

### บทที่ 3

## หลักการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนดในระบบกฎหมายไทย

เมื่อองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “ฝ่ายปกครอง” (Administration) ได้กระทำการใดอันเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์เทียบเท่าพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด แล้ว ถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง<sup>1</sup> (Administrative Action) โดยการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำของรัฐ โดยฝ่ายปกครองนั้น ในทางกฎหมายจำแนกได้ 2 ลักษณะ<sup>2</sup> คือ การกระทำในลักษณะที่มุ่งต่อผลในทางนิติกรรม (Juristic Act) และการกระทำในลักษณะที่มุ่งจะก่อนิติสัมพันธ์ที่เป็นปฏิบัติการหรือการกระทำทางข้อเท็จจริง (Real Act) ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองดังกล่าวเป็นลักษณะหนึ่งของกฎหมายปกครองของไทยที่จะต้องปฏิบัติและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์รวมถึงเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>3</sup> อย่างไรก็ตาม หากการกระทำทางปกครองมีข้อบกพร่องประการใด การกระทำทางปกครองดังกล่าวก็อาจถูกนำมาฟ้องต่อศาล เพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยมีองค์กรตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยถึงข้อบกพร่องของการกระทำนั้น และข้อบกพร่องประการหนึ่งประการใดอาจเป็นเหตุให้องค์กรตุลาการสามารถยกขึ้นวินิจฉัยเพื่อพิจารณามีคำสั่งเพิกถอนการกระทำทางปกครองนั้น ได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ชาญชัย แสงวงศ์. (2563). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 29). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 272.

<sup>2</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2559). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 253.

<sup>3</sup> ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 113 ตอนที่ 60 ก หน้า 1 มีผลใช้บังคับวันที่ 14 พฤศจิกายน 2539.

<sup>4</sup> ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 94 ก หน้า 1 มีผลใช้บังคับวันที่ 10 ตุลาคม 2542.

### 3.1. ลักษณะของคำสั่งทางปกครอง

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Administrative หรือในภาษาเยอรมันว่า Verwaltungsakt ซึ่งมีความหมายแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ<sup>5</sup> กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองที่มีใช้เป็นการกระทำทางรัฐบาล (Government Action) ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (Legislative Action) และไม่ใช่เป็นการกระทำทางตุลาการ (Action Judiciary) ด้วยเหตุนี้ การกระทำขององค์กรของรัฐที่เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง”<sup>6</sup> จึงเป็นการกระทำทางปกครอง โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครองซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับไม่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น

#### 3.1.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

“คำสั่งทางปกครอง” (Administrative Order) เป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งของฝ่ายปกครอง ที่ต้องกระทำลงภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ในมาตรา 5<sup>7</sup> โดยมี

<sup>5</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2551). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (Introduction to Public Law)*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 241.

<sup>6</sup> “นิติกรรมทางปกครอง” หมายความว่า การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชน อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐ ฝ่ายบริหาร หน่วยงานอื่นของรัฐ และในนามหน่วยงานดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคลหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือคณะนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. *การกระทำทางปกครอง ในอาจริยบุชา รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ*. กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย. หน้า 147.

<sup>7</sup> มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง.

ลักษณะที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย มีผลเฉพาะกรณีและมุ่งหมายใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะราย และเป็นการกระทำที่แสดงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายไทยได้ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป บ้างก็ใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” แทนคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งการใช้คำว่านิติกรรมทางปกครอง ก็จะมีการใช้ในความหมายที่แตกต่างกัน โดยการใช้อธิบายที่แตกต่างกันดังกล่าวสมควรที่จะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเป็นลำดับแรก ก่อนที่จะไปศึกษาถึงเรื่องอื่น เพราะหากทำความเข้าใจเรื่องการใช้ถ้อยคำให้กระจ่างเสียก่อนแล้ว จะเป็นประโยชน์ทั้งในแง่การใช้ถ้อยคำและการทำความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวไปได้อย่างชัดเจนอีกด้วย<sup>8</sup>

### 3.1.1.1 ความหมายอย่างกว้าง (Meaning Broadly)

ความหมายของนิติกรรมทางปกครองในระดับของความหมายอย่างกว้างนี้ เป็นการให้ความสำคัญของการกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง และเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองขึ้นไม่ว่าจะเป็นลักษณะทั่วไปหรือลักษณะเฉพาะราย โดยไม่คำนึงว่าการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือเป็นการตกลงกับปัจเจกชน ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้างนี้ จึงหมายถึง กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง

### 3.1.1.2 ความหมายอย่างกลาง (Meaning Middle)

ในระดับของความหมายอย่างกลางนี้ เป็นการให้ความสำคัญของการกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง และเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองขึ้นไม่ว่าจะเป็นลักษณะทั่วไปหรือลักษณะเฉพาะราย แต่การก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวนี้จะต้องกระทำในลักษณะที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลางนี้ จึงหมายถึง กฎ และคำสั่งทางปกครอง

### 3.1.1.3 ความหมายอย่างแคบ (Meaning Narrow)

ในระดับของความหมายอย่างแคบนี้ เป็นการให้ความสำคัญของการกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง และเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะราย และการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวนี้จะกระทำในลักษณะที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบนี้ จึงหมายถึง “คำสั่งทางปกครอง”

จากความหมายของนิติกรรมทางปกครองของนักกฎหมายไทยดังกล่าว จะพบว่า นิติกรรมทางปกครองมิได้หลากหลายความหมาย แต่สำหรับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป

<sup>8</sup> รรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 119.

ว่าด้วยวิธีการหรือกระบวนการในการวินิจฉัยสั่งการทางปกครองของฝ่ายปกครอง ได้ให้คำนิยามความหมายของนิติกรรมทางปกครอง<sup>9</sup> ไว้ว่า หมายถึง บรรดาคำสั่ง คำวินิจฉัย คำอนุญาต หรือมาตรการอื่น ๆ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในขอบเขตของกฎหมายมหาชน โดยวางข้อกำหนดให้มีผลทางกฎหมายต่อบุคคลภายนอกเป็นกรณีเฉพาะราย

นักกฎหมายของไทยมีความเห็นว่า องค์ประกอบของนิติกรรมจะต้องเป็นการแสดงออกในทางแพ่ง แต่การกระทำทางปกครอง เช่น คำสั่งหรือคำอนุมัติของฝ่ายปกครองหรือคำพิพากษาย่อมไม่ใช่ “นิติกรรม” เพราะเป็นการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองต่อราษฎรในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครองราษฎร<sup>10</sup>

นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการอธิบายเพิ่มเติมว่า คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เป็นถ้อยคำที่ไม่ปรากฏในกฎหมาย เพื่อเป็นการป้องกันความสับสนของการใช้ถ้อยคำ และเพื่อเป็นการเปิดทางในการพัฒนาหลักเรื่องคำสั่งทางปกครองและกฎในระบบกฎหมายไทย จึงแนะนำให้หลีกเลี่ยงการใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” หากเป็นกรณีที่จะกล่าวถึงเรื่องคำสั่งทางปกครองและกฎให้เกิดความชัดเจนลงไป โดยที่ไม่ต้องใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง”<sup>11</sup>

เมื่อพิจารณาความหมายของนิติกรรมทางปกครอง และบทนิยามของคำสั่งทางปกครองที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นตามนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ตามความหมายอย่างแคบของนิติกรรมทางปกครอง คือ การใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองตามกฎหมายซึ่งเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล (Legal Relation) ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว อาทิ การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ

### 3.1.2 องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณานิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองตามนัยแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 แล้ว สามารถแยกแยะองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ ดังนี้<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Verwaltungssverfahrensgesetzl. 1976. มาตรา 35 อ้างถึงใน สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 258.

<sup>10</sup> หยุต แสงอุทัย. (2516). *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 39.

<sup>11</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 121-122.

<sup>12</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์. หน้า 100.

### 3.1.2.1 ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำโดยผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง หรือเรียกว่า “เจ้าหน้าที่” (the Official) ซึ่งความหมายของเจ้าหน้าที่ได้นิยามอยู่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณานิยามความหมายของ “เจ้าหน้าที่” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว เจ้าหน้าที่อาจเป็นบุคคลธรรมดา (Person) หรือเป็นคณะบุคคล (College) หรือเป็นนิติบุคคล (Juristic Person) ก็ได้<sup>13</sup> กรณีเจ้าหน้าที่เป็นบุคคลธรรมดา ดังมีตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่เป็นอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ (Director-General of Department of Special Investigation)<sup>14</sup> หรือเจ้าหน้าที่เป็นนายทะเบียน (Registrar) ตามกฎหมายประกันชีวิต และกฎหมายวินาศภัย<sup>15</sup> หรือในกรณีเจ้าหน้าที่เป็นคณะบุคคล เช่น เจ้าหน้าที่เป็นคณะกรรมการ (Committee)<sup>16</sup> หรือเจ้าหน้าที่เป็นสภา

<sup>13</sup> พัทธมา จิตรมหีมา. (2564). “คำสั่งทางปกครองและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเปรียบเทียบกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศส”, *บทความเชิงวิเคราะห์และเปรียบเทียบในประเด็นของคำสั่งทางปกครองและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง*. เผยแพร่ผ่านเว็บไซต์สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 9.

<sup>14</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 1034/2559) โดยให้ความเห็นว่า กรมสอบสวนคดีพิเศษจะเพิกถอนคำสั่งที่ 355/2550 เรื่อง เลื่อนข้าราชการ ลงวันที่ 12 ตุลาคม 2550 ในส่วนที่เลื่อนข้าราชการจำนวน 19 คน ให้ดำรงตำแหน่งพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ระดับ 8 ว ได้หรือไม่ เห็นว่า คำสั่งกรมสอบสวนคดีพิเศษดังกล่าวเป็นกรณีที่อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้รับคำสั่ง จึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>15</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 728/2561) โดยให้ความเห็นว่า การออกใบอนุญาตเป็นตัวแทนประกันชีวิตหรือนายหน้าประกันชีวิต และตัวแทนประกันวินาศภัยหรือนายหน้าประกันวินาศภัย เป็นการใช้อำนาจของนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 ซึ่งมีผลเป็นการก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้รับใบอนุญาตที่จะประกอบกิจการเป็นตัวแทนประกันชีวิตหรือนายหน้าประกันชีวิต และตัวแทนประกันวินาศภัยหรือนายหน้าประกันวินาศภัย ได้ตามกฎหมาย การออกใบอนุญาตดังกล่าว จึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>16</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 514/2543) โดยให้ความเห็นว่า เมื่อคณะกรรมการพิจารณาให้การสนับสนุนสินเชื่อแก่ตลาดกลางในความส่งเสริมของกรมการค้าภายในได้พิจารณา

มหาวิทยาลัย (University Council)<sup>17</sup> ส่วนกรณีเจ้าหน้าที่เป็นนิติบุคคล ซึ่งเป็นเพียงบุคคลที่สมมติขึ้น ไม่มีชีวิตจิตใจเหมือนเช่นบุคคลธรรมดา จึงไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ด้วยตนเอง การกระทำของนิติบุคคลจึงต้องให้บุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทน หรือกล่าวอีกในหนึ่งได้ว่า ผู้ใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองจึงมีเพียงบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลเท่านั้น<sup>18</sup> เช่น การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (Expressway Authority of Thailand) เป็นรัฐวิสาหกิจ (State Enterprise)<sup>19</sup> หรือกรมป่าไม้ (Royal Forest Department) เป็นส่วนราชการในระดับกรม (Department)<sup>20</sup> ซึ่งทั้งหมดมีฐานะเป็นนิติบุคคล

---

และมีคำสั่งให้บริษัท ท. กู้เงินในวงเงินจำนวน 20,000,000 บาท คำสั่งดังกล่าวของคณะกรรมการก่อให้เกิดสิทธิแก่บริษัทที่จะดำเนินการกู้เงินจากธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ตาม โครงการสนับสนุนสินเชื่อแก่ตลาดกลางสินค้าเกษตรในความส่งเสริมของกรมการค้าภายใน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>17</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 8) (เรื่องเสร็จที่ 1840/2559) โดยให้ความเห็นว่า การอนุมัติให้ปริญญาแก่บุคคลใดนั้น สภามหาวิทยาลัยจะต้องพิจารณาให้เป็นไปตาม กฎ ระเบียบ และข้อบังคับของมหาวิทยาลัยที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น และเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า บุคคลใดมีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะสำเร็จการศึกษาได้ สภามหาวิทยาลัยย่อมมีมติอนุมัติการให้ปริญญาแก่บุคคลนั้น ประกอบกับมติของสภามหาวิทยาลัยเกี่ยวกับการให้ปริญญา มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น หากต่อมาปรากฏว่า บุคคลซึ่งสภามหาวิทยาลัยได้มีมติอนุมัติการให้ปริญญาไปแล้วนั้นขาดคุณสมบัติหรือมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วนที่จะสำเร็จการศึกษาตามที่กฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับของมหาวิทยาลัยกำหนดไว้ สภามหาวิทยาลัยซึ่งเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติการให้ปริญญา ย่อมมีอำนาจที่จะเพิกถอนมติสภามหาวิทยาลัยที่ได้อนุมัติการให้ปริญญานั้นได้

<sup>18</sup> วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. (2564). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 62-63.

<sup>19</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 335/2546) โดยให้ความเห็นว่า การอนุมัติให้ทำสัญญาจ้างก่อสร้างทางด่วนของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิของเอกชนในการเข้าทำสัญญากับการทางพิเศษแห่งประเทศไทยอันเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>20</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 1014/2561) โดยให้ความเห็นว่า การที่กรมป่าไม้ทำสัญญาจ้างพนักงานราชการ กรมป่าไม้ได้ออกคำสั่งเพื่อมอบหมายงานให้พนักงานราชการนั้นปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาจ้าง ดังนั้น คำสั่งเพื่อมอบหมายงานดังกล่าวจึงมีผลก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของพนักงานราชการนั้น คำสั่งมอบหมายงานจึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

แม้ว่าคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะวางหลักไว้ว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ แต่การกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นมีความหลากหลายมาก จึงไม่อาจสรุปได้ว่า เมื่อเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่แล้วจะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองเสมอไป หากแต่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองประการอื่นประกอบต่อไปอีก เช่น แม้การออกคำสั่งของเอกชนจะเป็นมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นการแสดงเจตนาให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่เมื่อเอกชนไม่ใช่เจ้าหน้าที่ คำสั่งดังกล่าวจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ในทางกลับกัน หากเอกชนได้รับมอบหมายอำนาจในทางปกครองให้กระทำการบางอย่าง การกระทำของเอกชนที่ได้รับมอบหมายก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้ตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>21</sup>

ในปัญหาดังกล่าว นักวิชาการให้ความเห็นว่า คำว่า “เจ้าหน้าที่” ที่จะเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองควรมีความหมายที่กว้างกว่าการที่องค์กรภายในฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยจะต้องพิจารณาถึงการใช้อำนาจปกครองด้วย กล่าวคือ แม้มิใช่คำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ในฝ่ายปกครอง แต่หากเป็นคำสั่งที่ออกจากองค์กรที่ใช้อำนาจปกครอง ก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้<sup>22</sup>

กล่าวโดยสรุปได้ว่า เจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองได้นั้นจะต้องมีอำนาจในทางปกครองที่จะออกคำสั่งนั้น ๆ ถ้าไม่มีอำนาจในทางปกครองแล้ว คำสั่งที่ออกก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง และรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลจะใช้อำนาจได้ก็แต่โดยผ่านเจ้าหน้าที่หรือฝ่ายปกครอง แต่บางกรณีแม้รัฐจะไม่ได้ทำเอง แต่ก็สามารถให้เอกชนทำแทนได้ โดยถือว่าเอกชนผู้รับคำสั่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน<sup>23</sup>

### 3.1.2.2 การใช้อำนาจของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครอง

ตามนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครอง มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญประการหนึ่งที่จะต้องศึกษา กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำโดยการใช้อำนาจรัฐอันเป็นอำนาจปกครอง (Administrative

<sup>21</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 128.

<sup>22</sup> มานิตย์ จุมปา. (2551). *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 32.

<sup>23</sup> กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2554). *กฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 37-38.

Power) ในการออกคำสั่งทางปกครอง<sup>24</sup> ซึ่งโดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว บังคับแก่เอกชนโดยเอกชนมิได้ยินยอมด้วย แต่การจะพิจารณาว่า เป็นอำนาจทางปกครองหรือไม่ จำต้องพิจารณาจากเนื้อหาหรือธรรมชาติของอำนาจดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญว่า เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในขอบเขตของกฎหมายปกครองได้หรือไม่ ไม่ใช่พิจารณาจากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเพียงประการเดียว<sup>25</sup> แม้เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งสังกัดอยู่ในองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือ องค์กรตุลาการ ก็อาจเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองหรือเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่อำนาจปกครองก็ได้ เช่น กรณีที่ผู้พิพากษาที่นั่งบัลลังก์พิจารณาพิพากษาคดียอมถือว่าเป็นการใช้อำนาจตุลาการ คำสั่งใด ๆ ที่สั่งในกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาย่อมไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่บุคคลใด ๆ จะนำมาฟ้องร้องขอให้ศาลปกครองใช้อำนาจตรวจสอบได้ หากแต่จะต้องใช้สิทธิอุทธรณ์หรือฎีกาตามกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น ๆ ต่อไป แต่ในกรณีที่ผู้พิพากษาเป็นคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม มีมติลงโทษโดยไล่ผู้พิพากษาที่ทุจริตออกจากราชการซึ่งเป็นอำนาจในการบริหารงานของบุคคลในระบบศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 70 กรณีเช่นนี้ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมดังกล่าวไม่ได้ใช้อำนาจตุลาการ แต่เป็นการใช้อำนาจปกครองตามที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ คำสั่งลงโทษโดยไล่ผู้พิพากษาออกจากราชการจึงเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งสามารถถูกตรวจสอบได้ในทางกฎหมายของศาลปกครอง หรือในกรณีการใช้อำนาจทางปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่<sup>26</sup> เช่น การที่อธิบดีแก้ไขปัญหาเรื่องน้ำตามกฎหมายแรม<sup>27</sup> หรือในกรณีที่มิถือเป็นคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การเรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหม

<sup>24</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 91.

<sup>25</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *อ้างแล้ว*เชิงอรรถที่ 8. หน้า 130.

<sup>26</sup> พัทธมา จิตรมหีมา. *อ้างแล้ว*เชิงอรรถที่ 13. หน้า 10.

<sup>27</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 685/2562) โดยให้ความเห็นว่า กรณีที่อธิบดีกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่มีคำสั่งเป็นหนังสือให้บริษัทเอกชนแห่งหนึ่งดำเนินการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับคุณภาพน้ำให้อยู่ในเกณฑ์มาตรฐาน โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 143 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อหน้าที่ของบุคคล คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539



ทดแทน<sup>28</sup> หรือการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งเป็นการดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิใช่การใช้อำนาจทางปกครอง ไม่ถือเป็นกระบวนการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง<sup>29</sup>

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำโดยการใช้อำนาจรัฐอันเป็นอำนาจทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่การกระทำใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลง โดยไม่ได้อาศัยการใช้อำนาจของรัฐหรืออำนาจทางปกครอง เช่น การตกลงทำสัญญาหรือการบอกเลิกสัญญาทางแพ่งกับเอกชน แม้จะเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเจตนาก่อตั้งเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย แต่ก็เป็นการกระทำลงในขอบเขตของกฎหมายเอกชน ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ย่อมจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ได้<sup>30</sup>

ผู้วิจัยจึงกล่าวโดยสรุปว่า นอกจากคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องเกิดจากการใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายแต่เพียงฝ่ายเดียวบังคับแก่เอกชน โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าจะได้รับความยินยอมจากเอกชนหรือไม่ และต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองเท่านั้น หากการกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำลงในอำนาจของกฎหมายเอกชน อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ และอำนาจทางการเมือง ย่อมไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

<sup>28</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 200/2554 วินิจฉัยว่า คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดไม่มีอำนาจเรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหาย การที่ผู้บังคับการตำรวจตระเวนชายแดน ซึ่งเป็นประธานกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบมีหนังสือในฐานะคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบเรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หนังสือดังกล่าวมิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครอง การเรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

<sup>29</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 14/2554) โดยให้ความเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับการเข้าชื่อและลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542 เป็นการดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิใช่การใช้ที่หน่วยงานของรัฐใช้อำนาจทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ประกอบกับประกาศกำหนดวันลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542 เป็นกระบวนการตามกฎหมายเพื่อให้ประชาชนได้ใช้สิทธิลงคะแนนถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น จึงมิใช่กระบวนการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ประกาศกำหนดวันลงคะแนนเสียงถอดถอนดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>30</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 30.

### 3.1.2.3 วัตถุประสงค์ของการออกคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่มุ่งประสงค์ให้เกิดผลในทางกฎหมาย (Law) กล่าวคือ การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจทางปกครองกระทำการใด ๆ ต้องเป็นการกระทำอันมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น คำสั่งอนุญาตให้ตั้งโรงงาน คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร หรือคำสั่งออกโฉนดที่ดินให้แก่บุคคล<sup>31</sup> เป็นต้น ด้วยเหตุนี้คำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาในทางกฎหมาย แต่มีลักษณะแตกต่างจากการกระทำทางปกครองประเภทอื่น โดยเฉพาะปฏิบัติการทางปกครอง กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองโดยเจ้าหน้าที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมายอันมุ่งกำหนดกฎเกณฑ์และนิติสัมพันธ์ แต่ปฏิบัติการทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง แต่ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่ได้มุ่งต่อผลในทางกฎหมายหรือมุ่งที่จะก่อนิติสัมพันธ์แต่อย่างใด เพียงแต่เป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุผลทางข้อเท็จจริงบางประการเท่านั้น และไม่คำนึงว่าข้อเท็จจริงนั้นจะมีผลที่นำไปสู่ความรับผิดชอบในทางกฎหมายอย่างไร<sup>32</sup> ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งโยกย้ายข้าราชการ<sup>33</sup> คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานให้นายจ้างปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามกฎหมายแรงงาน<sup>34</sup> เป็นต้น

<sup>31</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 1018/2561) โดยให้ความเห็นว่า กรณีที่กรมที่ดินได้ออกโฉนดที่ดินให้แก่บุคคล เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในการที่จะก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลในที่ดินดังกล่าว จึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามนิยามตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>32</sup> วรเจตน์ ภาศิริตัน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 134.

<sup>33</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 204/2547) โดยให้ความเห็นว่า คำสั่งแต่งตั้ง (ย้าย) ข้าราชการ พนักงาน หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ตามความหมายของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะการสั่งโยกย้ายข้าราชการมีลักษณะเป็นการบริหารภายในหน่วยงานของรัฐเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่การปฏิบัติราชการภายในหน่วยงานนั้น มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราวแต่อย่างใด

<sup>34</sup> ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 531/2541) แม้ว่าข้อ 77 ของประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงานฯ จะกำหนดว่า เมื่อปรากฏว่านายจ้างฝ่าฝืนประกาศนี้ พนักงานตรวจแรงงานอาจให้คำเตือนให้นายจ้างได้ปฏิบัติตามให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนดไว้ในคำเตือนเสียก่อนก็ได้ แต่โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 มิได้บัญญัติถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามคำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานไว้แต่อย่างใด คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานมีลักษณะเป็นเพียงมาตรการบอกกล่าวว่าได้มีการ

กล่าวโดยสรุป คือ องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกำหนด กฎเกณฑ์อันมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย การกระทำใด ๆ ก็ตาม ที่ยังเป็นเพียงขั้นตอนการพิจารณา ทางปกครอง ยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับผู้รับคำสั่งทางปกครอง การกระทำนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น ความเห็นของกระทรวงการคลังที่แจ้งผลการพิจารณาความรับผิดทาง ละเมิด เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จึงยังไม่มีผล เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับ หรือมี ผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล อันจะถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่อย่างใด<sup>35</sup>

#### 3.1.2.4 ผลต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง

องค์ประกอบอีกประการหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง คือ องค์ประกอบในแง่ของผลต่อ ผู้รับคำสั่งหรือผลเฉพาะกรณี (Particular Case) เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมให้มี ผลกับบุคคลคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้ (รูปธรรมเฉพาะราย) อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะกรณีนี้ไม่ได้หมายความจำกัดถึงขนาดที่จะต้องระบุตัว ผู้รับคำสั่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น เช่น คำสั่งยกเลิกคำขออนุญาตที่ดิน<sup>36</sup> และผลเฉพาะกรณีอาจ หมายรวมถึงคำสั่งทางปกครองที่ระบุกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอที่อาจจะระบุตัวได้ด้วย เช่น กลุ่ม บุคคลที่ชุมนุมประท้วงอยู่บริเวณทำเนียบรัฐบาล เป็นต้น<sup>37</sup>

องค์ประกอบในข้อนี้จะช่วยให้แบ่งแยกระหว่างคำสั่งทางปกครองออกจากรูปแบบ การกระทำทางปกครองอีกรูปแบบหนึ่งก็คือ “กฎ”<sup>38</sup> ซึ่งนิยามความหมายไว้ในมาตรา 5 แห่ง

---

ฝ่าฝืนกฎหมายและเตือนให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายแรงงานเท่านั้น นายจ้างผู้รับคำเตือนยอมให้ ดุลพินิจของตนโดยอิสระที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามคำเตือนดังกล่าว คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานจึงยัง ไม่มีผลเป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ต่อนายจ้างแต่อย่างใด ดังนั้น คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานตามข้อ 77 ของประกาศดังกล่าวจึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง

<sup>35</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 152/2554 วินิจฉัยว่า ความเห็นของกระทรวงการคลังที่แจ้งผลการพิจารณา ความรับผิดทางละเมิด เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

<sup>36</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 151/2555 วินิจฉัยว่า คำสั่งยกเลิกคำขออนุญาตที่ดิน เป็นการกระทำที่เกิดจากการ ใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายที่ดินของเจ้าพนักงานที่ดิน และมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างผู้ยื่น คำขออนุญาตที่ดินกับเจ้าพนักงานที่ดินในลักษณะที่เป็นการระงับหรือมีผลกระทบกระเทือนต่อ สิทธิหรือ หน้าที่ของผู้ยื่นคำขอเป็นการเฉพาะเจาะจง จึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

<sup>37</sup> วรเจตน์ ภักดิ์รัตน์. อังแล้วเชิงกรณี 24. หน้า 33.

<sup>38</sup> มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ กฎเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครองกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในลักษณะที่มีผลบังคับกับบุคคลทั่วไปหรือไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ<sup>39</sup> เช่น มติของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ<sup>40</sup>

### 3.1.2.5 การเกิดผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองที่จะมีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสิทธิหน้าที่ของบุคคลได้นั้น จะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง (Direct External Effect) คำว่า “มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง” นั้น ไม่ได้หมายความว่า เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจปกครองกับประชาชนทั่วไปเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจปกครองออกคำสั่งกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชาก็ได้ โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของคำสั่งเป็นสำคัญ<sup>41</sup> ซึ่งองค์ประกอบในข้อนี้จะเป็นส่วนช่วยในการพิจารณาความแตกต่างระหว่างคำสั่งทางปกครองและคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง

ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งที่มีผลให้ผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติราชการตามหน้าที่ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครอง อาทิ คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการ

๑๗๑

๑๗๑

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

๑๗๑

๑๗๑

<sup>39</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 136.

<sup>40</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 158/2550 วินิจฉัยว่า มติของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 52 แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 สามารถคัดเลือกเพื่อบรรจุบุคคลซึ่งสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาวิชาจากสถาบันการศึกษาที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนรับรองทั้งในและต่างประเทศเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ได้รับคัดเลือก มติดังกล่าวมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ มติดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นกฎ

<sup>41</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 136-137.

สอบสวนข้อเท็จจริง คำสั่งโยกย้ายข้าราชการ โดยไม่มีผลเปลี่ยนแปลงลักษณะงานอย่างสิ้นเชิง คำสั่งลงโทษทางวินัย<sup>42</sup> เป็นต้น คำสั่งเหล่านี้ย่อมไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง

ในทางกลับกัน แม้เป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชาซึ่งเป็นบุคลากรภายในฝ่ายปกครอง แต่คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือสถานะส่วนตัวของเจ้าหน้าที่โดยตรงเหมือนเช่นประชาชนทั่วไป อาทิ ตัดเงินเดือน หรือไล่ออกจากราชการ ซึ่งไม่ได้เกี่ยวกับการปฏิบัติในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแต่อย่างใด เช่นนี้ คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครอง

### 3.1.3 ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายให้อำนาจ

เมื่อพิเคราะห์ถึงความหมายและองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐหรือฝ่ายปกครองตามกฎหมาย เพื่อเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว ซึ่งมีตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายให้อำนาจไว้<sup>43</sup> ได้แก่

(1) การสั่งการ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งบังคับให้บุคคลกระทำการใด เช่น ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารมีคำสั่งให้บุคคลรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างหรือตัดแปลงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องตามกฎหมายได้ ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522<sup>44</sup> หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลกระทำการใด เช่น ห้ามมิให้บุคคลใดเข้าไปในอาคารหรือสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง เป็นต้น

(2) การอนุญาต เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ อนุญาตให้บุคคลใด เช่น การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาหรืออาศัยอยู่ในประเทศไทย หรือทำงานในประเทศไทย การอนุญาตให้บุคคลตั้งสถานบริการ การอนุญาตให้บุคคลตั้งสุสานและฌาปนสถาน การอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคาร การอนุญาตให้บุคคลประกอบอาชีพต่าง ๆ โดยมีใบประกอบ

<sup>42</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 42/2560 วินิจฉัยว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ) ที่ให้แจ้งผู้บังคับบัญชาดำเนินการลงโทษทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีกรณีผู้ฟ้องคดีถูกกล่าวหาว่า ร่ำรวยผิดปกติเมื่อครั้งดำรงตำแหน่งอธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษนั้น แม้จะมีผลผูกพันให้ผู้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามโดยไม่อาจใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงชั้นตอนภายในระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับผู้บังคับบัญชาในการเตรียมการที่ผู้บังคับบัญชาจะพิจารณา ลงโทษทางวินัยผู้ฟ้องคดี มติดังกล่าวจึงไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีจนกว่าผู้บังคับบัญชาจะพิจารณาออกคำสั่งลงโทษทางวินัยกับผู้ฟ้องคดีต่อไป จึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง

<sup>43</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ถังแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 25-27.

<sup>44</sup> ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 96 ตอนที่ 80 หน้า 1 มีผลใช้บังคับวันที่ 14 พฤษภาคม 2522.

วิชาชีพ การอนุญาตให้บุคคลขับจี้รถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ การอนุญาตให้บุคคลเดินทางออกไปนอกราชอาณาจักร เป็นต้น

(3) การอนุมัติ เช่น การอนุมัติปริญญาบัตร ประกาศนียบัตรหรือวุฒิบัตร การอนุมัติให้ข้าราชการลาออกหรือเบิกเงินใด ๆ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี การอนุมัติอาจจะไม่ได้เป็นคำสั่งทางปกครองทุกกรณี บางกรณีเป็นเพียงขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จึงต้องดูข้อเท็จจริงและกฎหมายแต่ละฉบับเป็นเรื่อง ๆ ไป

(4) การวินิจฉัยอุทธรณ์ เช่น การวินิจฉัยข้อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองชั้นต้นหรือการกระทำของฝ่ายปกครองในชั้นต้น และรวมถึงกรณีที่เป็นการวินิจฉัยข้อร้องทุกข์ด้วย

(5) การรับรอง เช่น การออกเอกสารที่เกี่ยวกับที่ดิน การรับรองสัญชาติไทย และการออกบัตรประจำตัวประชาชน เป็นต้น

(6) การรับจดทะเบียน เช่น การรับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ การรับจดทะเบียนสัตว์พาหนะ การรับจดทะเบียนเครื่องจักร การรับจดทะเบียนครอบครัว การรับจดทะเบียนสิทธิบัตรหรือเครื่องหมายการค้า เป็นต้น

(7) การปฏิเสธคำขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยเช่นกัน เช่น การปฏิเสธคำขอใบอนุญาต การปฏิเสธคำขออนุมัติ การไม่รับคำอุทธรณ์หรือคำร้องทุกข์ไว้พิจารณา การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต การเลื่อนหรือไม่เลื่อนเงินเดือน การลงโทษข้าราชการ การสั่งพักงานหรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายให้อำนาจไว้ดังกล่าวแล้ว กรณีคำสั่งทางปกครองจึงแบ่งได้ออกเป็น 3 ประการ กล่าวโดยสรุปได้ดังนี้<sup>45</sup> คือ

ประการที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองตามกฎหมาย

ประการที่สอง คำสั่งทางปกครองเป็นการที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจทางปกครองที่มีผลโดยตรงเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล

ประการที่สาม คำสั่งทางปกครองต้องมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่มีใช้การออกกฎ

<sup>45</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 25-27.

### 3.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครอง

เดิมหลักความชอบด้วยกฎหมายจะเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนเท่านั้น เนื่องจากสมัยก่อนเป็นสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์และมีหลัก The king can do no wrong ซึ่งเป็นหลักที่รัฐและฝ่ายปกครองไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย<sup>46</sup> ต่อมา เกิดแนวความคิดทางนิติรัฐ อันเป็นแนวคิดให้การกระทำของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและในปัจจุบันได้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย<sup>47</sup>

หลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง<sup>48</sup> หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “คำสั่งทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง เป็นหลักที่วางไว้ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนและอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย คำสั่งทางปกครองจะมีผลก็ต่อเมื่อระบบของกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายปกครองไทยกำหนดให้ศาลปกครองโดยองค์กรตุลาการเป็นผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง<sup>49</sup> ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้ให้ความเห็นว่า กฎหมายปกครองมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมอำนาจของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้ของกฎหมาย และเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจดังกล่าวที่ไม่ถูกต้อง<sup>50</sup>

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองจึงหมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ อันเป็นการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่วางหลักว่า เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้จะกระทำมิได้ ถือเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง<sup>51</sup>

<sup>46</sup> มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 153.

<sup>47</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 275-276.

<sup>48</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 47.

<sup>49</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560

มาตรา 197 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ

การจัดตั้ง วิธีพิจารณาคดี และการดำเนินงานของศาลปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

<sup>50</sup> Bernhard Schwartz. (1990). *Administrative Law*. 3<sup>rd</sup> edition. Boston: Little, Brown and Company. p. 1.

<sup>51</sup> มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 154-155.

### 3.2.1 ขอบเขตและข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย การพิจารณาขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือฝ่ายปกครอง<sup>52</sup> ประกอบกับข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายกรณีที่ทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่อาจบังคับได้โดยสมบูรณ์<sup>53</sup> โดยกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง ในเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่หลักความชอบด้วยกฎหมายจะครอบคลุมแต่เฉพาะการใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงความเหมาะสมของการกระทำทางปกครองประหนึ่ง และอีกประการหนึ่งเป็นเรื่องทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (La théorie des circonstances exceptionnelles)

#### 3.2.1.1 การกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน

การกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน (Mandatory Power) เป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดข้อบังคับไว้ล่วงหน้าให้แก่ฝ่ายปกครอง หากมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ การทางปกครองตามที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่สามารถใช้อำนาจทางปกครองเป็นอย่างอื่นได้<sup>54</sup> เช่น กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการรับจดทะเบียนตั้งบริษัท โดยกำหนดเงื่อนไขไว้หลายประการ การที่เอกชนรายใดยื่นคำขอจดทะเบียนบริษัทโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ครบถ้วนและมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ต้องห้ามหรือต้องควบคุมตามกฎหมาย จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องรับจดทะเบียน โดยไม่อาจที่จะอ้างเหตุอื่นใดเพื่อปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนได้<sup>55</sup>

<sup>52</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 17.

<sup>53</sup> มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 255.

<sup>54</sup> อิศระ นิติพจน์ประภาส. (2529). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: กิ่งจันทร์การพิมพ์. หน้า 104.

<sup>55</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2383/2526 การที่โจทก์มีความประสงค์จะจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบกิจการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและการเล่นแชร์ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิเช่นว่านี้จะกระทำได้อ้อมเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ฉะนั้นเมื่อโจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ต้องห้ามหรือต้องควบคุมตามกฎหมาย จึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องพิจารณาว่าคำขอของโจทก์ครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1019 บัญญัติไว้หรือไม่เท่านั้น จำเลยจะสั่งให้รอการรับจดทะเบียนไว้ก่อนตามมติของคณะรัฐมนตรีเพื่อที่จะแก้ไขกฎหมายให้ความคุ้มครองถึงการประกอบอาชีพของโจทก์ดังกล่าวหาได้ไม่



### 3.2.1.2 การกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ

การกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง โดยเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการตัดสินใจได้อย่างมีอิสระว่า หากมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจว่าตนจะกระทำการทางปกครองหรือไม่และ โดยมีเนื้อหาของการกระทำทางปกครองอย่างไร<sup>66</sup> เช่น ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการคนใดดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และการออกคำสั่งควรออกคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น

ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมี 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะกระทำหรือไม่กระทำการทางปกครอง เช่น ออกหรือไม่ออกคำสั่งทางปกครอง และประเภทที่สอง เมื่อฝ่ายปกครองเลือกที่จะกระทำการทางปกครองแล้ว ก็มีดุลพินิจในการเลือกว่าจะออกคำสั่งทางปกครองอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>67</sup>

อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะใช้ดุลพินิจให้เกิดเสรีภาพอย่างไร้ขอบเขตและเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ ประกอบกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ เช่น หลักเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ ยกตัวอย่างเรื่องหลักความเสมอภาค ในกรณีที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ที่มีข้อเท็จจริงเดียวกัน หากฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจและกระทำการทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปแล้ว ย่อมผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ที่แตกต่างไปจากเดิมจำต้องมีและแสดงเหตุผลเป็นกรณีพิเศษและวัตถุประสงค์จะต้องเหมาะสม จำเป็น และได้สัดส่วน ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Übermassverbot) หรือหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)<sup>68</sup>

### 3.2.1.3 ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ

ทฤษฎีนี้เป็นแนวความคิดที่กล่าวถึงสถานการณ์ที่ไม่ปกติ การจะให้ฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครองเหมือนเช่นในสถานการณ์ปกติย่อมเป็นไปได้ เพราะอาจก่อให้เกิดการกระทำ

<sup>66</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2531). การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองทางปกครองโดยองค์การตุลาการ: รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภสมทรัพย์. กรุงเทพฯ: พี.เค.พรินติ้งเฮาส์. หน้า 43.

<sup>67</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2537). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน: พื้นฐานความรู้ทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 171.

<sup>68</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 34-35.

ที่ผิดพลาด ดังนั้น ในสถานการณ์ที่ไม่ปกติจึงไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเหมือนในสถานการณ์ปกติ แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ<sup>59</sup> อำนาจของฝ่ายปกครองที่ได้รับเมื่อมีสถานการณ์ที่ไม่ปกติบางครั้งก็กำหนดไว้ในกฎหมายโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457 พระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 หรืออาจเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาล เช่น ในยามสงครามฝ่ายปกครองก็มีอำนาจพิเศษเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการเรียกเกณฑ์บุคคลหรือทรัพย์สิน<sup>60</sup> อันถือเป็นการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองออกไป ทำให้การกระทำหรือคำสั่งทางปกครองบางอย่างนั้นชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่หากเป็นในสถานการณ์ปกติ การกระทำหรือคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ เป็นเพียงทฤษฎีที่ผ่อนคลายหลักความชอบด้วยกฎหมายและมีการจำกัดอำนาจน้อยกว่าในสถานการณ์ปกติเท่านั้น มิได้วางหลักไว้เป็นเด็ดขาดว่า หากเกิดสถานการณ์ที่ไม่ปกติแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยสิ้นเชิง<sup>61</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ในสถานการณ์ไม่ปกติ ฝ่ายปกครองต้องกระทำการภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะและพอสมควรได้สัดส่วนอย่างเพียงพอต่อเหตุการณ์ในสถานการณ์ดังกล่าว

ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างสมบูรณ์ ส่วนการกระทำทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ แยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ความชอบด้วยกฎหมายที่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมซึ่งเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยแท้<sup>62</sup>

### 3.2.2 หลักฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับ

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือหลักฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับ เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับ ซึ่งการผูกพันตนต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองมี 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่หนึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้แต่หากเป็นกรณีตามลักษณะที่สอง คือ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้

<sup>59</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 47. หน้า 286.

<sup>60</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง. (2537). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 126-127.

<sup>61</sup> ประยูร กาญจนกุล. (2524). *คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: เอกสาร โรเนียวเย็บเล่ม คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 31.

<sup>62</sup> มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 255.

ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ เช่นนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ เป็นต้น ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น ไม่กระทำการใดให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ในทางกลับกัน หากยอมให้ฝ่ายปกครองกระทำการใดอันขัดต่อกฎหมาย แม้จะไม่มีผลกระทบใด ๆ ตามมา แต่จะทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐไม่มีความหมายไปในตัว เหตุนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายหรือกระทำการใดให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้<sup>63</sup>

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงผลผูกพันของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไปประกอบลำดับชั้นของกฎหมาย โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ<sup>64</sup> จึงอาจสรุปได้ว่า ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไปให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ รวมตลอดถึงกฎหมาย ประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่น รัฐมนตรีไม่อาจตรากฎกระทรวงให้ขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือสิทธิในความเสมอภาคอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย<sup>65</sup> หากมาตรการทางกฎหมายมีผลเฉพาะราย เช่น คำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจที่จะออกคำสั่งทางปกครองให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ รวมตลอดถึงกฎหมาย ประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่น เจ้าหน้าที่กรมสรรพากรจะออกคำสั่งเก็บภาษีเกินกว่าอัตราที่กำหนดในประมวลรัษฎากรไม่ได้ เป็นต้น

<sup>63</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, หน้า 48.

<sup>64</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 5 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

<sup>65</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นกรณีทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

กรณีที่เป็นกรฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับการออกกฎ คำว่า กฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>66</sup> ย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ทั้งหลายทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่ใช่ลายลักษณ์อักษรที่มีลำดับชั้นในทางกฎหมายสูงกว่ากฎ และเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกกฎโดยถูกต้องหรือไม่ ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป เช่นเดียวกับกรณีที่เป็นกรฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คำว่า กฎหมาย ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากกฎเกณฑ์ทั้งปวงที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎตั้งที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังหมายรวมถึงพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายปกครองเองอีกด้วย ฉะนั้น จึงใช้กฎเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเช่นกัน

แม้ว่าหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย จะวางหลักให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับก็ตาม แต่หลักการนี้ไม่ได้มีเนื้อหาวางหลักถึงผลกระทบในกรณีที่ทำกรฝ่ายปกครองได้กระทำกรขัดต่อกฎหมาย โดยทั่วไปแล้วกฎหมายจะต้องกำหนดผลกระทบที่เกิดขึ้น ซึ่งในทางวิชาการและระบบกฎหมายไทยได้ระบุผลในทางกฎหมายของกรกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายแตกต่างกันหลายกรณี เช่น กรกระทำทางปกครองนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายเลย เป็นต้น<sup>67</sup>

### 3.2.3 หลักฝ่ายปกครองจะกระทำกรใด ๆ ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ

หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ เป็นหลักที่กำหนดว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำกรใด ๆ ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองหรือฝ่ายปกครองจะกระทำกรใดต้องมีฐานทางกฎหมายในการรองรับถึงกรทำกรนั้น ซึ่งจะอธิบายออกได้เป็นหลักย่อย ๆ ได้แก่ หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน แตกต่างจากหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำกรอยู่ใน

<sup>66</sup> มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับกรที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำกรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกรออกกฎ คำสั่งหรือกรทำกรอื่นใดเนื่องมาจากกรทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับกรทำกรนั้นหรือไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

<sup>67</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 50.

กรอบของกฎหมายโดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ทั้งสิ้น ฝ่ายปกครองจะทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายไม่ได้ไม่ว่าในกรณีใด หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิของราษฎรไม่ได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคล แต่กระทำในลักษณะส่งเสริมให้ความช่วยเหลือประชาชนหรือสนับสนุนปัจเจกบุคคลให้ใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ กรณีนี้ จำต้องมีกฎหมายมารองรับหรือมีกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องดังกล่าวและให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการก่อนหรือไม่ ฝ่ายปกครองจึงจะดำเนินการได้ ปัญหาที่ยังเป็นปัญหาที่หาข้อยุติในทางวิชาการไม่ได้<sup>68</sup> ผู้วิจัยมีความเห็นในกรณีนี้โดยสรุปว่า หากฝ่ายปกครองกระทำการใดที่เป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรแล้ว กรณีนี้ จำต้องมีกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนให้ฝ่ายปกครองสามารถกระทำได้อยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามย่อมส่งผลให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากฝ่ายปกครองกระทำการใดที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรหรือเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะแล้ว เช่นนี้ ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำ ฝ่ายปกครองสามารถกระทำได้เพื่อประโยชน์แก่ราษฎรและตัวรัฐเอง

สำหรับระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้น เมื่อพิจารณาหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว ย่อมสรุปความหมายได้ดังนี้

(1) กรณีจำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับหรือให้อำนาจกระทำการแก่ฝ่ายปกครองอย่างชัดเจน ได้แก่ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการสร้างภาวะหรือกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมประท้วง<sup>69</sup> เป็นต้น หรือในกรณีเป็นการให้ประโยชน์แก่เอกชน ไม่ว่าจะรายเดียวหรือหลายรายโดยกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนรายอื่น หรือในกรณีการบังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ เช่น ข้าราชการ นักเรียน นักโทษ ทหารเกณฑ์ เป็นต้น กรณีเหล่านี้ย่อมเป็นมาตรการที่จะต้องมิฐานทางกฎหมายรองรับอย่างชัดเจนเสมอ มิเช่นนั้นแล้ว การกระทำของฝ่ายปกครองอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญได้

<sup>68</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 50-53.

<sup>69</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 44 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

(2) กรณีที่ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการแก่ฝ่ายปกครองอย่างชัดเจน ได้แก่ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎร และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกร การอนุญาตให้กู้ยืมเงินไปใช้ในการประกอบเกษตรกรรม เป็นต้น หรือในกรณีมาตรการนั้นกำหนดขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ขององค์บรรลุผล และไม่ถือว่ากระทบสิทธิส่วนบุคคลซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป เช่น โรงเรียน สลับชั่วโมงเรียน ไม่ถือว่าเป็นการกระทบสิทธิของนักเรียน เป็นต้น แต่ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ความชอบธรรมในทางกฎหมายด้วย<sup>70</sup>

อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะกระทำการใด ๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายประเพณี มาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองไม่ได้ หากจะใช้กฎหมายประเพณีดังกล่าวแล้ว ย่อมให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองหรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเพื่อความชัดเจนในระบบกฎหมาย

### 3.2.3.1 หลักนิติธรรมเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองที่กล่าวถึง เกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ที่มนุษย์แต่ละคนจะกำหนดวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนาและกระทำการใด ๆ ก็ได้โดยอิสระภายใต้แดนแห่งเสรีภาพ (Sphere of Individual Liberty – Zone of Individual Autonomy) ปลอดภัยจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของรัฐหรือฝ่ายปกครอง<sup>71</sup> ในบางกรณีที่ฝ่ายปกครองจำต้องบังคับให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการใด ฝ่ายปกครองจะแทรกแซงแดนแห่งเสรีภาพของบุคคลได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้ ฝ่ายปกครองแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ในกรณีใดและมีขอบเขตอย่างไร<sup>72</sup> โดยหลักนิติธรรมมีสาระสำคัญ 3 ประการ<sup>73</sup> ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดก็ได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและจะต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

<sup>70</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 54-55.

<sup>71</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 38.

<sup>72</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 3.

<sup>73</sup> ชาญชัย แสงวงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 60.

ประการที่สอง กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองแทรกแซงแดนแห่งเสรีภาพของบุคคลจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนพอที่จะทราบได้ว่ากรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไรที่ฝ่ายปกครองแทรกแซงได้ และกฎหมายจะต้องไม่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นในการแทรกแซง

ประการที่สาม การควบคุมไม่ให้การกระทำของฝ่ายปกครองขัดต่อกฎหมาย เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระในการความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป หลักนิติธรรมมีหมายความว่า การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายปกครองมีอำนาจให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

### 3.2.3.2 หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ประชาชนเสี่ยงส่วนใหญ่ยอมรับ

การปกครองระบอบประชาธิปไตย เป็นกรณีที่ประชาชนเสี่ยงส่วนใหญ่ยินยอมให้รัฐบาลใช้อำนาจหรือดำเนินการปกครองเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน โดยจะใช้อำนาจในการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ รัฐบาลจึงต้องใช้อำนาจอย่างมีขอบเขต และมีหลักการที่สำคัญ กล่าวคือ ฝ่ายบริหารต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน ประชาชนชอบที่จะเปลี่ยนแปลงรัฐบาลได้โดยสันติวิธีตามหลักการเลือกตั้ง ในระบบประชาธิปไตยจะต้องมีหลักการควบคุมการใช้อำนาจเพื่อป้องกันภัยของอำนาจ การควบคุมอำนาจจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญของระบบประชาธิปไตย โดยมีหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งประกอบด้วยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ทั้ง 3 ฝ่ายคอยตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (Checks and Balances) หลักสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพ เป็นสิทธิที่จะพรากไปจากมนุษย์ไม่ได้ (Unalienable Right) ซึ่งเป็นสิทธิที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย เป็นหลักการที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครอง โดยมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจไปในทางที่ผิดหรืออยู่ภายใต้กฎหมาย<sup>74</sup>

### 3.2.3.3 หลักการประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

หลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เป็นหลักที่รัฐยอมรับในความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลและให้ความเคารพต่อแดนของสิทธิเสรีภาพ รัฐจะมีอำนาจกระทำการหรือละเว้นการกระทำใดอันเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยความเห็นชอบของประชาชนให้อำนาจกระทำได้ หลักการนี้จึงเป็นหลักในการควบคุมตรวจสอบการ

<sup>74</sup> สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 155.

กระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองหรืออาจเป็นการควบคุม โดยองค์กร ภายนอกฝ่ายปกครองก็ได้ แต่การจะบรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิได้นั้นจะต้องให้สิทธิแก่ ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิสามารถเข้าถึงองค์กรตุลาการได้ เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มี หลักประกันความเป็นอิสระ ขอบที่จะพิจารณาคดีได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรมปราศจากการแทรกแซง จากองค์กรอื่น ๆ อันถือเป็นหัวใจสำคัญของหลักการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ด้วยเหตุนี้ สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลจึงเป็นสิทธิที่สำคัญ เพื่อเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่มี เนื้อที่ปัจเจกบุคคลในการตรวจสอบว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่<sup>75</sup>

### 3.2.4 หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน

หลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนที่กำหนดห้ามมิให้ ฝ่ายปกครองกระทำการใดอันมีผลเป็นการกระทบสิทธิของปัจเจกชนเกินสมควร ฝ่ายปกครองต้อง กระทำการให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า การกระทำทางปกครองใด เป็นการกระทำที่กระทบสิทธิและสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชนแล้ว แม้กฎหมายจะให้อำนาจฝ่ายปกครอง กระทำได้ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำโดยอยู่ภายใต้หลักพอสมควรแก่เหตุ หลักความพอสมควรแก่ เหตุเป็นหลักการที่ใช้ในระดับรัฐธรรมนูญ และยังปรากฏในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 58 วรรคสาม<sup>76</sup> และเป็นหลักการที่ต้อง ใช้บังคับเสมอไม่ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม

<sup>75</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2556). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 23-24.

<sup>76</sup> มาตรา 58 คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ผิดหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการด้วยตนเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนโดยผู้อยู่ในบังคับของ คำสั่ง ทางปกครองจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มในอัตราร้อยละยี่สิบห้าต่อปีของค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่ เจ้าหน้าที่

(2) ให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน เจ้าหน้าที่ระดับใดมีอำนาจกำหนดค่าปรับทางปกครองจำนวนเท่าใดสำหรับในกรณีใด ให้เป็นไปตามที่ กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการ โดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่มี โทษทาง อาญาหรือมิให้เกิดความเสียหายต่อประ โยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดย ไม่ต้องออกคำสั่ง ทางปกครองให้กระทำหรือละเว้นกระทำก่อนก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและ ภายในเขตอำนาจหน้าที่ของตน



การจะพิจารณาว่าฝ่ายปกครองกระทำการสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาระถึงความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องมือทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง หรือกฎ กับ วัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองประกอบกับมาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกบังคับ โดยมีขั้นตอน ในการพิจารณา 4 ประการ<sup>77</sup> คือ

ประการที่หนึ่ง การพิจารณาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของการกระทำมาจากข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองกำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นเพื่อใช้ บังคับ เมื่อมีวัตถุประสงค์ของการกระทำแล้ว ย่อมจะต้องตรวจสอบว่าวัตถุประสงค์ของการกระทำ ทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประการ อื่นอีกต่อไป

ประการที่สอง การพิจารณามาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกกว่าสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หรือไม่ อันเป็นการพิจารณาตามหลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) กล่าวคือ มาตรการ ที่ฝ่ายปกครองเลือกนำมาใช้ จะต้องเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากมาตรการที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้อย่างแน่แท้ หรือการทำให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์เป็นไปได้อย่างยากลำบาก เช่นนี้ ย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ เหมาะสมและสันนิษฐานได้ว่ามาตรการดังกล่าวที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้มีวัตถุประสงค์ที่นอกเหนือจากที่ กฎหมายกำหนดไว้ ถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power)<sup>78</sup>

ประการที่สาม การพิจารณามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายปกครองต้องการเป็น มาตรการที่จำเป็นหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาตามหลักความจำเป็น<sup>79</sup> (Principle of Necessity) กล่าวคือ มาตรการที่ล้วนแต่ชอบด้วยกฎหมายและฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ กฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะได้หลากหลายวิธีการ แต่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องเลือกมาตรการหรือวิธีการ

<sup>77</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 57-59.

<sup>78</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 87.

<sup>79</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลัก นิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความ เป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้รวมทั้งต้องระบุนเหตุผลการจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ที่ก่อให้เกิดความรุนแรงหรือส่งผลกระทบต่อปัจเจกชนน้อยที่สุด<sup>80</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้การกระทำทางปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจเท่านั้น หากมีมาตรการใดที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่ได้เลือก ย่อมถือว่าฝ่ายปกครองจะนำมาตรการที่เลือกนั้นมาใช้ไม่ได้<sup>81</sup> ยกตัวอย่างเช่น กรณีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 105/2555<sup>82</sup> หรือกรณีความจำเป็นในการดำเนินการเพื่อให้ระดับของพื้นถนนและท่อระบายน้ำมีระดับสูงขึ้นเสมอกับถนนชอยข้างเคียงเพื่อป้องกันน้ำท่วม หากไม่ดำเนินการแล้วจะเป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันการไหลของน้ำจากถนนชอยข้างเคียงที่มีระดับพื้นสูงกว่าลงมาท่วมได้<sup>83</sup> ถือว่าฝ่ายปกครองได้เลือกใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่สาธารณะและส่งผลกระทบต่อปัจเจกบุคคลน้อยที่สุด

ประการที่สี่ การพิจารณามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายปกครองต้องการและเป็นมาตรการที่จำเป็น อันจะเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ มาตรการอันใดอันหนึ่งที่น่ามาใช้ควรอยู่ในสัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างประโยชน์สาธารณะกับผลกระทบต่อปัจเจกบุคคล การชั่งน้ำหนักกระหว่างความ

<sup>80</sup> วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 72. หน้า 84.

<sup>81</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 277-279.

<sup>82</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 105/2555 วินิจฉัยว่า ความจำเป็นในการสร้างสถานีรถไฟฟ้ามหานครให้มีขนาดพอที่จะรองรับปริมาณผู้ใช้บริการ ความปลอดภัย และการแก้ไขปัญหาจราจร

<sup>83</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 239/2556 วินิจฉัยว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะได้รับความเสียหายจากการที่พื้นถนนมีระดับความสูงเพิ่มขึ้นทำให้น้ำท่วมขังพื้นหน้าบ้านบริเวณที่จอดรถเวลาฝนตกและทำให้รถยนต์เข้าออกบ้านได้ไม่สะดวกก็ตาม แต่ผลเสียที่ผู้ฟ้องคดีได้รับถือได้ว่าเป็นผลกระทบโดยปกติธรรมดาที่ในการปรับปรุงถนนทั่วไปจะต้องมีการยกระดับพื้นถนนและท่อระบายน้ำให้สูงขึ้นกว่าเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีนี้เป็นการยกระดับพื้นถนนและท่อระบายน้ำให้เสมอกับพื้นถนนและระดับท่อระบายน้ำของถนนเมนเพื่อป้องกันน้ำท่วม ซึ่งถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายเป็นพิเศษแตกต่างจากผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปรับปรุงถนนโดยทั่วไปแต่อย่างใด กรณีจึงถือได้ว่าได้สัดส่วนกันระหว่างมาตรการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เลือกใช้ให้วัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีและนอกจากการดำเนินการดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนโดยส่วนใหญ่ในถนนชอยพิพาทแล้ว ผู้ฟ้องคดีเองก็ยังสามารถได้รับประโยชน์ด้วยเช่นกัน กรณีจึงเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีมิได้รับแต่เพียงผลเสียอย่างเดียวเท่านั้น หากแต่ยังได้รับประโยชน์ด้วยเช่นกัน ดังนั้น เมื่อการปรับปรุงพื้นถนนชอยพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นไปโดยชอบด้วยหลักความได้สัดส่วนของการกระทำทางปกครอง และได้ดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชน จึงไม่อาจถือได้ว่าการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พิพาทชอยพิพาท

รุนแรงของการละเมิดสิทธิของปัจเจกชนกับความสำคัญและความจำเป็นที่ให้ความชอบธรรมแก่มาตรการนั้น โดยคำนึงถึงผลของมาตรการนั้นว่าไม่เกินขอบเขตของกฎหมาย หากประโยชน์สาธารณะที่ได้รับมีเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับผลกระทบต่อปัจเจกบุคคล กรณีย่อมไม่ถือว่าเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ<sup>84</sup>

หลักความพอสมควรแก่เหตุจึงเป็นหลักการที่บังคับให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้วัตถุประสงค์สำเร็จลุล่วงไปด้วยดีอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด (ความสัมฤทธิ์ผล) แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลให้น้อยที่สุด (ความจำเป็น) และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการใด ๆ ซึ่งหากได้ดำเนินการแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดแก่บุคคลหรือแก่สังคมโดยรวม (หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ)<sup>85</sup>

### 3.3 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง จึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย การออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ประกอบกับคำสั่งทางปกครองต้องมีเนื้อหาที่ไม่ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับได้จริงในบ้านเมือง ในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองด้วย หากพบว่าคำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาไม่สอดคล้องกับกระบวนการขั้นตอนแห่งกฎหมายและมีเนื้อหาที่ขัดต่อกฎหมายแล้ว ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีความบกพร่อง หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นไปอย่างเห็นได้ชัดแจ้งและมีความรุนแรงโดยมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือโดยมีคำพิพากษาของศาลกำหนดให้เป็นโมฆะ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ แต่ในกรณีอื่นที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ หรือในกรณีที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็อาจเกิดผลในทางกฎหมายในลักษณะเป็นการคุ้มครองผู้รับคำสั่งทางปกครองตามมา การพิจารณาว่าเงื่อนไขความชอบด้วย

<sup>84</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2533). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 167.

<sup>85</sup> หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ มีหลักเกณฑ์ว่า ผลกระทบที่มีต่อปัจเจกบุคคล ควรจะอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผลกับประโยชน์ส่วนรวม จะได้รับการชั่งน้ำหนักระหว่างความรุนแรงของการละเมิดสิทธิกับความสำคัญและความจำเป็นที่ให้ความชอบธรรมแก่มาตรการนั้น โดยต้องคำนึงถึงผลของการดำเนินมาตรการนั้น จะต้องไม่เกินขอบเขตที่อาจคาดหมายให้ผู้ถูกระทบสิทธิสามารถรับได้. อ้างถึงใน บุญบา บรรหาร. (2559). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติ การจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ตามมาตรา 70*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 52.

กฎหมายของคำสั่งทางปกครอง สามารถแบ่งการพิจารณาได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ การพิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหา และการพิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ<sup>86</sup>

### 3.3.1 เนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง

การพิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหา เป็นการพิจารณาถึงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่า ออกมาสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายหรือออกมาโดยสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองด้วยไม่

#### 3.3.1.1 ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองใด จำต้องมีกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาก่อนว่าคำสั่งทางปกครองมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” โดยทั่วไปแล้วการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระหรือเป็นผลร้ายต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง จะต้องออกมาโดยมีฐานทางกฎหมายรองรับ ตามหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” และกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหมายถึงกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ<sup>87</sup> การตรากฎหมายมอบอำนาจหรือกำหนดเงื่อนไขให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใดที่ก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมจะต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญด้วย มิเช่นนั้น ย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมีฐานทางกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใดที่เป็นประโยชน์กับราษฎร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคล ย่อมไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน

#### 3.3.1.2 ความสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นเรื่องการกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิและสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชนแล้ว แม้กฎหมายจะให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำได้ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องกระทำโดยอยู่ภายใต้หลักพอสมควรแก่เหตุ

<sup>86</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 161.

<sup>87</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58. หน้า 195.

ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกใช้มาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์สัมฤทธิ์ผลและเกิดความเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ประกอบกับความเสียหายที่ประชาชนจะได้รับกับผลประโยชน์สาธารณะที่สังคมจะได้รับจากการใช้มาตรการของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องได้ดุลภาพซึ่งกันและกัน<sup>88</sup> อันเป็นหลักการการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองประการหนึ่ง ดังนั้น การพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองจึงต้องได้รับการตรวจสอบอย่างระมัดระวังทุกครั้ง

### 3.3.1.3 ความมีอำนาจของการใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือ

ในการกระทำทางปกครองใด ฝ่ายปกครองจำต้องมีเครื่องมือที่ช่วยให้การกระทำทางปกครองนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง กฎ สัญญาทางปกครอง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายมักจะกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือเพื่อบังคับตามกฎหมายอย่างชัดเจน ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 40<sup>89</sup> เป็นกรณีที่ถูกหมายระบุให้ฝ่ายปกครองใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ เช่นนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้คำสั่งทางปกครองเท่านั้นเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ จะใช้กฎ สัญญาทางปกครอง หรือเครื่องมืออื่น ๆ ในการดำเนินการแทนไม่ได้ หากฝ่ายปกครองใช้เครื่องมือผิดไปจากที่ถูกกฎหมายกำหนดแล้ว การกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการกระทำที่ขัดกับหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ<sup>90</sup>

<sup>88</sup> ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). *หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1.

<sup>89</sup> มาตรา 40 ในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ กฏกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดำเนินการดังนี้

- (1) มีคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน ผู้ดำเนินการ ลูกจ้าง หรือบริวารของบุคคลดังกล่าว ระงับการกระทำดังกล่าว
- (2) มีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคาร หรือบริเวณที่มีการกระทำดังกล่าว และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้น ไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ อาคารหรือบริเวณดังกล่าว และ
- (3) พิจารณามีคำสั่งตามมาตรา 41 หรือมาตรา 42 แล้วแต่กรณี ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ให้มีคำสั่งตาม (1)

<sup>90</sup> จิร ญู อาจฤทธิ. (2551). *การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 24-25.

อย่างไรก็ตาม มีกฎหมายจำนวนไม่น้อยที่ไม่ได้ระบุถึงวิธีการบังคับตามกฎหมายเอาไว้อย่างชัดเจนถึงอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะใช้กฎหมายใดเป็นเครื่องมือ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญในการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาคำสั่งทางปกครอง กรณีนี้จึงต้องพิจารณาจากสภาพการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ที่แม้จะไม่ปรากฏว่ามีบทมาตราของกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงภาพรวมของกฎหมายทั้งฉบับแล้วสามารถเข้าใจได้ว่าให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง โดยกฎหมายฉบับนั้นจะต้องมีการบัญญัติถึงเนื้อหาของ การกระทำทางปกครองได้อย่างชัดเจนพอ<sup>91</sup> เช่นนี้ ต้องถือว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายได้

#### 3.3.1.4 ความถูกต้องของการใช้ดุลพินิจ

กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง 2 ประการ ได้แก่ การกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน และการกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ ตามที่เคยกล่าวมาแล้วว่า อำนาจดุลพินิจมีลักษณะของความผ่อนคลายเป็นและเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสเลือกปฏิบัติและตัดสินใจได้ด้วยตนเองในขอบเขตของกฎหมาย กฎหมายไม่ได้บัญญัติบังคับให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่กระทำการอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกที่จะตกลงกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดตามแต่บรรดาบทบัญญัติต่าง ๆ หลายประการที่แตกต่างกันออกไปได้ เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 42<sup>92</sup> เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการเลือกว่า หากเกิดข้อเท็จจริงตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว ฝ่ายปกครองเลือกที่จะมีคำสั่งให้รื้อถอนหรือไม่ก็ได้ และถ้าฝ่ายปกครองเลือกที่มีคำสั่งให้รื้อถอนแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถที่จะเลือกได้อีกว่าจะให้รื้อถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้องภายในขอบเขตของกฎหมาย ไม่ใช่ดุลพินิจโดยอำเภอใจ ยกตัวอย่างเช่น การที่คณะกรรมการมีมติไม่รับสมัครบุคคลในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการในตำแหน่งอัยการ

<sup>91</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 189.

<sup>92</sup> มาตรา 42 ถ้าการกระทำตามมาตรา 40 เป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ หรือเจ้าของอาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 41 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน โดยให้ดำเนินการรื้อถอนตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 8 (11) หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามมาตรา 9 หรือมาตรา 10

ผู้ช่วยประจำปี 2544 โดยใช้ดุลพินิจว่า บุคคลผู้สมัครมีกายไม่เหมาะสมจะเป็นข้าราชการอัยการ โดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถอันแท้จริง<sup>93</sup>

### 3.3.1.5 ความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหา

ในการออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องแสดงเจตนาออกมาให้ชัดเจน และเจตนาที่แสดงออกมาต้องเป็นที่เข้าใจได้สำหรับผู้รับการแสดงเจตนา การกำหนดเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนและแน่นอนมีความสำคัญ<sup>94</sup> ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>95</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่วางหลักถึงความชัดเจนแน่นอนของคำสั่งทางปกครอง อันมีความหมายว่า มาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดหรือระบุไว้ในคำสั่งทางปกครองจะต้องชัดเจนอย่างไม่มีข้อสงสัย<sup>96</sup> การพิจารณาความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองต้องคำนึงถึงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ ไม่ใช่พิจารณาจากความรู้สึกของผู้ออกคำสั่ง<sup>97</sup> ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงต้องออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาชัดเจนที่ผู้รับคำสั่งหรือบุคคลที่สามอ่านแล้วสามารถเข้าใจได้ว่า ฝ่ายปกครองมุ่งประสงค์ของคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างไร หากคำสั่งทางปกครองใดไม่อาจเข้าใจได้ว่าฝ่ายปกครองมุ่งประสงค์ต่อสิ่งใดแล้ว ย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นบกพร่องอย่างรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ

### 3.3.2 รูปแบบและขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง

การพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง นอกจากการพิจารณาถึงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาถึงรูปแบบวิธีการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองประกอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หลักเกณฑ์ของรูปแบบ วิธีการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่งเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น การให้เหตุผลหลักความเป็นกลาง การเปิดโอกาสให้อีกฝ่ายรับฟัง และอีกประการก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองอยู่ในสภาพหรือฐานะที่จะพิจารณาสั่งการได้ดี เช่น การกำหนดหน้าที่ให้ต้องหารือ หรือขอความเห็นชอบจาก

<sup>93</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 142/2547 การใช้ดุลพินิจในกรณีดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>94</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 192.

<sup>95</sup> มาตรา 34 คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้

<sup>96</sup> เพ็ญศรี วงศ์เสรี. (2547). บันทึก เรื่อง การให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 4 (3), หน้า 96.

<sup>97</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 193.

หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อันเป็นผลให้ฝ่ายปกครองสามารถสั่งการโดยรู้ข้อเท็จจริงและตัดสินใจได้อย่างรอบครอบและเกิดผลที่ดีแก่ประชาชน<sup>98</sup>

โดยปกติแล้วการที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง ย่อมมีผลทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในทำนองเดียวกับความบกพร่องหรือผิดพลาดในทางเนื้อหา แต่อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของความบกพร่องในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นอย่างอื่น เช่น กรณีคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่หรือฝ่ายปกครองไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง แม้จะถือว่าคำสั่งทางปกครองมีความบกพร่อง แต่ความบกพร่องดังกล่าวก็ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง กฎหมายกำหนดเพียงแต่ให้ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งขยายออกไปเป็นหนึ่งปีเท่านั้น ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 40<sup>99</sup>

คำสั่งทางปกครองมีลักษณะของการบังคับให้บุคคลกระทำการ ห้ามมิให้บุคคลกระทำการ การอนุญาตให้บุคคลกระทำการหรือเว้นกระทำการ หรือรับรองสิทธิ หน้าที่หรือสถานะของบุคคล หรือรับรองสถานะของทรัพย์สิน ส่วนรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง มีลักษณะหรืออาการที่ข้อความเหล่านี้ปรากฏให้ผู้ที่เกี่ยวข้องรับรู้ ดังนั้น รูปแบบของคำสั่งทางปกครองจึงมีลักษณะเดียวกันกับแบบของนิติกรรมในกฎหมายเอกชนนั่นเอง<sup>100</sup>

การใช้อำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองเพื่อปฏิบัติภารกิจที่มีอยู่อย่างหลากหลาย ฝ่ายปกครองจึงมีรูปแบบในการทำคำสั่งทางปกครองในหลายลักษณะ ดังบทบัญญัติใน มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกรณีที่วางหลักถึงความชัดเจนแน่นอนของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่สื่อความหมายในรูปแบบอื่น จึงแบ่งลักษณะของแบบได้ 3 ลักษณะ คือ

<sup>98</sup> ฤทัย หงส์สิริ. (2540). *นิติกรรมทางปกครอง*. หนังสือคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 285.

<sup>99</sup> มาตรา 40 คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ให้ระบุนกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งดังกล่าวไว้ด้วย

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่ง แต่ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่และระยะเวลาดังกล่าวมีระยะเวลาสั้นกว่าหนึ่งปี ให้ขยาย เป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง

<sup>100</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ถ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 98.



(1) แบบที่ทำด้วยวาจา เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองเลือกจัดทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 35<sup>101</sup> หากผู้รับคำสั่งร้องขอภายใน 7 วันนับแต่วันที่มีคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่จะต้องออกหนังสือยืนยันคำสั่งทางปกครองของตนให้ เป็นการจัดทำหนังสือเพื่อยืนยันคำสั่งที่ออกโดยวาจานั้น ว่าคำสั่งด้วยวาจาที่เจ้าหน้าที่ได้ทำไปก่อนนั้นมีเนื้อหาของคำสั่งอย่างไร และมีเหตุผลอย่างไร กรณีมิใช่การออกคำสั่งใหม่เป็นหนังสือและต้องนับผลทางกฎหมายใหม่แต่อย่างใด ซึ่งผลของคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมเกิดตั้งแต่วันที่ได้มีคำสั่งด้วยวาจา การร้องขอให้ออกหนังสือยืนยันนี้ย่อมเป็นหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องจัดทำให้ หากผู้รับคำสั่งร้องขอโดยมีเหตุอันสมควรและร้องขอภายใน 7 วัน

กรณีมีเหตุอันสมควรมัน หมายความว่า มิใช่การขอโดยไร้สาระ แต่หากผู้ขอต้องการใช้ประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ก็ถือได้ว่ามีเหตุอันควรแล้ว เช่น จะเอาไปปรึกษาทนายความว่าจะอุทธรณ์หรือโต้แย้งหรือไม่ หรือจะนำไปใช้อ้างกับบุคคลอื่นว่าตนมีภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้นอย่างไร เป็นต้น เมื่อมีกำหนดเวลาขึ้นคำขอให้ออกหนังสือยืนยันตามมาตรา 35 นั้น ย่อมมีผลเท่ากับว่าหากพ้นกำหนดนั้นแล้ว ฝ่ายปกครองไม่มีหน้าที่ต้องทำหนังสือยืนยันให้อีก อย่างไรก็ตาม การมีคำสั่งด้วยวาจานั้น โดยสภาพจะขาดความชัดเจน หากหลักฐานพิสูจน์ไม่ได้ ฝ่ายปกครองจึงควรทำคำสั่งทางเป็นหนังสือมากกว่า เว้นแต่ในกรณีเร่งด่วน เช่น คำสั่งของฝ่ายปกครองในการจราจร เป็นต้น โดยการออกคำสั่งด้วยวาจาปกติต้องกระทำในกรณีเร่งด่วนและมีได้มีสิ่งใดเป็นหลักฐาน นอกจากบางครั้งอาจมีพยานบุคคลบ้างเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 37 วรรคหนึ่ง (4) จึงยกเว้นให้ไม่ต้องระบุเหตุผลไว้ด้วย แต่หากผู้รับคำสั่งขอให้ยืนยันคำสั่งนั้นเป็นหนังสือเมื่อใด เมื่อนั้นก็ต้องให้เหตุผลไว้ในหนังสือยืนยัน

(2) แบบที่ทำเป็นหนังสือ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองเลือกจัดทำคำสั่งทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษร ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 36<sup>102</sup> และคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย ตามมาตรา 37<sup>103</sup>

<sup>101</sup> มาตรา 35 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งด้วยวาจา ถ้าผู้รับคำสั่งนั้นร้องขอและการร้องขอได้กระทำโดยมีเหตุอันสมควรภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่มีคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องยืนยันคำสั่งนั้นเป็นหนังสือ

<sup>102</sup> มาตรา 36 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสืออย่างน้อยต้องระบุวัน เดือน และปีที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งมีลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น

<sup>103</sup> มาตรา 37 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

- (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ
- (2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง
- (3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

คำสั่งเป็นหนังสือตามมาตรา 36 ดังกล่าว กำหนดให้ระบุ 3 รายการ ดังต่อไปนี้<sup>104</sup>

รายการที่หนึ่ง คือ วันเดือนปีที่ทำคำสั่ง การมีวันเดือนปีมีความหมายเพื่อการใช้อ้างอิงในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่เท่านั้น ซึ่งหากเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาครบถ้วนอยู่แล้วให้ผู้รับคำสั่งปฏิบัติเช่นใดและเมื่อใด การมีวันเดือนปีก็แทบจะมีความหมายที่น้อยมาก

รายการที่สอง คือ ชื่อและตำแหน่งของฝ่ายปกครอง เป็นกรณีที่ทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถทราบความเป็นมาว่า เจ้าของคำสั่งหรือผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นใคร และผู้รับคำสั่งจะต้องโต้แย้งคำสั่งกับใคร แต่บางกรณีก็รู้กันอยู่โดยทั่วไปแล้ว เช่น ผู้ไปยื่นคำขอคัดสำเนาทะเบียนบ้าน ผู้ยื่นคำขอรู้อยู่แล้วว่ายื่นต่อใครและตนต้องการอะไร การระบุชื่อตำแหน่งจึงไม่จำเป็นก็ได้

รายการที่สาม คือ ลายมือชื่อของฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่ง เป็นกรณีที่แสดงถึงความจริงจังและเป็นทางการมากขึ้นเท่านั้นว่าไม่มีการปลอมแปลง ซึ่งบางกรณีก็ไม่จำเป็นต้องเป็นต้องมีลายมือชื่อของฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งก็ได้ เช่น การสอดตัวโดยสารรถขนส่งมวลชน เข้าไปในเครื่องตรวจตัว เมื่อเครื่องตรวจเห็นว่าถูกต้อง ก็จะมีการประทับตราแสดงการให้ผ่าน

อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการสะดวกแก่การใช้กฎหมาย จึงมีมาตรา 38<sup>105</sup> กำหนดให้ยกเว้นรายการต่าง ๆ รายการหนึ่งรายการใดหรือทั้งสามรายการก็ได้ โดยการออกเป็นกฎกระทรวงยกเว้น ซึ่งจะทำให้สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ในรายละเอียดได้อีกมาก เพื่อให้เหมาะสมแก่กรณี

(3) แบบอื่น ๆ เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองสื่อความหมายหรือแสดงออกมาโดยวิธีการอื่นใด

---

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้ คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

- (1) เป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น
- (2) เหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก
- (3) เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32
- (4) เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วนแต่ต้องให้เหตุผล เป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

<sup>104</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 194-195.

<sup>105</sup> มาตรา 38 บทบัญญัติตามมาตรา 36 และมาตรา 37 วรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

นอกจากหนังสือหรือวาทก็ได้ เช่น เครื่องหมายจราจรซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏให้ผู้รับคำสั่งรับรู้ในรูปของสัญญาณ<sup>106</sup> เป็นต้น ถ้าการสื่อความหมายนั้นมีความชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ตามเงื่อนไขของมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองก็ไม่ได้มีดุลพินิจที่จะเลือกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งดังกล่าวข้างต้นได้เองตามแต่จะเห็นสมควร คำสั่งทางปกครองจะทำในรูปแบบใดคงต้องเป็นไปตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจที่จะทำได้ คำสั่งทางปกครองที่ทำในรูปแบบอื่นนอกเหนือจากรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 3.3.2.1 อำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>107</sup> กำหนดว่าการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น และคำว่า เจ้าหน้าที่ หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม<sup>108</sup> ดังนั้น การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

<sup>106</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 56/2555 เมื่อข้อเท็จจริงตามคำฟ้องในคดีนี้คาบตำรวจมะเกลือ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดจำเลยที่ 4 ในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ควบคุมการจราจรบริเวณจุดกลับรถซึ่งเป็นจุดทางแยกเข้าถนนบูรินทร์บนถนนมิตรภาพ ได้ออกคำสั่งปิดกั้นการจราจรเพื่อให้ขบวนของมกุฎราชกุมารแห่งประเทศไทยในเสด็จผ่านไปก่อน ขบวนเสด็จได้ผ่านจุดดังกล่าวไปแล้วแต่ยังไม่สิ้นสุดขบวน คาบตำรวจมะเกลือได้ให้สัญญาณนกหวีดและสัญญาณมืออันเป็นสัญญาณจราจรตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 เพื่อสื่อความหมายให้ผู้ขับขี่ปฏิบัติตาม และมีผลให้ผู้ขับขี่ที่ได้รับสัญญาณในบริเวณดังกล่าวมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามการให้สัญญาณจราจรดังกล่าว จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ อันเป็นคำสั่งทางปกครอง เมื่อมูลละเมิดอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครอง กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง สำหรับคดีในส่วนจำเลยที่ 1 ถึงที่ 3 แม้จะมีชื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เมื่อมูลเหตุในการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมีคำขอให้ศาลพิพากษาให้จำเลยทั้งสี่ร่วมกันหรือแทนกันชดเชยค่าเสียหาย ข้อพิพาทในคดีจึงมีมูลความแห่งคดีเป็นเรื่องเดียวกัน จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองเช่นเดียวกัน

<sup>107</sup> มาตรา 12 คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

<sup>108</sup> มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

จึงต้องพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้เป็นระบบเสียก่อน

### 3.3.2.2 ขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง

การใดที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ออกคำสั่งทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองเพื่อมาใช้บังคับกับผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น เหตุที่กฎหมายต้องกำหนดขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นก็เพื่อประกันความเป็นธรรมให้แก่เอกชนที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง อีกทั้ง ก็เพื่อเป็นการประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครองอันยังผลเป็นการเพิ่มพูนประสิทธิภาพของการบริหารราชการแผ่นดินอีกด้วย เช่นนี้แล้ว การที่ฝ่ายปกครองจะอาศัยอำนาจของกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองใดมาใช้บังคับ ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ อันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ถูกต้องครบถ้วน คำสั่งทางปกครองใดที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ อันเป็นสาระสำคัญแล้ว ย่อมส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์<sup>109</sup>

ขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่สำคัญ ๆ ประกอบไปด้วยขั้นตอนดังนี้

(1) ขั้นตอนการริเริ่มใช้อำนาจ การที่ฝ่ายปกครองจะริเริ่มใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ นั้น อาจเกิดขึ้นได้สองลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะที่หนึ่ง เป็นการริเริ่มใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เองโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใคร่ขอ และลักษณะที่สอง เป็นการที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะเริ่มใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีรอให้มีผู้ยื่นคำขอหรือรอให้เจ้าหน้าที่เสนอแนะหรือนำเสนอเสียก่อนจึงจะออกคำสั่งทางปกครองได้<sup>110</sup>

โดยหลักทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะเริ่มพิจารณาเรื่องในทางปกครองหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักการเริ่มกระบวนการพิจารณาตามดุลพินิจ (Opportunitätsprinzip)<sup>111</sup> แต่ก็อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การริเริ่มออกคำสั่งทางปกครองจะ

---

คำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

๑๓๑

๑๓๑

<sup>109</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18, หน้า 79.

<sup>110</sup> Pierre Delvolvé, (1993). *L'Acte administrative*. Paris. Sirey, pp. 155-157.

<sup>111</sup> วรเจตต์ ภาศิริรัตน์, (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 51.

กระทำได้อีกก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอจากเอกชน หรือมีการเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายอื่นเสียก่อน ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่จะต้องมีคำขอของเอกชนเสียก่อนองค์กรเจ้าหน้าที่จึงจะสามารถเริ่มพิจารณาทางปกครองได้นั้น ส่วนใหญ่จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น การอนุญาตให้กระทำการต่าง ๆ เป็นต้นว่า ใบอนุญาตก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคาร ใบอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในราชอาณาจักร นอกจากนี้ในบางกรณีกฎหมายยังกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะสามารถริเริ่มในการพิจารณาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่อื่น ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งถอนสัญชาติ

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองตามตัวอย่างข้างต้นมาใช้บังคับ โดยไม่มีคำร้องขอจากเอกชนหรือคำเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรที่มีอำนาจสามารถเพิกถอนได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกไปโดยไม่มีคำร้องขอจากเอกชนนั้น หากฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการยื่นขอของเอกชนในภายหลังก็ถือว่าความบกพร่องนั้นหมดไป และมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์<sup>112</sup>

(2) ขั้นตอนการพิจารณา เมื่อผ่านขั้นตอนการริเริ่มใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าสู่กระบวนการขั้นตอนการพิจารณา ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

<sup>112</sup> มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมี ผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผล เป็นไปตามคำสั่งเดิม ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้หรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือ ตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกรณีนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่มิได้ตั้งมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ตั้งก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไป คู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น

ก. การอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบให้ออกคำสั่งทางปกครองหรือการปรึกษาหารือในการออกคำสั่งทางปกครองบางประเภท กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีการปรึกษาหารือเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก่อนจึงจะออกเป็นคำสั่งทางปกครอง อันถือเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองที่เกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ทางมหาชน และเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง<sup>113</sup>

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยที่ยังไม่ได้มีการปรึกษาหารือ หรือยังไม่ได้รับอนุมัติหรือความเห็นชอบ หรือได้รับอนุมัติหรือความเห็นชอบแล้ว แต่การอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบนั้นทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์

ข. การรับฟังคู่กรณีหรือการรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองเป็นขั้นตอนที่เปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านั้นเข้าไปมีส่วนร่วมในการเตรียมการและการดำเนินการของฝ่ายปกครอง เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองที่มีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตน เพื่อปกป้องสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมนั้น โดยการโต้แย้งหรือแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ การรับฟังคู่กรณี เป็นหลักกฎหมายที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองให้คู่กรณีทราบ และให้บุคคลดังกล่าวมี โอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้นและมี โอกาสแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ ซึ่งในประเทศไทยก็มีกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองหลายฉบับ บังคับให้ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของคู่กรณีต้องรับฟังคู่กรณีก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>114</sup>

<sup>113</sup> เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 53.

<sup>114</sup> มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสดังต่อไปนี้  
ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

- (1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วน หากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วจะพบว่า กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องรับฟังคู่กรณีในกรณี คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี เช่น คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คู่กรณีต้องกระทำการ ละเว้นกระทำการ คำสั่งทางปกครองที่เป็นการตัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิของคู่กรณี คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระ หรือแม้แต่คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี แต่ต่อมาถูกยกเลิกเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิของคู่กรณีให้แย้ง<sup>115</sup>

คำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิของคู่กรณีเป็นคำสั่งที่กระทบต่อประโยชน์ได้เสียของบุคคล แม้จะไม่ทำให้บุคคลนั้นสูญเสียสิทธิ แต่บุคคลนั้นก็ไม่ได้สิทธิที่เขาต้องการ เช่นนี้ คำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธสิทธิของคู่กรณี เช่น คำสั่งไม่ออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร หรือปฏิเสธการให้ประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น ปฏิเสธการผ่อนผันการตั้งหาบเร่แผงลอยบนทางเท้า ก็ต้องถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณีที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งด้วย<sup>116</sup>

ค. การให้ความเห็นชอบ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อนจึงจะออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ โดยอาจจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความสำคัญ หรือมีความสลับซับซ้อน เช่น การพิจารณาคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนสูง การแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง การออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการหรือรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถถูกแก้ไขเยียวยาให้กลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้หากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง แล้วปรากฏว่าฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบ

- (2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป
- (3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง
- (4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้
- (5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง
- (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์

สาธารณะ

<sup>115</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 62.

<sup>116</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 172.

หากฝ่ายปกครองได้ขอความเห็นชอบในภายหลัง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบ<sup>117</sup>

### 3.4 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความชอบด้วยกฎหมายหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นสิ่งที่มีความเชื่อมโยงกับเรื่องเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ส่วนความมีผลในทางกฎหมายหรือความไม่มีผลในทางกฎหมายเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลในทางกฎหมาย ที่ฝ่ายปกครองประสงค์จะให้เกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ หากพิจารณาในทางทฤษฎีแล้วความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในส่วนขององค์ประกอบ ส่วนความมีผลหรือไม่มีผลในทางกฎหมายเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในส่วนผลในทางกฎหมาย ในระบบกฎหมายเอกชนกรณีที่บุคคลกระทำการอันมุ่งต่อผลในทางกฎหมายโดยฝ่าฝืนกฎหมาย นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ แต่ในระบบกฎหมายปกครอง ไม่สามารถนำมาใช้ได้โดยเสมอไป การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายที่ฝ่าฝืนกฎหมาย อาจมีผลในทางกฎหมายดังที่ฝ่ายปกครองต้องการก็ได้ การที่คำสั่งทางปกครองออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องเสมอไปที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องไม่มีผลในทางกฎหมายหรือเป็นโมฆะ แม้จะสรุปได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมาย แต่ในทางกลับกันก็ไม่อาจสรุปได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ เช่นนี้ ต้องถือว่าเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดขึ้นตามหลักทฤษฎีกฎหมายปกครอง<sup>118</sup>

#### 3.4.1 ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ระบบกฎหมายปกครองของไทยได้กำหนดผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้หลายลักษณะ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงของความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น โดยพิจารณาลักษณะของผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังนี้

<sup>117</sup> มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

๑๓๑

๑๓๑

( 4 ) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

๑๓๑

๑๓๑

<sup>118</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ถ้อยแถลงเชิงอรรถที่ 24. หน้า 198.



3.4.1.1 คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความผิดพลาดนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัด

เป็นคำสั่งทางปกครองที่ได้เกิดขึ้นแล้ว แต่ไม่มีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องการหรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ซึ่งแตกต่างจากการกระทำที่ไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือที่ไม่อาจถือได้ว่าเกิดขึ้น เช่น การสั่งการที่กระทำโดยบุคคลซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการสั่งการที่แม้จะเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ไม่ได้มีการแจ้งการสั่งการนั้น ไปยังบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง จึงยังไม่ถือว่าคำสั่งนั้นเกิดขึ้นและมีผลในทางกฎหมาย<sup>119</sup>

3.4.1.2 คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ถึงขนาดรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด

เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะอาจถูกเพิกถอนได้ ถึงแม้ว่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอน<sup>120</sup>

3.4.1.3 คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ

คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะดังกล่าว แม้ว่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวในภายหลังตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ก็ไม่ถือว่ามีความบกพร่องเพราะเหตุดังกล่าวอีกต่อไป หรือกล่าวได้ว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะนำความบกพร่องดังกล่าวมาอ้างว่า คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ และข้อกล่าวอ้างที่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องจากเหตุดังกล่าวย่อมตกไป เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้เปิดโอกาสให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้ง ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง แต่หากต่อมาได้มีการแก้ไขเยียวยาให้คู่กรณีได้

<sup>119</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี. (2564). *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 318.

<sup>120</sup> มาตรา 42 คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้รับคำสั่งนั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ซึ่งไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นสุดลงโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่น

เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลง ให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้น เนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ให้ ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นสุดของ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งในภายหลัง เช่นนี้ก็ไม่ถือว่ามีความบกพร่องเพราะเหตุดังกล่าว อีกต่อไปตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

3.4.1.4 คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กำหนดไว้ ถ้ารูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการนั้นมีได้เป็นสาระสำคัญ ก็ไม่ส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะดังกล่าวย่อมไม่อาจถูกเพิกถอนเพราะเหตุดังกล่าวได้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)<sup>121</sup> ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)<sup>122</sup>

3.4.1.5 คำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดพลาดเล็กน้อย

คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะดังกล่าวที่ฝ่ายปกครองอาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมือนนั้น แม้จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องอยู่บ้าง แต่ก็ยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>123</sup>

<sup>121</sup> มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

๑๓๑

๑๓๑

<sup>122</sup> มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ให้อำนาจศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่ออกมากโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้น

๑๓๑

๑๓๑

<sup>123</sup> มาตรา 43 คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดพลาดเล็กน้อยนั้นเจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองตามวรรคหนึ่งให้แจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบตามควรแก่กรณี ในการนี้ เจ้าหน้าที่อาจเรียกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องจัดส่งคำสั่งทางปกครอง เอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทาง ปกครองดังกล่าวมาเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมได้

ในกรณีมีคำสั่งทางปกครองออกมาแล้ว ถ้าคำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อผิดพลาดไม่ตรงกับเจตนาแท้จริงของฝ่ายปกครองในรายละเอียดเล็กน้อย ก็อาจแก้ไขได้ เช่น พิมพ์ผิด นับตัวเลขผิด อ้างชื่อบุคคลผิด ไม่ได้ลงชื่อรับรองความถูกต้อง เป็นต้น อันเห็นได้ชัดเจนในตัวเอง หากพิจารณาในรายละเอียดแล้ว ฝ่ายปกครองมิได้มุ่งประสงค์ในข้อผิดพลาดนั้น หากไม่มีลักษณะเป็นข้อบกพร่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องในการออกคำสั่งอาจแก้ไขได้เสมอ แต่หากมีลักษณะที่บกพร่องถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์ ก็ต้องแก้ไขโดยการเพิกถอนหรือขอให้พิจารณาใหม่หรือขอให้กระบวนยุติธรรมทางปกครองแก้ไขเยียวยาให้<sup>124</sup>

3.4.1.6 คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองไม่ได้จัดแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้น

คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะดังกล่าว แม้ว่าจะมีความบกพร่อง แต่ความบกพร่องก็ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดแต่เพียงว่าให้ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งขยายออกไปเป็นหนึ่งปี หากไม่มีการตามไปหลังจากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว

### 3.4.2 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์อาจเป็นเพราะบกพร่องในรูปแบบหรือวิธีพิจารณาหรือไม่สมบูรณ์ในเนื้อหาก็ได้ ความบกพร่องในเรื่องที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือสำคัญน้อยจะไม่ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และยังคงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์ กล่าวคือยังคงใช้บังคับได้ตามปกติ แต่เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้ ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำแนกได้ 2 ประเภท คือ

#### 3.4.2.1 คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ

เป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรง และความผิดพลาดนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด ซึ่งเสียเปล่าไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น คำสั่งทางปกครองใดที่เป็นโมฆะจะมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันทำคำสั่งทางปกครองนั้นเสมอ ไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองมีหลายสาเหตุตามความเห็นของนักวิชาการในประเทศไทย อาทิ<sup>125</sup>

(1) คำสั่งทางปกครองที่ได้ออกมาเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏในหนังสือนั้นว่าหน่วยงานใดเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

<sup>124</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12, หน้า 286.

<sup>125</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, หน้า 202.

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนด

(3) คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการที่ไม่อาจปฏิบัติได้จริง

(4) คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและส่งผลให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้รับโทษในทางอาญา

(5) คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

การที่คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ ผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ หากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล หากปรากฏว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ศาลปกครองก็อาจหยิบยกความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวขึ้นพิจารณาได้เองและพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้<sup>126</sup>

3.4.2.2 คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง แต่ไม่ถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ

ความบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เนื่องด้วยคำสั่งทางปกครองนั้นมีลักษณะที่มีผลในทางกฎหมายโดยไม่ขึ้นอยู่กับความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ แม้คำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อฝ่ายปกครองได้แจ้งคำสั่งดังกล่าวไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครอง เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับคำสั่งก็สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อฝ่ายปกครองที่มีอำนาจพิจารณาต่อไป อย่างไรก็ตาม ผู้รับคำสั่งไม่สามารถปฏิเสธการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้

### 3.5 การแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบตามที่กฎหมายกำหนด

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในระบบกฎหมายปกครอง การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไปก้าวล่วงกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจำต้องยึดหลักการนี้ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ และหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย อันเป็นหลักการที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในบ้านเมือง การกระทำใดที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่ใช้บังคับ การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และส่งผลถึงความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครอง

<sup>126</sup> วรเจตต์ ภาศิริรัตน์. ก้าวแล้วเชิงอรรถที่ 24. หน้า 168.

คำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง คำสั่งทางปกครองใดที่ออกไปโดยขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง และความบกพร่องนั้นส่งผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองใดที่ออกไปโดยขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางขั้นตอน วิธีการ หรือรูปแบบ ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นอาจส่งผลต่อคำสั่งทางปกครองในระดับที่แตกต่างกัน

การฝ่าฝืนวิธีพิจารณาที่สำคัญอาจทำให้อาจทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์ แต่ขณะเดียวกัน กฎหมายเปิดช่องให้แก้ไขข้อบกพร่องในวิธีพิจารณาได้ หากฝ่ายปกครองประสงค์เช่นนั้น เพราะเป็นเพียงขั้นตอนในวิธีการทำคำสั่งทางปกครอง มิใช่เนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อมิให้ศาลปกครองต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะเหตุบกพร่องในวิธีพิจารณาเพื่อให้ดำเนินการใหม่เพียงคนเดียว อันจะเป็นการสร้างภาระให้แก่ระบบปกครองมากเกินไปในเมื่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นความบกพร่องในเนื้อหา ก็ต้องแก้ไขโดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ทำไปแล้ว<sup>127</sup>

### 3.5.1 ขอบเขตของการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด วางหลักอยู่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 ดังนี้

มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

<sup>127</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ่างแก้วเชิงอรุณที่ 12. หน้า 275.

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครอง ประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิม ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ใน หรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือ ตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของ คำสั่งทางปกครองนั้น

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า มาตรา 41 เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่ง ทางปกครองที่กระทำผิดกระบวนการหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ซึ่งได้มีการแก้ไขเยียวยาใน ภายหลัง โดยเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองยังต้องเป็นเช่นเดิม ฝ่ายปกครองจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหา ของคำสั่งทางปกครองไม่ได้ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีความประสงค์จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของ คำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมก่อน แล้วทำคำสั่งทางปกครองที่มี เนื้อหาใหม่มาเท่านั้น

### 3.5.2 การแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนการฟ้องคดี

เมื่อฝ่ายปกครองไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ข้อบกพร่องบางประการที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเยียวยาได้ก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การ พิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น หรือก่อนการฟ้องคดี มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดกรณีที่สามสามารถแก้ไข เยียวยาได้ไว้ แต่อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่า ควรพิจารณาถึงสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองประกอบด้วย ดังนี้

#### 3.5.2.1 การแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่เป็นสาระสำคัญ

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ หากมีการโต้แย้งความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวต่อศาลปกครอง ศาลปกครองจะพิจารณา เป็นกรณี ๆ ว่า ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดนั้น เป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ หรือไม่ โดยแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในหลายคดีได้วินิจฉัยว่า เมื่อกฎหมายหรือระเบียบ ระบุขั้นตอนหรือวิธีการไว้เพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง และ ขั้นตอนดังกล่าวมีผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนนั้นถือเป็นสาระสำคัญ เช่น ขั้นตอนการส่ง สำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบถือเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ในการออกคำสั่งให้ชดใช้เงินตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด พ.ศ. 2539 โดย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่กฎหมายหรือระเบียบระบุขั้นตอนหรือวิธีการไว้เพื่อเป็น

หลักประกันแก่ผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง หากขั้นตอนดังกล่าวมีผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนนั้นถือเป็นสาระสำคัญ หากผู้ออกคำสั่งไม่ปฏิบัติตาม คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุที่กระทำผิดขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ<sup>128</sup>

กรณีที่ขั้นตอนหรือวิธีการเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลแล้ว ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นย่อมเป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ โดยมีเกณฑ์การพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยถือเอาการดำเนินการก่อนออกคำสั่งทางปกครองเป็นเกณฑ์ แม้จะดำเนินการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ก็ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา โดยมีแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เหตุผลที่ให้ไว้ในคำสั่งห้ามใช้อาคารพิพาทไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่ทำให้เห็นว่า อาคารมีสภาพที่อาจเป็นอันตรายตามข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งห้ามใช้อาคารพิพาทอย่างไร ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการให้เหตุผล โดยไม่มีการวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี<sup>129</sup>

<sup>128</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 157/2558 วินิจฉัยว่า โดยที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีกรณีนี้ได้กำหนดขั้นตอนสุดท้ายก่อนออกคำสั่งทางปกครองไว้ว่า ให้ส่วนราชการส่งสำนวนการสอบสวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชุดใช้เงิน อันเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยข้ามขั้นตอนตามที่ระบุไว้ในข้อ 17 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>129</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 36/2547 วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (นายกเทศมนตรี) ออกคำสั่งเป็นหนังสือห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดีใช้อาคารพิพาทและให้รื้ออาคารพิพาทอันเป็นคำสั่งทางปกครอง ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งดังกล่าวจึงต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย โดยเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนการใช้ดุลพินิจตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่เหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้ไว้ในคำสั่งห้ามใช้อาคารพิพาท คือ “อาคารพิพาทอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย ชีวิต ทรัพย์สินตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522” โดยไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญให้เห็นว่า อาคารมีสภาพที่อาจเป็นอันตรายตามข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งห้ามใช้อาคารพิพาทอย่างไร และเหตุผลที่ใช้ในการออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารพิพาทคือ “เจ้าของอาคารไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นและการกระทำนั้นไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ” ก็ไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าอาคารที่พิพาทมีลักษณะเช่นไรจึงไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ตามข้อเท็จจริงและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารพิพาท ดังนั้น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ในมาตรา 37 สำหรับการกระทำนั้น

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการให้ความเห็นชอบของหน่วยงานทางปกครองอื่น ก่อนออกคำสั่ง ศาลจะถือว่าขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออก โดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย เช่น ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 187/2550 วินิจฉัยว่า กรณีการผ่อนผันให้ ผู้ประกอบการค้าขายสามารถขายสินค้า โดยไม่ปรากฏว่ามีการให้ความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจรรยา ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535<sup>130</sup>

ในกรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการ ศาลปกครองจะมีความ เกร็งครัดกับขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างมาก ยกตัวอย่างตามคำพิพากษาศาล ปกครองสูงสุดที่ อ. 293/2550<sup>131</sup> จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองข้างต้น ผู้วิจัยจึงกล่าวโดยสรุปได้ ว่า ระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้น เมื่อมีขั้นตอนหรือวิธีการบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายแล้ว ย่อมเป็น

<sup>130</sup> มาตรา 20 ห้ามมิให้ผู้ใด

(1) ปรุงอาหาร ขายหรือจำหน่ายสินค้าบนถนน หรือในสถานสาธารณะ

(2) ใช้รถยนต์หรือล้อเลื่อนเป็นที่ปรุงอาหารเพื่อขายหรือจำหน่ายให้แก่ประชาชนบนถนนหรือในสถาน สาธารณะ

(3) ขายหรือจำหน่ายสินค้าซึ่งบรรทุกบนรถยนต์ รถจักรยานยนต์หรือล้อเลื่อน บนถนนหรือในสถาน สาธารณะ

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับแก่การปรุงอาหารหรือการขายสินค้าตาม (1) หรือ (2) ในถนนส่วน บุคคลหรือในบริเวณที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ประกาศผ่อนผันให้กระทำได้ในระหว่างวัน เวลาที่กำหนดด้วยความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจรรยา

<sup>131</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 293/2550 วินิจฉัยว่า การแจ้งข้อกล่าวหาความผิดทางวินัยของ คณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงตามมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ประกอบมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยศาลปกครองวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีต้องทราบก่อนว่าขณะนั้นตนถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย โดยในการแจ้งข้อกล่าวหาอย่างน้อยที่สุดต้อง ระบุพฤติการณ์การกระทำของผู้ฟ้องคดีซึ่งเข้าข่ายเป็นความผิดวินัยให้พอเข้าใจ ซึ่งการที่คณะกรรมการสืบสวน ข้อเท็จจริงได้สอบปากคำผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีแก้ข้อกล่าวหาในเรื่องที่ถูกกลั่นแกล้ง แต่ไม่ปรากฏข้อความว่า คณะกรรมการได้มีการแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่าได้กระทำการอันเป็นความผิดวินัยอย่างไรบ้าง จึงถือไม่ได้ว่ามีการ การแจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ฟ้องคดีแล้ว ส่วนหนังสือที่รายงานพฤติกรรมการไม่เหมาะสมที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตให้คัด สำเนาไป และคณะกรรมการได้อ้างถึงการสอบปากคำผู้ฟ้องคดีตามบันทึกถ้อยคำก็ไม่ใช่การกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดี กระทำผิดวินัยเป็นแต่เพียงการสอบปากคำในฐานะพยานเท่านั้น โดยไม่ได้มีการแจ้งข้อกล่าวหา คำสั่งที่ลงโทษ ภาควัตถ์ผู้ฟ้องคดี จึงไม่ถูกต้องตามขั้นหรือวิธีการอันเป็น สาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับกรกระทำนั้น คำสั่งลงโทษดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยในคดีนี้ศาลปกครองไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีแต่อย่างใด



ข้อพิจารณาเบื้องต้นประการแรกเลยว่า ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญดังกล่าวแล้ว ศาลปกครองจะวินิจฉัยว่า ฝ่ายปกครองไม่ได้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้ศาลปกครองต้องวินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยที่ยังมิได้วินิจฉัยในประเด็นของเนื้อหาแห่งคดีแต่อย่างใด

### 3.5.2.2 การแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นสาระสำคัญ

ในระบบกฎหมายปกครองของไทย แม้บทบัญญัติมาตรา 43<sup>132</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะบัญญัติเกี่ยวกับความผิดหลงเล็กน้อยก็ตาม ซึ่งในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 723/2559 ศาลปกครองก็เคยมีคำวินิจฉัยว่า คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ แต่อ้างบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง ถือเป็นข้อผิดพลาดเล็กน้อยซึ่งสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ แต่สำหรับข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญนั้น เป็นคนละกรณีกับการผิดหลงเล็กน้อย ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในส่วนนี้ว่า แม้ฝ่ายปกครองจะฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการ แต่ถ้าสิทธิเสรีภาพของบุคคลยังได้รับการคุ้มครองอยู่ ขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวก็เป็นเพียงขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ อาทิ

กรณีแม้คำสั่งที่เรียกให้ผู้ฟ้องคดีชี้แจงค่าสินไหมทดแทนจำนวนดังกล่าวจะมีข้อบกพร่องในส่วนของคุณลักษณะของคำสั่งทางปกครอง แต่เหตุบกพร่องดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่เข้าใจข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้พิจารณาวินิจฉัยในการออกคำสั่งทางปกครอง ความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวจึงไม่ใช่สาระสำคัญถึงขนาดที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วย

<sup>132</sup> มาตรา 43 คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อยนั้น เจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองตามวรรคหนึ่ง ให้แจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบตามควรแก่กรณี ในการนี้เจ้าหน้าที่อาจเรียกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องจัดส่งคำสั่งทางปกครอง เอกสาร หรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมได้

กฎหมาย<sup>133</sup> หรือในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีรับทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างเพียงพอ และได้ต่อสู้ในประเด็นต่าง ๆ แล้ว ถือได้ว่าการให้เหตุผลในคดีนี้เป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ<sup>134</sup>

กรณีที่วัตถุประสงค์ของขั้นตอนหรือวิธีการได้บรรลุเสร็จสิ้นแล้ว เนื่องจากมีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ให้ผลเช่นเดียวกันกับขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวจึงไม่เป็นสาระสำคัญ<sup>135</sup> หรือในกรณีพิพาทเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัย กรณีที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการจึงไม่เป็นสาระสำคัญที่จะส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่ง เมื่อข้อเท็จจริงมิได้ถูกนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของการลงโทษบุคคล กรณีที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการจึงไม่เป็นสาระสำคัญที่จะส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่ง<sup>136</sup>

เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากพิจารณาวัตถุประสงค์ของขั้นตอนหรือวิธีการประกอบการพิจารณาในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองแล้ว ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์หรือหลักกฎหมายที่ศาลปกครองนำมาใช้จำแนกขั้นตอน

<sup>133</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 811/2557 วินิจฉัยว่า ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อยู่บ้าง แต่เหตุบกพร่องดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่เข้าใจข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ผู้ฟ้องคดีใช้พิจารณาวินิจฉัยในการออกคำสั่งทางปกครอง อันเป็นเหตุทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวได้ ความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวจึงไม่ใช่สาระสำคัญถึงขนาดที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>134</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 464/2555 วินิจฉัยว่า ในการให้ถ้อยคำและคำชี้แจงรายละเอียดประกอบหลักฐานต่าง ๆ ของผู้ฟ้องคดีก็ได้แสดงให้เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีหลงประเด็นข้อต่อสู้ตามข้อกล่าวหาแต่อย่างใด เห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะโต้แย้งแสดงหลักฐานที่เป็นสาระสำคัญของตนได้แล้ว ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการดังกล่าวจึงยังไม่ถึงขนาดที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนี้ต้องเสียไปทั้งหมด ศาลจึงสามารถพิจารณาในเนื้อหาของคดีต่อไปได้โดยไม่เสียความเป็นธรรมแก่ฝ่ายใด

<sup>135</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อส. 7/2560 ศาลปกครองวินิจฉัยในคดีการปิดประกาศรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจะไม่ครบกำหนดระยะเวลาโดยขาดไปเพียง 1 วัน ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญถึงขนาดทำให้คำสั่งออกใบอนุญาตประกอบกิจการจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้ง เมื่อได้มีการกำหนดมาตรการป้องกันมลพิษจากการประกอบกิจการโรงงานและนำไปกำหนดเป็นเงื่อนไขการอนุญาตให้ประกอบกิจการโรงงานไว้อย่างชัดเจน ถือว่าได้คำนึงถึงผลกระทบจากสิ่งแวดล้อมและประโยชน์ของประชาชนในพื้นที่เป็นสำคัญแล้ว การใช้ดุลพินิจออกใบอนุญาตจึงชอบด้วยกฎหมาย

<sup>136</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 5/2551 วินิจฉัยว่า สำนักงานตำรวจแห่งชาติไม่ได้แจ้งข้อกล่าวหาซึ่งไม่ใช่ข้อกล่าวหา อันนำมาเป็นฐานในการพิจารณาลงโทษทางวินัย และในการออกคำสั่งลงโทษก็หาได้มีผลเปลี่ยนแปลงฐานความผิดหรือทำให้ผู้รับคำสั่งพ้นจากความรับผิดชอบทุกจริตต่อหน้าที่ราชการแต่อย่างใด คำสั่งลงโทษจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

หรือวิธีการที่สำคัญออกจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ แต่ศาลปกครองจะพิจารณาให้ความเป็นธรรมเป็นรายคดีไป

### 3.5.3 การแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

ในระบบกฎหมายปกครองไทยนั้น การแก้ไขข้อบกพร่องกรณีที่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด มีการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อฝ่ายปกครองได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องดังกล่าวแล้วจะทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีความบกพร่องกลับกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นเหตุให้ศาลต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีสาระสำคัญของการแก้ไขข้อบกพร่องตามมาตรา 41 ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอ ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองจะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาภายหลังได้มีการยื่นคำขอแล้วนั้น ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งนั้นไม่สมบูรณ์ ซึ่งกรณีนี้ใช้บังคับกับการออกคำสั่งทางปกครองโดยมีผู้ยื่นคำขอ แต่คำขอที่ยื่นมานั้นขาดตกบกพร่องไม่สมบูรณ์ เช่น เอกสารที่ยื่นประกอบคำขอไม่ครบ

ประการที่สอง การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่มีการแสดงหรือระบุเหตุผล ในกรณีที่ต้องมีการแสดงหรือระบุเหตุผลนั้น ถ้าต่อมาภายหลังได้มีการแสดงหรือระบุเหตุผล ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ รวมถึงกรณีมีการแสดงหรือระบุเหตุผลไว้ แต่เหตุผลนั้นมีสาระสำคัญไม่ครบถ้วน

ประการที่สาม การออกคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าต่อมาภายหลังได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์แล้ว ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์

ประการที่สี่ การออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบ ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นให้ความเห็นชอบในภายหลัง ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ กรณีนี้ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นอนุมัติก่อน โดยที่เจ้าหน้าที่นั้นยังไม่อนุมัติ

ทั้งนี้ หากมีการแก้ไขความบกพร่องตามหลักเกณฑ์ทั้งสี่ประการดังกล่าวข้างต้น และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว กล่าวคือ ได้กระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้นหรือกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยาก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองนั้นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ย่อมมีผลให้เหตุ

ที่ทำให้คำสั่งทางปกครองบกพร่องหมดไป และหากคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีเหตุบกพร่องเพราะเหตุประการอื่น รวมถึงมีเนื้อหาที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมาย ศาลไม่อาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้<sup>137</sup> ดังปรากฏตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในหลายคดีรับรองหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขความบกพร่องในขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง อาทิ เรื่องการให้ความเห็นชอบในภายหลัง กรณีการออกคำสั่งระงับโฆษณาอาหารของเลขาธิการอาหารและยาจะต้องได้รับความเห็นของคณะกรรมการอาหารและยาก่อน ซึ่งก็ไม่ปรากฏว่ามีความเห็นของคณะกรรมการอาหารและยาก่อน แต่ต่อมาคณะกรรมการอาหารและยาได้มีมติเห็นชอบการระงับ โฆษณาดังกล่าว กรณีจึงถือว่าคำสั่งระงับโฆษณาเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ตามมาตรา 40 ประกอบมาตรา 42 (2) แห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 และมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>138</sup>

กรณีศาลปกครองได้วินิจฉัยกำหนดขอบเขตของการแก้ไขข้อบกพร่องเอาไว้ในบางกรณี อาทิ กรณีที่ฝ่ายปกครองเปิดโอกาสรับฟังคู่กรณีแล้ว แต่คู่กรณีไม่ดำเนินการตามโอกาสเช่นว่านั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องแล้ว ในคดีที่ได้มีหนังสือบันทึกข้อความแจ้งนัดหมายให้ผู้ฟ้องคดีเข้าปรึกษาหารือ หรือแก้ไขความคับข้องใจ แต่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้มาเข้าพบวันวันที่นัดหมาย จึงถือได้ว่าได้มีการรับฟังผู้ฟ้องคดีและได้ดำเนินการก่อนสิ้นกระบวนการพิจารณาคำร้องทุกข์แล้ว อันเป็นการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ตามมาตรา 41 (3) และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>139</sup>

<sup>137</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2559). *การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 58-60.

<sup>138</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 958/2556 วินิจฉัยว่า การออกคำสั่งระงับโฆษณาอาหารของเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาจะต้องได้รับความเห็นจากคณะกรรมการอาหารและยาก่อนซึ่งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าก่อนออกคำสั่งคณะกรรมการอาหารและยาได้มีความเห็นดังกล่าว กรณีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ได้ทำตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายกำหนด แต่ต่อมาในการประชุมคณะกรรมการอาหารและยาเห็นมติเห็นชอบให้ระงับโฆษณาผลิตภัณฑ์ของบริษัท อ. กรณีจึงถือว่า คำสั่งระงับการโฆษณาชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว

<sup>139</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 376/2559 วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งใหม่ โดยให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งเจ้าพนักงานป่าไม้ ประเภทตำแหน่งทั่วไป ระดับตำแหน่งชำนาญงาน เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีมิได้มีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งประเภท วิชาการ ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนด หรือรับรองข้างต้น แต่ผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติได้รับประกาศนียบัตรวิชาการป่าไม้จากโรงเรียนป่าไม้ กรมป่าไม้ ซึ่งเป็นคุณสมบัติที่เป็น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 41 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “การแก้ไขข้อบกพร่องจะต้องดำเนินการก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น” เช่นนี้ กรณีผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องหรือองค์การตุลาการจึงไม่อาจวินิจฉัยนอกเหนือไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ไปได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้พิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยอุทธรณ์ล่าช้า จนเป็นเหตุให้บุคคลหรือผู้รับคำสั่งทางปกครองนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งนั้น ซึ่งการพิจารณาอุทธรณ์ของฝ่ายปกครองก็ยังคงดำเนินการควบคู่ไปกับการพิจารณาของศาลนั้น และฝ่ายปกครองก็ได้แก้ไขข้อบกพร่องแล้ว ศาลปกครองควรพิจารณายอมรับการแก้ไขข้อบกพร่องนั้น โดยให้เหตุผลว่าเป็นการที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องในภายหลังก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ แม้จะอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครองก็ตาม ก็ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กรณีคำสั่งไม่อนุญาตให้ซื้อ มี และใช้อาวุธปืน โดยไม่ได้ระบุเหตุผลให้ครบถ้วนซึ่งเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ แต่เมื่อได้จัดให้มีเหตุผลครบถ้วนในภายหลังก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ แม้จะอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครองก็ตาม ก็ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>140</sup>

---

คุณสมบัติเฉพาะของตำแหน่งเจ้าพนักงานป่าไม้ ตำแหน่งประเภททั่วไป ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ โดยให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งเจ้าพนักงานป่าไม้ ประเภทตำแหน่งทั่วไป จึงเป็นการออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว

<sup>140</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 638/2558 วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามหนังสือลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2553 ระบุผลการปฏิบัติไม่ครบถ้วน โดยไม่ปรากฏคำวินิจฉัยและเหตุผลของข้อเท็จจริง แต่หลังจากนั้นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้จัดให้มีเหตุผลและข้อเท็จจริงตามหนังสือลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2553 คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีฉบับหลังนี้ เป็นการจัดให้มีเหตุผลในภายหลังซึ่งสามารถกระทำได้ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีซื้อ มี และใช้อาวุธปืนยาวลูกกระบอก ขนาด .22 แบบมีศูนย์เล็ง ระบบกึ่งอัตโนมัติ จำนวน 1 กระบอก และอาวุธปืนยาวลูกซอง 5 นัด ขนาด 12 จำนวน 1 กระบอก ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีตามหนังสือ ที่ ชน 0517/1886 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2553 ไม่ใช่การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอน หรือรูปแบบ อันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยอ้างอิงข้อ 5 ของหลักการพิจารณาออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน แนบท้ายหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0501/ว 886 เรื่อง หลักการพิจารณาออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2521 ไม่ใช่การกระทำที่ไม่สุจริต หรือโดยมิชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่อง

### 3.5.4 ระยะเวลาในการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

มาตรา 41 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักเรื่องขอบเขตของระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ โดยกำหนดให้กรณีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อน คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบจากหน่วยงานที่มีหน้าที่นั้น จะต้องมีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องดังกล่าวก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ ถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าว การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็ต้องกระทำก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ส่วนกรณีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองกรณีที่ไม่ได้ยื่นคำขอก่อนนั้นจะมีลักษณะแตกต่างออกไป ซึ่งการยื่นคำขอนั้นกฎหมายมักจะกำหนดขอบเขตของระยะเวลาในการยื่นคำขอเอาไว้อยู่แล้ว ดังนั้น ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้จึงต้องกระทำก่อนที่ระยะเวลายื่นคำขอจะสิ้นสุดลง หากพ้นกำหนดขอบเขตของระยะเวลาในการยื่นคำขอแล้ว การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็ไม่สามารถทำได้อีกต่อไป แต่หากเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตระยะเวลาในการยื่นคำขอเอาไว้ การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็สามารถทำได้เช่นเดียวกับในกรณีอื่น ๆ

นอกจากเรื่องขอบเขตของระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติเอาไว้ในกฎหมายแล้ว คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองจะแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องได้ก็เป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ยังไม่มีผลบังคับผูกพัน เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับผูกพันนั้น แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจที่จะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้อีก ไม่มีความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องที่เกิดขึ้น เพราะผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นถูกผูกพันให้ต้องกระทำตามคำสั่งนั้นโดยไม่อาจโต้แย้งใด ๆ ได้อีก<sup>141</sup>

---

กระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>141</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2545). ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง. *อาจารย์บุชา รวบรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์*. กรุงเทพฯ: สมคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย. หน้า 169.

### 3.5.5 ผลของการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 เป็นการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนดอันส่งผลให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นในภายหลัง เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องดังกล่าวแล้ว ข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็จะหมดไป คำสั่งทางปกครองนั้นก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>142</sup> ดังนั้น การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาตามมาตรา 41 แล้ว จึงทำได้เพียงการโต้แย้งในประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือความชอบด้วยกฎหมายของขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบอื่นที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้เท่านั้น

นอกจากนี้ การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นคนละกรณีกับการแก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อยตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากข้อผิดพลาดหรือผิดพลาดเล็กน้อยตามมาตรา 43 ไม่ส่งผลให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อบกพร่องในขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องเป็นข้อบกพร่องที่เป็นสาระสำคัญซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 41 ที่กฎหมายกำหนดให้มีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องได้เท่านั้น

<sup>142</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 141. หน้า 170.