหมายปกครองของตนไว้อย่างชัดเจน

2.4.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

ในประเทศไทย ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้อธิบายถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะว่า การจะตีความว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็น โมฆะ สมควรพิจารณาที่ “ผล” เป็นหลัก โดยทั่วไปความเป็นโมฆะ คือ การไม่ยอมรับว่ามีผลใด ๆ เกิดขึ้นเลย อันไม่แตกต่างไปจากกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ โดยให้มีผลย้อนหลังลงไปทั้งหมดจนเป็นสูญ แต่กรณีของโมฆะนี้จะต้องเป็นเรื่องบกพร่องอย่างรุนแรงที่เห็นได้ชัดเจน โดยบุคคลทั่วไป อันเป็นเรื่องรุนแรงยิ่งกว่ากรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ประเภทที่อาจเพิกถอนย้อนหลังไปทั้งหมดได้ เพราะความเป็นสูญของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์สืบเนื่องไปจากผู้นั้นด้วย ทุกอย่างเป็นสูญหมด ไม่มีสิทธิใด ๆ ที่จะเกิดขึ้นต่อไปได้ โดยความบกพร่องดังกล่าวมีความชัดเจนถึงระดับที่ทำให้ไม่มีผู้ใดเลยที่จะอ้างความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมาย และรัฐจะไม่รับผิดชอบใด ๆ ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด²⁸

นอกจากนั้น รองศาสตราจารย์ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ได้อธิบายว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรง และความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเห็นได้ชัดเจน ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะ²⁹

ดังนั้น ในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์อาจเกิดได้หลายเหตุ กล่าวคือ เป็นเพราะบกพร่องในรูปแบบ หรือวิธีพิจารณา (Procedure) หรือไม่สมบูรณ์ในเนื้อหา (Substance) ก็ได้ ซึ่งความ

²⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีรราชการพิมพ์. หน้า 284-285.

²⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2546). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 175.

บทพร่องนั้น อาจมีตั้งแต่ในเรื่องที่สำคัญมากไปจนถึงเรื่องที่สำคัญน้อย ความบกพร่องในเรื่องที่สำคัญน้อยจะไม่ถือว่าทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์ กล่าวคือ มีผลตามปกติของคำสั่งทางปกครองนั้น เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องที่สำคัญเท่านั้นที่จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ ซึ่งผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ก็ยังสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) ประเภท โมฆะ (nullite absolute) ซึ่งเสียเปล่าไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น และ (2) ประเภทที่อาจเพิกถอนได้ (nullite relative) ซึ่งจะมีผลตามกฎหมายมาตั้งแต่ต้น แต่อาจถูกเพิกถอนในภายหลังได้

ส่วนในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสแม้จะมีได้บัญญัติในเรื่องเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้ในประมวลกฎหมายแต่ศาลปกครองได้นำทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย (théorie de l'inexistence juridique des actes administratifs) มาใช้กับการพิจารณาพิพากษาคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงจนเป็นหลักตามแนวบรรทัดฐาน (jurisprudence) ซึ่งผลทางกฎหมายตามทฤษฎีดังกล่าวคือ คำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลใด ๆ เลย (nul et non avenue หรือ nul et de nul effet) หมายความว่า เป็นกรณีที่ไม่มีความผูกพันใด ๆ ที่จะต้องปฏิบัติตาม หากฝ่ายปกครองยังบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง หรือที่เรียกว่า voie de fait

และในส่วนของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงหรือที่เรียกว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันได้อธิบายแนวคิดเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนโดยใช้ “ทฤษฎีความชัดเจน” (Evidenz theorie) ที่ถือว่า กรณีที่คำสั่งทางปกครองบกพร่องอย่างร้ายแรงและความบกพร่องนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัดแก่วิญญูชนทั่วไป ย่อมไม่มีความจำเป็นต้องคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคลที่เกี่ยวข้อง แต่ถือว่าคำสั่งนั้นไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมายตั้งแต่ต้น³⁰ และหากกรณีความผิดพลาดของคำสั่งทางปกครองมีความร้ายแรงและชัดเจนถึงขนาดวิญญูชนทั่วไปสามารถวินิจฉัยได้เอง เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักความยุติธรรม โดยเนื้อหาแล้วก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับสภาพบังคับของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว³¹ ซึ่งจะแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁰ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2558). *โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนารากฐานในระบอบกฎหมายไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act257.pdf>. [2563, 10 มิถุนายน].

³¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2540). *ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน*. ในรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศ.ดร.ประยูร กาญจนกุล. (ม.ป.ท.: ม.ป.พ). หน้า 61.

(ที่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ) เพราะแม้คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถือว่ายังคงมีผลบังคับตราบเท่าที่คำสั่งนั้นยังไม่มีการเพิกถอนหรือทุเลาการบังคับไว้ จึงมีผลให้บุคคลผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งย่อมต้องผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง

2.4.2 ลักษณะของเหตุในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

ที่มาของหลักความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในประเทศไทยนั้น เนื่องจากในกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลก็มิได้พิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงเป็นโมฆะ แต่มีการกล่าวในทำนองว่าไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น หรือการไม่ปฏิบัติตามไม่เป็นความผิด หรือไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว โดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความยุติธรรม และความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าที่มาของหลักความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในประเทศไทยน่าจะอยู่บนพื้นฐานของการปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความยุติธรรม ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย และระเบียบ ขั้นตอน และวิธีการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งที่มาอันเป็นหลักสำคัญหรือเป็นแก่นของการยอมรับและบังคับใช้หลักดังกล่าว คือ มุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองปัจเจกชนที่ได้รับความเดือดร้อน เสียหาย หรือได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายอย่างร้ายแรงและชัดเจน

ในส่วนคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่พิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ทำให้มีผลในทางกฎหมายคือถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งนั้น ลักษณะเหตุดังกล่าวก็สืบเนื่องมาจากการออกคำสั่งทางปกครองที่มีการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น เหตุอันเกิดจากความไม่ชอบด้วยกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองปราศจากอำนาจและกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญ การฝ่าฝืนหรือมิได้ปฏิบัติตามระเบียบ ขั้นตอน และวิธีการที่เป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น เหตุอันเกิดจากขอบอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือเหตุแห่งความบกพร่องอย่างร้ายแรงของคำสั่งทางปกครอง เช่น เหตุอันเนื่องมาจากความบกพร่องในรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง เหตุอันเนื่องมาจากความบกพร่องในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น ซึ่งเหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองมีทั้งเหตุที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ (Substantive) กล่าวคือ เนื่องจากออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดเจน เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และเนื่องจากความบกพร่องในความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริง อีกทั้งยังมีเหตุจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ (Procedure) เช่น บกพร่องในเรื่องความสามารถของผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

2.4.3 ลักษณะของผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

คำสั่งทางปกครองใดที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมาโดยไม่สนใจใยดีกฎหมายและเห็นประจักษ์ชัดว่าคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมต้องเสียเปล่า คือ ไม่เกิดผลทางกฎหมายขึ้นดังที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการ ถึงแม้กรณีนี้จะไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างแจ่มชัด แต่ระบบกฎหมายจะปล่อยให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงมีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองมุ่งประสงค์ไม่ได้ ความไม่มีผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองกรณีนี้ย่อมเป็นไปตามสภาพและเหตุผลของเรื่อง และเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย จึงไม่มีการใดเกิดขึ้นจากผลของการแสดงเจตนาออกคำสั่งทางปกครองไม่มีทางเกิดผลบังคับผูกพันขึ้นได้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้นให้สมบูรณ์ได้ ดังนั้น ไม่ว่าเวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใด ผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความเสียหายของคำสั่งขึ้นมากล่าวอ้างได้เสมอ และหากปรากฏในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างไว้ ศาลปกครองก็อาจยกประเด็นเกี่ยวกับความเสียหายของคำสั่งทางปกครองขึ้นพิจารณาเองและพิพากษาแสดงความเสียหายหรือไม่ได้อยู่เลยของคำสั่งทางปกครองนั้นได้³² ส่วนเหตุที่ทำให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ่มชัดนั้น แนวทางในต่างประเทศยังมีความเห็นที่เหมือนกันและแตกต่างกันพอสมควร

การตีความว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่เสียเปล่าหรือไม่สมควรพิเคราะห์ที่ผลเป็นหลักโดยทั่วไปความเสียหายของคำสั่งทางปกครอง คือ การไม่ยอมรับว่ามีผลใด ๆ เกิดขึ้นเลย ซึ่งไม่ต่างไปจากกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลย้อนหลังลงไปทั้งหมดจนเป็นสูญ แต่กรณีของคำสั่งทางปกครองที่เสียเปล่าต้องเป็นเรื่องที่บกพร่องรุนแรงที่เห็นได้ชัดเจนโดยบุคคลทั่วไป อันเป็นเรื่องรุนแรงยิ่งกว่ากรณีคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ประเภทที่อาจเพิกถอนย้อนหลังไปทั้งหมด เพราะความเป็นสูญของคำสั่งทางปกครองที่เสียเปล่าจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ แก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองและบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์สืบเนื่องไปจากผู้นั้นด้วย ทุกอย่างเป็นสูญหมด ไม่มีสิทธิใด ๆ ที่จะเกิดสืบเนื่องไปได้โดยความบกพร่องดังกล่าวมีความชัดเจนถึงระดับที่ทำให้ไม่มีผู้ใดเลยที่จะอ้างความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายได้ และรัฐจะไม่รับผิดชอบใด ๆ ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด การจะตีความว่าคำสั่งทางปกครองใดสมควรเสียเปล่าหรือไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ หรือไม่ จึงต้องตระหนักถึงผล

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 204 – 206.

แตกต่างกันี่ว่าก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายรวมทั้งรัฐและเอกชนหรือไม่ หากกรณีใดไม่ใช่เรื่องบกพร่องรุนแรงที่เห็นได้ชัดเจน โดยคนทั่วไปแล้วก็ไม่ควรให้เสียเปล่าเพราะจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งเชื่อในผลของคำสั่งทางปกครอง ส่วนปัญหาเรื่องอายุความเป็นหลักที่จะตามมาในตัวโดยปริยาย เพราะการที่คำสั่งทางปกครองเสียเปล่าหรือไม่มีอยู่เลยนั้น กฎหมายถือว่าความไม่มีอยู่เป็นข้อเท็จจริง บุคคลจึงย่อมยกข้อเท็จจริงขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอว่าความจริงเป็นเช่นใด ไม่ว่าจะเวลาจะผ่านไปนานเพียงใดก็ตาม³³

2.4.4 ความแตกต่างระหว่างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงกับคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้

คำสั่งทั้งสองประเภทมีข้อแตกต่างในสาระสำคัญ ได้แก่

1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงจะไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องอาจปฏิเสธไม่รับรู้ว่ามีการสั่งเช่นนั้นอยู่ได้ ผู้ใดพยายามบังคับตามคำสั่งนั้นอาจต้องมีความผิดทางละเมิด แต่คำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ถือว่ามีผลในทางกฎหมายแล้ว ส่วนจะเพิกถอนเมื่อใด โดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังเป็นปัญหาในชั้นเพิกถอน

2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงมีผลเท่ากับไม่มีการใดเกิดขึ้น ดังนั้น จึงจะแก้ไขให้สมบูรณ์อีกไม่ได้ แต่คำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้มีผลทางกฎหมายอยู่ หากต่อมามีการแก้ไขส่วนบกพร่องนั้นได้ก็จะสมบูรณ์ต่อไป แต่ถ้าบกพร่องในเนื้อหาของคำสั่งก็จะต้องแก้ไขออกคำสั่งใหม่ให้ผลสืบเนื่องกับคำสั่งเดิม

3) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ผู้ใดจะยกเอาความเป็นเสียเปล่าหรือความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองขึ้นอ้างเมื่อใดก็ได้ ไม่ว่าโดยฝ่ายปกครองหรือเอกชนที่เกี่ยวข้องหรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง และไม่ว่าในขั้นตอนของเจ้าหน้าที่ชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหรือชั้นการพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองโดยไม่มีอายุความ แต่คำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้นั้น การอุทธรณ์หรือการฟ้องร้องคดีต้องดำเนินการภายในอายุความ

4) การวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองได้เสียเปล่าหรือไม่มีอยู่เลย (โมฆะ) มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ทำคำสั่งทางปกครองนั้นเสมอ แต่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้นั้นปกติจะไม่เพิกถอนย้อนหลัง เว้นแต่จำเป็นเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สามหรือประโยชน์สาธารณะ

³³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 284 – 285.

5) องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะยกความเสียหายหรือไม่อยู่เลย (โมฆะ) ของคำสั่งทางปกครองขึ้นพิจารณาได้เอง แต่กรณีคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้นั้น คู่กรณีจะต้องยกเป็นประเด็นความเสียหายขึ้นกล่าวอ้างก่อน องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทจึงจะพิจารณาได้

2.5 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ประสงค์จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลลง แต่การกระทำดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชน และหากเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งแล้ว หากปล่อยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอย่างไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด ก็อาจไม่สอดคล้องกับแนวความคิดพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จำต้องพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

2.5.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

โดยปกติแล้วในระบบกฎหมายปกครองความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับเอกชนจะมีสถานะไม่เท่ากัน โดยองค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า เนื่องจากการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองไม่ได้มีรากฐานมาจากแดนอำนาจของเอกชนเหมือนกับการกระทำของเอกชนด้วยกันเอง แต่เป็นเพราะระบบกฎหมายได้ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองที่จะกระทำการ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ซึ่งมุ่งต่อประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ³⁴ ดังนั้น “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” จึงหมายถึง ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น³⁵ ด้วยเหตุผลดังกล่าว หากองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรให้อำนาจในการกระทำเช่นนั้นได้หรือไม่ และต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดต่อกฎหมายที่ให้อำนาจเอาไว้ แต่หากเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลแต่กระทำการในลักษณะ

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23, หน้า 46.

³⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, (2544), *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, หน้า 16 – 17.

ที่เป็นการสนับสนุนส่งเสริมให้บุคคลได้มีสิทธิหรือใช้สิทธิของตนได้มากขึ้น หรือเป็นกรณีที่ต้องคัดค้านฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เป็นการให้ความช่วยเหลือประชาชนโดยไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในเรื่องนั้นไว้เป็นพิเศษแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองก็อาจจะกระทำการในลักษณะดังกล่าวได้ แม้จะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม การให้ประโยชน์แก่บุคคลใดมีผลกระทบต่อสิทธิบางประการของบุคคลอื่น ก็จำเป็นที่จะต้องมีการให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นผลผลิตอันเกิดจากการใช้อำนาจทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย หากคำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาสอดคล้องกับกฎหมายที่ให้อำนาจ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องหรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จะต้องพิจารณาเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายในช่วงเวลาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น หากต่อมาเกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เป็นรากฐานแห่งการออกคำสั่งทางปกครองในภายหลัง ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวย่อมไม่กระทบต่อความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอีก ส่วนการลบล้างผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น องค์กรฝ่ายปกครองย่อมกระทำได้โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

2.5.2 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ

บริการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจเป็นหลักสำคัญในทางกฎหมายที่กำหนดว่าผู้ที่ตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองย่อมสามารถเชื่อมั่นในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองและความเชื่อมั่นดังกล่าวจะต้องได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม หากคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ส่วนผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมที่จะต้องคัดค้านการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ตน โดยอ้างหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์จึงต้องนำความเชื่อดังกล่าวมาชั่งน้ำหนักรับประโยชน์สาธารณะว่าสมควรจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกไปแล้วหรือไม่ หากประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักหรือความสำคัญมากกว่าจึงจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้

2.5.3 หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ

หลักนี้หมายความว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้สิทธิแก่บุคคล บุคคลผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายย่อมเกิดความรู้สึกว่าสิทธิที่ได้รับมีความมั่นคงด้วย ซึ่งจะทำให้บุคคลดังกล่าววางแผนในการดำเนินชีวิตหรือการใช้สิทธิของตนตามกฎหมายที่ใช้อยู่ ผลของหลักความมั่นคงแห่งสิทธิย่อมทำให้การกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลไม่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้อีก และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจเรียกหรือสิทธิที่ได้ให้แก่ผู้รับประโยชน์จากการกระทำทางปกครองกลับคืนหรือย้อนหลังอีกต่อไป

2.5.4 หลักการขัดกันของผลประโยชน์

หลักการขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of Interest) เป็นรากฐานของจริยธรรมโดยทั่วไป และเป็นแนวความคิดของความถูกต้องตามกฎหมายเกี่ยวกับการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว โดยกฎหมายจะเป็นผู้กำหนดบทบาทสำคัญในการวางมาตรฐานในการควบคุมไม่ให้คนในสังคมแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวจนไปก้าวก่ายหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพในการแสวงหาผลประโยชน์ของคนอื่นในสังคมและขณะเดียวกันก็ต้องป้องกันไม่ให้ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายจากประชาชนในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวด้วย ซึ่งการมีผลประโยชน์ขัดกันเช่นนี้ ทำให้การทำหน้าที่โดยไม่ลำเอียงทำได้ยาก แม้ว่าจะไม่มีหลักฐานการกระทำที่เหมาะสม โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 และมาตรา 16 ได้กำหนดห้ามเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจจะขาดความเป็นกลางทำการพิจารณาทางปกครองหรือเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครอง

2.5.5 หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะเป็นองค์ประกอบสำคัญที่องค์กรฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงในการดำเนินกิจการทางปกครอง เนื่องจากหลักการในทางกฎหมายปกครองกำหนดให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม การกระทำทางปกครองที่มุ่งต่อประโยชน์สาธารณะอาจจะเป็นการกระทำที่ให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งพร้อมกันไปด้วยก็ได้ เช่น การที่รัฐให้ทุนการศึกษา หรือให้ทุนอุดหนุนแก่เกษตรกร เป็นต้น กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าองค์กรฝ่ายปกครองมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในการดำเนินการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง และยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองต่าง ๆ แต่ต้องมีการอธิบายอย่างสมเหตุสมผล ตามสมควรว่าการกระทำทางปกครองนั้นมีผลเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไร โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 วรรคหนึ่ง กำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน และมาตรา 52 กำหนดให้ผู้ได้รับ

ผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง

2.5.6 หลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบ

ในประเทศไทยหลักสุจริตปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 ส่วนหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421 แม้หลักการทั้งสองประการดังกล่าวจะได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่หลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย หลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบมีผลผูกพันทั้งองค์กรฝ่ายปกครองและเอกชนที่เข้ามาปฏิบัติสัมพันธ์กับรัฐด้วย ในแง่ขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นถือเป็นเงื่อนไขให้การใช้อำนาจทางปกครองต้องเป็นไปโดยสุจริต ไม่บิดเบือนอำนาจ หรือไม่ใช้อำนาจในทางที่เป็นการกั่นกั้นแก่งให้บุคคลใดได้รับความเสียหาย หากฝ่าฝืนย่อมเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ ส่วนในแง่ของเอกชนเป็นเงื่อนไขที่ว่าหากมีการกระทำที่ไม่สุจริตหรือใช้สิทธิโดยมิชอบแล้ว รัฐย่อมไม่คุ้มครองประโยชน์ที่เอกชนผู้นั้นได้รับผลแห่งการกระทำที่ไม่สุจริตนั้น

2.6 งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

1) เอกพงษ์ ตั้งวิชาชาญ (2548) ศึกษาเรื่อง “ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ และไทย” มีใจความสำคัญว่า

เป็นการศึกษาลักษณะทางกฎหมายทั้งเหตุและผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ โดยศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ และไทย ซึ่งผลของการวิจัยพบว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะคือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัด โดยประเทศเยอรมันบัญญัติเหตุและผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz : VwVfg) ส่วนประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และไทย ไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้ แต่ได้รับการยอมรับและบังคับตามแนวคำพิพากษาของศาล โดยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d' Etat) สร้างทฤษฎีคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีตัวตน (L' inexistence) ขึ้นใช้แทนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ส่วนคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของไทย ใช้ถ้อยคำว่า “ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง” ซึ่งเหมือนกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ซึ่งเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองประเทศเยอรมันบัญญัติแยกต่างหากจากความสัมพันธ์ปกครองที่อาจเพิกถอนไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศส อังกฤษ และไทย ไม่มีกฎหมายบัญญัติแบ่งแยกเหตุแห่งความเป็นโมฆะกับเหตุแห่ง

การเพิกถอนไว้ ซึ่งถือเป็นเหตุในลักษณะอย่างเดียวกันทั้งในรูปแบบและเนื้อหา กรณีจึงขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลว่าจะเห็นว่ากรณีใดมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัดหรือไม่

ผลทางกฎหมายในทางสารบัญญัติ ประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส ถือว่าเสียเปล่าไม่มีผลในทางกฎหมายมาแต่ต้น แต่ประเทศอังกฤษมีความเห็นเป็นสองทาง แนวทางแรกเหมือนกับประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส แนวทางที่สองเห็นว่า ต้องมีการใช้สิทธิทางศาลด้วยมิฉะนั้นผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นแม้ว่าจะตกเป็นโมฆะก็ตาม ส่วนผลทางกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์และอายุความในการฟ้องคดี พบว่า ประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสมีหลักการที่ตรงกันคือไม่จำต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาล และการฟ้องคดีก็ไม่ตกอยู่ในบังคับของกำหนดอายุความเหมือนเช่นการฟ้องคดีกรณีปกติ ในขณะที่ประเทศอังกฤษมีความเห็นในเรื่องของการอุทธรณ์แตกออกเป็นสองทาง คือ ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นเหมือนกับประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส แต่อีกฝ่ายเห็นว่ากฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้ศาลไม่ควรอนุญาตให้ฟ้องคดีโดยไม่มีการอุทธรณ์เสียก่อนการฟ้องคดี และเรื่องอายุความมีกำหนดไว้แต่ศาลมีดุลยพินิจที่จะรับคดีที่ฟ้องเกินกำหนดอายุความไว้พิจารณาพิพากษาได้ส่วนประเทศไทยยังไม่มีประเด็นดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจึงยังไม่แน่ว่าผลในทางวิธีสบัญญัติจะต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 หรือไม่อย่างไร

2) ปัญหา จันสกุล (2550) ศึกษาเรื่อง “ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย” มีใจความสำคัญว่า

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นส่วนสำคัญของขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง หากคำสั่งทางปกครองได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ กล่าวคือ มิได้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าว ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากเป็นกรณีที่เหตุบกพร่องที่เกิดขึ้นมีความรุนแรงและประจักษ์ชัด จนไม่สมควรให้ผู้ใดกล่าวอ้างความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ก็อาจมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปตั้งแต่ต้น โดยเมื่อศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกฏหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย แล้วพบว่าในแต่ละประเทศที่ได้มีแนวทางวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน โดยสรุปภาพรวมเกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครองเป็นรายกรณีได้ ดังนี้

1) เหตุบกพร่องรุนแรงและประจักษ์ชัดจนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ ได้แก่ กรณีบุคคลผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือยังมิได้รับการแต่งตั้ง หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปสั่งการในเรื่องที่มีได้อยู่ในขอบเขตอำนาจในองค์กรของตน

2) เหตุบกพร่องที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ จึงสมควรให้เพิกถอนคำสั่งนั้น ได้แก่ เหตุจากผู้ได้บังคับบัญชาล่องล้ำเข้าไปใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองแทนผู้บังคับบัญชา และกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น

3) เหตุบกพร่องเล็กน้อยซึ่ง ไม่มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครอง หรือสามารถแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ในภายหลังย่อมไม่อาจยกเป็นเหตุเพิกถอน ได้แก่ เหตุจากผู้บังคับบัญชาแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองแทนผู้ได้บังคับบัญชา และกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนนอกเขตพื้นที่ซึ่งตนรับผิดชอบ

4) เหตุบกพร่องที่ยังมีผลสมบูรณ์ต่อไป ได้แก่ กรณีปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่พ้นตำแหน่งไปแล้ว แต่เนื่องจากยังไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งคนใหม่เข้ามาแทน จึงต้องรักษาการในตำแหน่งเดิมนั้น โดยปริยายต่อไป