บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและผลของความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

2.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง

2.1.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นถ้อยคำที่ใช้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5[1] เพื่อใช้แทนการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งซึ่งเป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ทำลงไปในแดนของกฎหมายปกครอง เพื่อก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายออกไปภายนอกฝ่ายปกครองโดยมีลักษณะเป็นรูปธรรมและใช้กับบุคคลเฉพาะราย นอกจากคำว่าคำสั่งทางปกครองแล้ว ในวงการวิชาการกฎหมายไทยยังมีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า "คำสั่งทางปกครอง" คือ คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ซึ่งการใช้คำว่านิติกรรมทางปกครองมีการใช้ในความหมายที่ต่างกัน ดังนี้[2]

1) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครองและเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย โดยไม่คำนึงว่าการก่อตั้ง

---

[1] มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ ฯลฯ

"คำสั่งทางปกครอง" หมายความว่า

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

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ฯลฯ ฯลฯ

[2] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ***หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง.*** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 91.

นิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือเป็นการตกลงกับปัจเจกบุคคล ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองตามความหมายนี้ จึงหมายถึง กฎ (Rule) คำสั่งทางปกครอง (Administrative Act) และสัญญาทางปกครอง (Administrative Contract)

2) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย แต่การก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะเป็นการต้องเป็นใช้อำนาจฝ่ายเดียวเท่านั้น ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองตามความหมายนี้จึงหมายถึง กฎ และคำสั่งทางปกครอง

3) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ หมายถึง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะราย ซึ่งการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวเท่านั้น ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองตามความหมายนี้จึงหมายถึง "คำสั่งทางปกครอง"

เนื่องจากการใช้ศัพท์ทางกฎหมาย (Regal Term)ในการเรียกการกระทำทางปกครองที่เป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ทำลงไปในแดนของกฎหมายปกครอง เพื่อที่จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายออกไปภายนอกฝ่ายปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นรูปธรรมและใช้กับบุคคลเฉพาะรายยังมีความสับสนอยู่ ดังนั้น ในการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงได้มีการบัญญัติให้เรียกการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะดังกล่าวนี้ว่า "คำสั่งทางปกครอง" ซึ่งเป็นการแปลมาจากคำว่า "Verwaltungsakt" ของกฎหมายเยอรมัน[3] หากจะแปลตรงตัวตามศัพท์แล้ว Verwaltungsakt คือ การกระทำทางปกครอง[4] แต่เนื่องจากการแปล Verwaltungsakt ว่าคำสั่งทางปกครองจะทำให้ตรงความหมายที่แท้จริงของ Verwaltungsakt มากกว่า ดังนั้น จึงมีการแปล Verwaltungsakt ว่า "คำสั่งทางปกครอง"

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า "คำสั่งทางปกครอง" หมายความว่า

---

[3] ในการยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น คณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิพิจารณาทางปกครอง ได้นำเอารัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) มาเป็นแนวทางในการยกร่าง ดังนั้น บทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงมีความคล้ายคลึงกับรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน.

[4] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2538). ***กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน.*** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 22.

1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาตการอนุมัติการวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง[5]

เมื่อพิจารณาความหมายของคำสั่งทางปกครองตามที่ได้มีการบัญญัติในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วก็จะพบว่า ความหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นมีอยู่สองความหมายด้วยกัน คือ ความหมายโดยแท้ และความหมายที่ได้บัญญัติไว้ในกฎกระทรวง เหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดได้ว่าการกระทำใดเป็นคำสั่งทางทางปกครอง แม้ว่าได้มีการบัญญัติความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้แล้วก็ตาม แต่ก็อาจเกิดกรณีที่เป็นข้อถกเถียงว่าการกระทำดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพื่อให้เกิดความชัดเจนพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงมอบอำนาจให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดได้ว่าการกระทำใดบ้างที่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งปัจจุบันกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง

(1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า ให้สิทธิประโยชน์

(2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน

(4) การสั่งให้เป็นผู้ทิ้งงาน

(5) การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

2.1.2 องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง

พิเคราะห์จากความหมายของคำสั่งทางปกครองที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว สามารถแยกองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ ดังนี้

1) เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

---

[5] เหตุที่กฎหมายจึงบัญญัติเปิดทางไว้เช่นนี้ โดยให้นิยามของ "คำสั่งทางปกครอง" ก็คือข้อความที่ว่า "การใช้อำนาจตามกฎหมาย...แต่ไม่หมายความรวมถึงกฎ" ส่วนข้อความถัดมาที่ว่า "...เช่น การสั่งการ..." นั้นเป็นเพียงการให้ตัวอย่างของ "คำสั่งทางปกครอง" เพื่อผู้ใช้กฎหมายเข้าใจได้ง่ายขึ้นเท่านั้น

มาตรา 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้คำจำกัดความของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า "เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่" ดังนั้น องค์ประกอบประการแรกของคำสั่งทางปกครอง จึงหมายถึง เจ้าหน้าที่ (Official)

คำว่า เจ้าหน้าที่ นั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำจำกัดความไว้แล้วเช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ว่า "เจ้าหน้าที่" หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจ หรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความของคำว่า "เจ้าหน้าที่" ข้างต้นแล้ว "เจ้าหน้าที่" อาจจะเป็นบุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคลก็ได้ แต่เนื่องจากนิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลสมมุติในทางกฎหมาย มิได้มีชีวิตอยู่ในทางข้อเท็จจริง ดังนั้น การกระทำของนิติบุคคลจึงต้องกระทำผ่านผู้แทน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทน ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลก็ได้ ผู้ซึ่งใช้อำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองในทางข้อเท็จจริงจึงมีเพียงบุคคลธรรมดาและคณะบุคคลเท่านั้น

แม้การที่มาตรา 5 จะกำหนดไว้ว่าคำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ แต่ก็ไม่สามารถสรุปได้ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ทั้งหมดนั้นถือเป็นการออกคำสั่งทางปกครองเสมอไป การจะพิจารณาว่าการกระทำใดของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองยังต้องพิจารณาให้ครบองค์ประกอบตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าคำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เท่านั้น แสดงให้เห็นว่า หากเป็นการกระทำของเอกชนแล้ว โดยทั่วไปไม่สามารถถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่เอกชนได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจรัฐบางประการ การใช้อำนาจของเอกชนนั้นก็อาจถือเป็นคำสั่งทางปกครองได้เช่นกัน

ในกรณีที่การออกคำสั่งทางปกครองกระทำโดยบุคคลผู้ซึ่งไม่ได้เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้น แต่ได้แสดงตนว่าเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอำนาจพิจารณาในเรื่องนั้น คำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ถือว่าเป็นโมฆะ[6]

2) เป็นการใช้อำนาจปกครอง

การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐอันเป็นอำนาจมหาชนประเภทที่เป็นอำนาจปกครอง[7] การที่จะให้

---

[6] เรขจน์ วิศรุตพิชญ์. (2541). ***เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง.*** หนังสือรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 50.

[7] เรขจน์ กาศีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 102.

คำจำกัดความของอำนาจปกครองในลักษณะพรรณนานั้นทำได้ค่อนข้างยาก เนื่องจากลักษณะของงานทางปกครองมีความหลากหลาย เนื่องจากอำนาจปกครองนั้นถือว่าเป็นอำนาจรัฐประการหนึ่ง ดังนั้น การใช้อำนาจปกครองจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ มีลักษณะเป็นไปโดยอำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าบังคับเอากับเอกชนโดยที่เอกชนไม่ต้องให้ความยินยอมแต่อย่างใด เมื่อการให้คำจำกัดความของอำนาจปกครองในลักษณะพรรณนาทำได้ค่อนข้างยาก ดังนั้น การให้คำจำกัดความของอำนาจปกครองในทางปฏิเสธจึงสามารถอธิบายลักษณะของอำนาจปกครองได้ชัดเจนกว่า อำนาจปกครองนั้น คือ การใช้อำนาจรัฐที่เป็นอำนาจมหาชนที่มิใช่อำนาจในการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ (Legislative Power) อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีขององค์กรตุลาการ (Judicial Power) หรืออำนาจบริหารในลักษณะที่เป็นอำนาจรัฐบาลโดยเฉพาะ (Act of Government)[8] หากเป็นการออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจอื่นที่มิใช่อำนาจปกครอง คำสั่งนั้นย่อมมิใช่คำสั่งทางปกครอง เช่น กรณีที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรออกคำสั่งให้สภาผู้แทนราษฎรคนใดคนหนึ่งหยุดการอภิปราย กรณีนี้ ประธานสภาผู้แทนราษฎรอาศัยอำนาจตามข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร อันเป็นการใช้อำนาจดำเนินการประชุมให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ไม่ได้อาศัยอำนาจปกครองแต่อย่างใด

การใช้อำนาจปกครองเป็นการใช้อำนาจรัฐอย่างหนึ่ง ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ได้กระทำลงในแดนของกฎหมายเอกชน (Private Law) เช่น การบอกเลิกสัญญาเช่า จึงไม่อาจถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองได้เพราะไม่มีลักษณะของการใช้อำนาจฝ่ายเดียวเหนือกว่าบังคับเอากับเอกชนแต่อย่างใด และเนื่องจากการใช้อำนาจรัฐนั้นเป็นการกระทำลงโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่เข้าตกลงกับเอกชนแม้จะเป็นนิติสัมพันธ์ในแดนของกฎหมายปกครองก็ตาม แต่ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่บางกรณีอาจจะเป็นเรื่องสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งต้องไปพิจารณาถึงองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

อนึ่ง การจะพิจารณาว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใดใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่มิได้พิจารณาจากตัวองค์กร แต่จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของการกระทำเป็นหลัก ดังนั้น แม้เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในองค์กรนิติบัญญัติ (Legislation) องค์กรตุลาการ (Judiciary) หรือองค์กรบริหาร (The Executive) ก็อาจเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งใช้อำนาจปกครองได้ เช่น คำสั่งไล่ผู้พิพากษาออกจากราชการโดยประธานศาลฎีกาตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แม้จะเป็นคำสั่งทางที่ออกโดยองค์กรตุลาการก็ตาม

---

[8] สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา. (2548). ***รายงานวิจัยเรื่องหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.*** มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 101.

เนื่องจากประธานศาลฎีกาไม่ได้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีในฐานะผู้พิพากษา แต่อาศัยอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติออกคำสั่งในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล

3) เป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์หรือกำหนดกฎเกณฑ์

คำสั่งทางปกครองจะต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งมุ่งจะให้เกิดผลในทางกฎหมาย การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจทางปกครองกระทำการใด จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากปฏิบัติการทางปกครอง[9] เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าปฏิบัติการทางปกครองนั้น แม้จะเป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง แต่ก็มุ่งเพียงผลในทางข้อเท็จจริง มิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลแต่อย่างใด เพียงแต่อาจมีกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยมุ่งผลในทางข้อเท็จจริง แต่ปรากฏว่าได้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น กรณีเช่นนี้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จำต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น

การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ที่เป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะกำหนดกฎเกณฑ์หรือนิติสัมพันธ์อันจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนพิจารณาทางปกครองเว้นเสียแต่ว่าการกระทำนั้นจะส่งผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลในระดับที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองในบั้นปลาย และดำรงอยู่ได้โดยตัวของมันเอง[10] ดังนั้น คำสั่งต่างๆ ที่ยังไม่ถือว่าเป็นการปิดกระบวนพิจารณาทางปกครองจึงถือว่าเป็นเพียงการตระเตรียมการเพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าคำสั่งดังกล่าวนั้นอาจจะกระทบสิทธิของผู้รับคำสั่งก็ตาม[11]

---

[9] "ปฏิบัติการทางปกครอง" อาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัยอย่างร้ายแรง แจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาทราบและให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นในการแก้ข้อกล่าวหา หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น "มาตรการบังคับทางปกครอง" เพื่อให้การเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกมาใช้บังคับก่อนหน้านั้นแล้ว เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยฝ่าฝืนกฎหมายหลังจากที่ได้ออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารดังกล่าวแล้ว แต่เจ้าของอาคารไม่ยอมปฏิบัติ โปรดดู ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2555). ***คำอธิบายกฎหมายปกครอง*** (พิมพ์ครั้งที่ 18). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 283.

[10] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 110.

[11] ตัวอย่างคำพิพากษาในประเด็นนี้ เช่น คำสั่งคำร้องศาลปกครองสูงสุดที่ ร.361/2554 ซึ่งวินิจฉัยว่าคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้ถูกร้องเรียนต่อผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 4 ว่ากระทำผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการในการเบิกจ่ายน้ำมันเชื้อเพลิงของเทศบาลตำบลท่าลานไปใช้ประโยชน์เพื่อตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการขึ้น

4) มีผลเฉพาะกรณี

เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 5 ได้ให้นิยามของคำสั่งทางปกครองว่า คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ ดังนั้น องค์ประกอบอีกประการหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง คือ การเกิดผลเฉพาะกรณี เพราะว่าในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 5 ได้ให้นิยามของกฎไว้ว่า กฎหมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เมื่อนิยามของคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 5 กำหนดว่า คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ที่ไม่รวมถึงการออกกฎ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมให้มีผลกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวได้โดยเฉพาะเจาะจง

5) มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง

แม้องค์ประกอบการของคำสั่งทางปกครองมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งในประเด็นนี้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจน แต่ในทางวิชาการเป็นที่ยอมรับกันว่าการจะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น จะต้องมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองในข้อนี้ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นแตกต่างจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง การมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองไม่ได้หมายความว่าจะต้องเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งกับประชาชนเท่านั้น แต่การกำหนด

ไต่สวนเพื่อพิจารณาและหาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีมีมูลความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงตามที่มีการร้องเรียนกล่าวหาจริงจึงได้มีหนังสือสำนักงาน ป.ป.ช. ลับ ที่ ปช0013/7966 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2552 แจ้งมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทราบเพื่อดำเนินการลงโทษทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดี ตามนัยมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 แม้ตามบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 92 ดังกล่าวจะให้ผู้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดีพิจารณาโทษตามความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ก็ตาม แต่มติดังกล่าวก็เป็นเพียงการเตรียมการและการดำเนินการภายในของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองซึ่งยังมิได้มีสภาพบังคับเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยจะมีผลบังคับและเป็นคำสั่งทางปกครองก็ต่อเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดีได้พิจารณาและออกคำสั่งลงโทษตามมติดังกล่าวแล้ว และก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งอื่นใดหรือการกระทำอื่นที่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีแล้วเช่นเดียวกัน ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ต่อศาลตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องในส่วนที่ฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ไว้พิจารณาจึงเป็นการชอบแล้วศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย.

กฎเกณฑ์กับบุคคลที่มีนิติสัมพันธ์พิเศษทางกฎหมายปกครอง ในบางกรณีอาจถือเป็นคำสั่งทางปกครองได้ นิติสัมพันธ์พิเศษทางกฎหมายปกครอง เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลบางประเภท เช่น ข้าราชการนักโทษ ซึ่งยอมตนให้อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐ นิติสัมพันธ์ประเภทนี้จะแยกพิจารณาเป็นความสัมพันธ์ในเรื่องงานและความสัมพันธ์พื้นฐาน ความสัมพันธ์ในเรื่องงานเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงานซึ่งถือว่าบุคคลผู้รับคำสั่งนั้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครองและไม่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ส่วนบุคคล ดังนั้น จึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ส่วนความสัมพันธ์พื้นฐานเป็นเรื่องอันเกี่ยวกับการก่อเปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ส่วนบุคคล ในกรณีที่มีการออกคำสั่งมากระทบกับสิทธิและหน้าที่ส่วนบุคคล เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย ถือว่าคำสั่งนั้นมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองแล้ว จึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง

2.1.3 การเกิดผลของคำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42[12] วางหลักว่า คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป ดังนั้น หากยังไม่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังผู้รับคำสั่งจะถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นยังไม่มีผลในทางกฎหมาย การแจ้งในที่นี้จะต้องเป็นการแจ้งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น[13]

เรื่องการแจ้งนี้ หากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีผู้รับคำสั่งทางปกครองหลายคนจะถือเอาเวลาที่แต่ละคนได้รับแจ้งเป็นเวลาที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมาย ดังนั้น การเริ่มมีผลทางกฎหมายของแต่ละคนจึงอาจไม่พร้อมกัน เหตุที่ต้องให้ความสำคัญของการเริ่มมีผลทางกฎหมายก็เนื่องจากว่าเมื่อคำสั่งทางปกครองเริ่มมีผลทางกฎหมาย ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองก็จะเริ่มนับทันที ดังนั้น หากพิจารณาระยะเวลาที่คำสั่งทางปกครองผิดพลาดก็อาจทำให้การคำนวณระยะเวลาในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองผิดพลาดไปด้วย

1) หลักเกณฑ์การแจ้งคำสั่งทางปกครอง

---

[12] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางการปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 42

คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนเวลาหรือโดยเหตุอื่น เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นผลลง ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้รับจัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าวซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

[13] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. หมวด 4 มาตรา 68-74 ได้แบ่งการแจ้งออกเป็น 3 รูปแบบด้วยกันคือ การแจ้งด้วยวาจา การแจ้งเป็นหนังสือ และการแจ้งด้วยวิธีการอื่น.

ในเรื่องการแจ้งนี้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 4 ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแจ้งเอาไว้ ซึ่งกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแจ้งในหมวด 4 นี้มิได้ใช้เฉพาะกับการแจ้งคำสั่งทางปกครองเท่านั้นแต่ยังรวมถึงการแจ้งนัดพิจารณา หรือการอย่างอื่นโดยเจ้าหน้าที่ก็ได้[14] และในกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแจ้งไว้ก็ให้ถือตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายเฉพาะกำหนด ไม่ต้องนำกฎเกณฑ์เรื่องการแจ้งที่กำหนดในหมวด 4 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 4 ได้แบ่งการแจ้งออกเป็น 3 รูปแบบ คือ การแจ้งด้วยวาจา การแจ้งเป็นหนังสือ และการแจ้งด้วยวิธีการอื่น

(1) การแจ้งด้วยวาจา

มาตรา 69 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า การแจ้งคำสั่งทางปกครอง การนัดพิจารณา หรือการอย่างอื่นที่เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบอาจกระทำด้วยวาจาก็ได้

การแจ้งด้วยวาจาเป็นการแจ้งที่ต้องมีผู้รับอยู่แล้วในขณะแจ้งและย่อมมีผลโดยทันทีในขณะรับแจ้งนั้น ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่แจ้งแก่ผู้ที่อยู่ต่อหน้าหรือผู้ที่อยู่ห่างโดยระยะทางก็ตาม ตัวอย่างของการแจ้งด้วยวาจา เช่น การพูดกันต่อหน้า การพูดผ่านโทรศัพท์หรือวิทยุ

ในกรณีที่ตอนท้ายของมาตรา 69 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า ถ้าผู้นั้นประสงค์จะให้กระทำเป็นหนังสือก็ให้แจ้งเป็นหนังสือ บทบัญญัติดังกล่าวนี้ให้สิทธิแก่ผู้รับคำสั่งที่จะขอให้ทำหนังสือยืนยันการแจ้งด้วยวาจาเท่านั้น มิได้หมายความว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะปฏิเสธไม่ยอมรับคำสั่งทางปกครองที่แจ้งด้วยวาจา โดยเกี่ยงให้เจ้าหน้าที่แจ้งคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือเสียก่อนได้ และในกรณีนี้จะถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลตั้งแต่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาแล้ว

(2) การแจ้งเป็นหนังสือ

การแจ้งเป็นหนังสือเป็นวิธีปฏิบัติที่ใช้ทั่วไปในทางปกครองเพราะชัดเจนและมีหลักฐานสนับสนุนไว้ใช้พิสูจน์ได้ต่อไป สำหรับวิธีการแจ้งเป็นหนังสือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดไว้ตั้งแต่มาตรา 69 วรรคสอง ถึง มาตรา 74 โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 วิธี ดังนี้

(2.1) การแจ้งให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรง

---

[14] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางการปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 69 การแจ้งคำสั่งทางปกครอง การนัดพิจารณา หรือการอย่างอื่นที่เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบอาจกระทำด้วยวาจาก็ได้ แต่ถ้าผู้นั้นประสงค์จะให้กระทำเป็นหนังสือก็ให้แจ้งเป็นหนังสือ.

การแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยส่งให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรงนั้น บัญญัติไว้ในมาตรา 69 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้การแจ้งเป็นหนังสือให้ส่งหนังสือแจ้งต่อผู้นั้น ในกรณีนี้ แม้ว่าผู้รับคำสั่งจะยังไม่ได้เปิดอ่านคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมายแล้ว เพราะกฎหมายกำหนดให้ถือว่าได้รับแจ้งตั้งแต่ในขณะที่ไปถึง และเมื่อได้รับแจ้งในคำสั่งทางปกครองก็จะมีผลทางกฎหมายทันที

(2.2) การแจ้งไปยังภูมิลำเนา

การแจ้งคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสืออีกวิธีการหนึ่ง คือ การส่งคำสั่งทางปกครองไปยังภูมิลำเนา (มาตรา 69 วรรคสอง) ในกรณีนี้คำสั่งทางปกครองก็จะมีผลเมื่อคำสั่งทางปกครองไปถึงผู้รับคำสั่ง โดยไม่คำนึงว่าผู้รับคำสั่งจะทราบเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด และหากมีการแจ้งที่อยู่ไว้กับเจ้าหน้าที่ การแจ้งไปยังที่อยู่ที่ให้ไว้ก็ถือว่าได้แจ้งไปยังภูมิลำเนาแล้ว (มาตรา 69 วรรคสาม) โดยวิธีการแจ้งไปยังภูมิลำเนานั้นกฎหมายกำหนดไว้หลายวิธี ได้แก่

(2.2.1) การให้บุคคลนำส่ง

มาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดว่า การแจ้งเป็นหนังสือโดยวิธีให้บุคคลนำไปส่ง ถ้าผู้รับไม่ยอมรับหรือถ้าขณะนำไปส่งไม่พบผู้รับ ก็ให้ส่งกับบุคคลใดซึ่งบรรลุนิติภาวะที่อยู่หรือทำงานในสถานที่นั้น ในกรณีที่ผู้นั้นไม่ยอมรับก็ให้วางหนังสือหรือปิดหนังสือไว้ในที่ซึ่งเห็นได้ง่าย ณ สถานที่นั้นต่อหน้าเจ้าพนักงานตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ไปเป็นพยานก็ให้ถือว่าได้รับแจ้งแล้ว ซึ่งปัจจุบันได้มีกฎกระทรวงฉบับที่ 11 กำหนดพนักงานที่จะมาเป็นพยาน ดังนี้

เจ้าพนักงานที่จะเป็นพยานในการวางหนังสือหรือปิดหนังสือเพื่อแจ้งคำสั่งทางปกครอง การนัดพิจารณา หรือการอย่างอื่นที่จะต้องแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ ในกรณีที่ผู้รับไม่ยอมรับหรือไม่มีผู้รับ ได้แก่ (1) เจ้าพนักงานตำรวจ (2) ข้าราชการส่วนกลาง (3) เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในเขตพื้นที่ ได้แก่ (ก) กำนัน (ข) แพทย์ประจำตำบล (ค) สารวัตรกำนัน (ง) ผู้ใหญ่บ้าน (จ) ผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้าน (ฉ) ข้าราชการส่วนท้องถิ่นหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น (ช) ข้าราชการประจำอำเภอหรือจังหวัด

(2.2.2) การส่งทางไปรษณีย์

มาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติให้นำการส่งไปรษณีย์ตอบรับมาใช้ในการแจ้งคำสั่งทางปกครอง โดยให้ถือว่าได้รับแจ้งเมื่อครบกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันส่งสำหรับกรณีภายในประเทศหรือเมื่อครบกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันส่ง

สำหรับกรณีส่งไปยังต่างประเทศ เว้นแต่จะมีการพิสูจน์ได้ว่าไม่มีการได้รับหรือได้รับก่อนหรือหลังจากวันนั้น ทั้งนี้การส่งทางไปรษณีย์ด่วนพิเศษ (EMS) ก็ถือว่าเป็นไปรษณีย์ตอบรับอย่างหนึ่งด้วย[15]

(2.2.3) การส่งทางโทรสาร

การส่งในลักษณะนี้กำหนดไว้ใน มาตรา 74 ว่า ในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน การแจ้งคำสั่งทางปกครองจะใช้วิธีส่งทางเครื่องโทรสารก็ได้ แต่ต้องมีหลักฐานการได้ส่งจากหน่วยงานผู้จัดบริการโทรคมนาคมที่เป็นสื่อในการส่งโทรสารนั้น และต้องจัดส่งคำสั่งทางปกครองตัวจริงโดยวิธีใดวิธีหนึ่งตามหมวดนี้ให้แก่ผู้รับในทันทีที่อาจกระทำได้ ในกรณีนี้ให้ถือว่าผู้รับได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือตามวัน เวลาที่ปรากฏในหลักฐานของหน่วยงานผู้จัดบริการโทรคมนาคมดังกล่าว เว้นแต่จะมีการพิสูจน์ได้ว่าไม่มีการได้รับหรือได้รับก่อนหรือหลังจากนั้น

(2.3) การแจ้งโดยการปิดประกาศ

ในกรณีที่มีผู้รับเกินห้าสิบคนเจ้าหน้าที่จะแจ้งให้ทราบตั้งแต่เริ่มดำเนินการในเรื่องนั้นว่าการแจ้งต่อบุคคลเหล่านั้นจะกระทำโดยวิธีปิดประกาศไว้ ณ ที่ทำการของเจ้าหน้าที่และที่ว่าการอำเภอที่ผู้รับมีภูมิลำเนาก็ได้ ในกรณีนี้ให้ถือว่าได้รับแจ้งเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้แจ้งโดยวิธีดังกล่าว (มาตรา 72)

(2.4) การแจ้งโดยการประกาศในหนังสือพิมพ์

ในกรณีที่ไม่รู้ตัวผู้รับ หรือรู้ตัวแต่ไม่รู้ภูมิลำเนา หรือรู้ตัวและภูมิลำเนาแต่มีผู้รับเกินหนึ่งร้อยคน การแจ้งเป็นหนังสือจะกระทำโดยการประกาศในหนังสือพิมพ์ซึ่งแพร่หลายในท้องถิ่นนั้นก็ได้ ในกรณีนี้ให้ถือว่าได้รับแจ้งเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้แจ้งโดยวิธีดังกล่าว (มาตรา 73) การแจ้งในหนังสือพิมพ์นี้ไม่จำต้องเป็นหนังสือพิมพ์จากส่วนกลางเท่านั้น อาจเป็นหนังสือพิมพ์ในท้องถิ่นนั้นก็ได้ แต่ต้องได้ความว่าหนังสือพิมพ์ดังกล่าวมีจำนวนพิมพ์แพร่หลายมากเพียงพอในท้องถิ่น ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่ามีการจำหน่ายหนังสือพิมพ์ฉบับนั้นอย่างแพร่หลายเพียงพอ จะนำมาลงประกาศในหนังสือพิมพ์นั้นไม่ได้ และหากได้มีการปิดประกาศในหนังสือพิมพ์เช่นนั้นก็ต้องไม่ถือว่ามีการแจ้งตามกฎหมายกำหนด[16] คำสั่งทางปกครองจึงยังไม่เกิดผลในทางกฎหมายขึ้น

(3) การแจ้งด้วยวิธีการอื่น

กรณีนี้เป็นกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 68 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกฎหมายกำหนดว่าถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองที่แสดงให้ทราบ

---

[15] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). ***กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.*** กรุงเทพมหานคร: จิรรัชการพิมพ์. หน้า 363.

[16] เรื่องเดียวกัน, หน้า 356.

โดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ให้มีผลเมื่อได้แจ้ง ซึ่งในปัจจุบันได้มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2540) กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่แสดงให้ทราบโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่น ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่แสดงให้ทราบโดยทางเสียง แสง หรือสัญญาณที่สามารถทำให้รับรู้ถึงคำสั่งทางปกครองนั้นได้ทันที

2) ผลในทางกฎหมายของการแจ้งคำสั่งทางปกครอง

เมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นทันที โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้รับคำสั่งจะทราบถึงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ผลของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้เป็นเพียงผลภายนอกของคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นเครื่องชี้ว่าการนับระยะเวลาอุทธรณ์จะเริ่มเมื่อใดเท่านั้น[17]

2.1.4 การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ตกเป็นโมฆะ[18] เมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมต้องมีผลในทางกฎหมาย การจะทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลในทางกฎหมายลงไป สามารถทำได้ในหลายลักษณะ ดังนี้

1) สิ้นผลโดยการลบล้างขององค์กรผู้มีอำนาจ

องค์กรผู้ทรงอำนาจในการลบล้างคำสั่งทางปกครองมีอยู่ด้วยกันสององค์กร ได้แก่ องค์กรตุลาการ และองค์กรฝ่ายปกครอง การถูกลบล้างโดยองค์กรตุลาการในที่นี้ หมายถึง การถูกลบล้างตามมาตรา 72(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนการลบล้างโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็นสองกรณี

กรณีแรก คือ การลบล้างคำสั่งทางปกครองในกระบวนพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์จะเป็นผู้พิจารณา และสามารถพิจารณาได้

---

[17] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (ม.ป.ป.). "ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง". ***อาจารียบูชารวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์.*** หน้า 169.

[18] การที่คำสั่งทางปกครองจะสิ้นผลได้นั้น คำสั่งทางปกครองจำต้องมีผลในทางกฎหมายเสียก่อน แต่เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่อาจสิ้นผลได้ รายละเอียดในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ. โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 279-285. วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). "คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย". ***วารสารวิชาการศาลปกครอง.*** ปีที่ 6 ฉบับที่ 1. หน้า 46-47. และเอกพงษ์ ตั้งวิชาชาญ. (2548). ***ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 48-58.

ทั้งข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายหรือความเหมาะสม สามารถยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมมีผลเป็นการลบล้างคำสั่งทางปกครองเดิมทั้งหมดหรือบางส่วน[19]

กรณีที่สอง คือ การลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยไม่ขึ้นอยู่กับกระบวนพิจารณาชั้นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ในกรณีนี้ถือเป็นดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเริ่มการเองได้ การลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยไม่ขึ้นอยู่กับกระบวนพิจารณาชั้นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนี้ สามารถทำได้โดยการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง[20] ซึ่งเงื่อนไขในการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นก็เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ในมาตรา 49 ถึง มาตรา 53

2) สิ้นผลโดยเงื่อนเวลา

ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น หากเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผล ณ เวลาใดเวลาหนึ่งที่ชัดเจนแน่นอนในอนาคต องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมสามารถกำหนดเงื่อนเวลาสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ซึ่งในเรื่องนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองที่มีเงื่อนเวลาสิ้นสุดนี้ไว้ในมาตรา 39(2) ซึ่งในกรณีนี้ หากถึงกำหนดเวลาสิ้นผลที่ได้กำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็จะสิ้นผลไปโดยอัตโนมัติ โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาทำลายผล (Actus Contraries) ของคำสั่งทางปกครองนั้นอีก

3) สิ้นผลโดยเหตุอื่น

---

[19] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 195.

[20] ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้น การลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยไม่ขึ้นอยู่กับกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ใช้คำว่า "การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง" เพียงคำเดียวไม่ได้แยกการใช้ถ้อยคำระหว่างการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายออกจากกันแต่อย่างใด อย่างไรก็ดี ในทางตำราปรากฏว่าได้มีการแยกการใช้ถ้อยคำระหว่างการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ขึ้นอยู่กับกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ออกจากกัน ในกรณีที่เป็นการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แปลมาจากคำศัพท์ในภาษาเยอรมันว่า Rücknahme โดย รศ.ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และ รศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้แปลว่า "การเพิกถอน" คำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ดีในคำศัพท์เดียวกันนี้เอง รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ได้แปลว่า "การยกเลิก" คำสั่งทางปกครองกรณีที่เป็นการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแปลมาจากคำศัพท์ในภาษาเยอรมันว่า Widerruf โดยรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำดังกล่าว โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2541). ***การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง.*** ใน พนม เอี่ยมประยูร. (ม.ป.ป.). ***รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539***. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 16.

นอกจากการสิ้นผลโดยการลบล้างขององค์กรผู้มีอำนาจ หรือสิ้นผลโดยเงื่อนเวลาแล้ว คำสั่งทางปกครองก็อาจสิ้นผลได้โดยเหตุอื่นอีก เช่นสิ้นผลลงเนื่องจากเงื่อนไขที่กำหนดการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองที่กำหนดได้ไว้เกิดขึ้น หรือจะเป็นกรณีที่วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองบรรลุผลแล้วและไม่จำเป็นจะต้องดำเนินการอย่างใดอีก เช่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้ชุมนุมสลายการชุมนุม ต่อมาผู้ชุมนุมได้สลายการชุมนุมแล้ว ถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นได้สิ้นผลลงแล้วเช่นกัน

2.1.5 ผลผูกพันและผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง

1) ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองประการหนึ่งที่แตกต่างจากการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น คือ การมีผลในทางกฎหมายโดยไม่ต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายโดยเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีการแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นจะผูกพันตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตามทันที โดยไม่จำต้องคำนึงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลในทางกฎหมายแล้วย่อมต้องผูกพันต่อบุคคลและองค์กรต่างๆ ในลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนี้

ในกรณีแรก ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลในทางกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้นได้[21] หมายความว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเองก็ต้องถูกผูกพันเด็ดขาด เนื่องจากกฎหมายได้ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองสามารถยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้เสมอ หากปรากฏข้อเท็จจริงเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้[22] อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไปนั้นอาจจะกลายเป็นความผูกพันในลักษณะเด็ดขาดได้ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรู้เหตุที่ต้องยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว แต่ไม่ดำเนินการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้เหตุที่จะต้องยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น[23] (มาตรา 49 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

---

[21] เว้นเสียแต่ว่าเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดหรือผิดหลงเพียงเล็กน้อย ซึ่งหากเป็นกรณีนี้กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่แก้ไขได้เสมอ (มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539).

[22] หลักเกณฑ์ในเรื่องการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกฎหมายกำหนดเอาไว้ในส่วนที่ 6 มาตรา 49-53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

[23] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 201.

กรณีที่สอง ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลในทางกฎหมายแล้ว บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม ถึงแม้ว่าตนจะเห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ซึ่งในกรณีที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้[24] แต่การอุทธรณ์โต้แย้งดังกล่าวก็ไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองเว้นเสียแต่ว่าจะได้มีการทุเลาการบังคับไว้ก่อน[25]

กรณีที่สาม ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม คำสั่งทางปกครองจะถือได้ว่ามีผลผูกพันบุคคลที่สามก็ต่อเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปยังบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งไม่ใช่ความผูกพันในลักษณะที่เป็นเด็ดขาด เนื่องจากบุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น สามารถโต้แย้งคัดค้านการออกคำสั่งทางปกครองได้และโดยการโต้แย้งดังกล่าวนั้น บุคคลที่สามจึงเข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

กรณีที่สี่ ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อองค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่น ในทางกฎหมายปกครองคำสั่งทางปกครองไม่ได้มีผลผูกพันระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งออกคำสั่งทางปกครองกับบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่ยังมีผลผูกพันองค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่นให้ต้องเคารพคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่หากเป็นกรณีที่เห็นประจักษ์ชัดได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ องค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่นย่อมไม่ต้องผูกพันต่อคำสั่งทางปกครองนั้น

กรณีสุดท้าย ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองที่มีต่อศาลปกครอง ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลปกครองจะสามารถตรวจสอบได้เพียงแค่ความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถึงขนาดไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้น เมื่อมีคำสั่งทางปกครองออกมาแล้ว ศาลปกครองจึงต้องผูกพันการใช้ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งออกคำสั่งทางปกครองนั้น แต่หากเป็นกรณีที่การใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็สามารถพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้

---

[24] รายละเอียดเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง. โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 382-402. และ พนม เอี่ยมประยูร. อ้างแล้ว. หน้า 107-126.

[25] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 44 วรรคสาม "การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง".

2) ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง (Bestandkraft)[26]

ข้อความคิดว่าด้วยผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองนี้เป็นการเทียบเคียงมาจากข้อความคิดที่ว่าด้วยกับความเป็นที่สุดของคำพิพากษาของศาลที่เรียกว่า Rechtskraft เหตุที่ใช้ถ้อยคำที่ต่างกันก็เนื่องมาจากมีเนื้อหาของเรื่องที่แตกต่างกันก็เนื่องมาจากมีเนื้อหาของเรื่องที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ[27] โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องกระบวนการพิจารณาความ หากเป็นกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล ศาลจะวางตัวเป็นกลางเป็นแต่เพียงผู้วินิจฉัยคดีเท่านั้น แต่หากเป็นการพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่แล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นทั้งผู้วินิจฉัยและคู่ปรปักษ์ในเวลาเดียวกัน ดังนั้น การจะนำหลักการที่ใช้กับคำพิพากษามาใช้กับคำสั่งทางปกครองทุกกรณีจึงไม่สามารถเป็นไปได้ แต่การใช้อำนาจปกครองของรัฐก็จำเป็นที่จะต้องมีความมั่นคงแน่นอนตามสมควร ข้อความคิดว่าด้วยผลบังคับของคำสั่งทางปกครองจึงถูกพัฒนาขึ้นเพื่อมาสนับสนุนให้การดำเนินงานทางปกครองสามารถบรรลุผลลงได้

ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองเป็นคำที่ใช้เรียกคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุด ไม่อาจถูกโต้แย้งได้อีกต่อไป[28] กรณีที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองเกิดผลบังคับผูกพันได้นั้นอาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ เช่น การที่บุคคลผู้มีสิทธิอุทธรณ์สละสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นกรณีที่ระยะเวลาการอุทธรณ์โต้แย้งได้ล่วงพ้นไปแล้วโดยไม่มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น หรือมีการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองใดเมื่อออกมาแล้วมีผลบังคับผูกพันโดยทันทีไม่อาจถูกอุทธรณ์โต้แย้งได้

กรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผู้รับคำสั่งทางปกครองหลายคน ผลบังคับผูกพันอาจจะเกิดขึ้นไม่พร้อมกันก็ได้ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองของแต่ละคนว่าล่วงพ้นไปแล้วหรือไม่[29] หรือผู้รับคำสั่งทางปกครองคนใดได้สละสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่ง

---

[26] คำว่า Bestandkraft เป็นศัพท์ในภาษาเยอรมัน ซึ่งตรงกับคำศัพท์ในภาษาอังกฤษว่า "Final Binding" และมีความหมายในทำนองเดียวกับ "Decision Devenue Definitive" ในภาษาฝรั่งเศส ในทางตำราของไทยมีผู้แปลคำศัพท์นี้ไว้ต่างกัน. โปรดดู กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). ***หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.*** กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 188. และแปลว่า "ความมีผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง". และ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้แปลศัพท์คำนี้ว่า "การดำรงอยู่ของผลบังคับของการกระทำทางปกครอง". โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. อ้างแล้ว. หน้า 162. ส่วน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้แปลว่า "ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง". โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 206.

[27] กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 189.

[28] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 206.

[29] เนื่องจากคำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลทางกฎหมายก็ต่อเมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองต่อบุคคลผู้รับคำสั่ง ในกรณีที่มีผู้รับคำสั่งทางปกครองหลายคน ก็จะถือเวลาที่แต่ละคนได้รับแจ้งเป็นเวลาที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผล

ทางปกครองหรือไม่ ซึ่งในกรณีที่มีผู้รับคำสั่งทางปกครองหลายคนและปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองบางคนเท่านั้นที่ไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้ จะเรียกผลบังคับผูกพันนั้นว่า "ผลบังคับผูกพันสัมพัทธ์" เมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผู้ทรงสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีก จะเรียกผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ว่า "ผลบังคับผูกพันสัมบูรณ์"[30]

ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองอาจแยกได้เป็นสองกรณี ดังนี้

ประการแรก ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองในแง่รูปแบบ และประการที่สอง ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองในแง่เนื้อหา

ประการแรก ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองในแง่รูปแบบ หมายถึง ความไม่สามารถถูกโต้แย้งออกไปอีกได้ของคำสั่งทางปกครอง[31] ซึ่งจะมีผลคล้ายคลึงกับการมีผลบังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาที่ถึงที่สุดตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ

ประการที่สอง ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองในแง่เนื้อหา เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับผูกพันแล้ว บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องผูกพันตามเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองอย่างเด็ดขาด ไม่สามารถโต้แย้งใดๆ ได้อีก แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ในส่วนผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองในแง่เนื้อหาที่มีต่อองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งออกคำสั่งทางปกครองนั้น แม้ว่าจะต้องผูกพันตามคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ได้มีลักษณะเด็ดขาดเหมือนกรณีของผู้รับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ แม้คำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับผูกพันแล้ว แต่องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งออกคำสั่งทางปกครองก็ยังสามารถยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้เสมอตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

แม้ว่าคำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับผูกพันแล้วก็ตาม แต่เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม กฎหมายกำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถร้องขอให้องค์กรฝ่ายปกครองพิจารณาใหม่ได้ ซึ่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการขอพิจารณาใหม่นั้นบัญญัติไว้ใน มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ในรัฐที่ยึดหลักการปกครองโดยกฎหมาย (Rule of Law) นั้น การกระทำทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น เรียกร้องให้การกระทำใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอัน

ทางกฎหมาย ดังนั้น การเริ่มมีผลทางกฎหมายของแต่ละคนจึงอาจไม่พร้อมกัน ดังนั้น ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองของแต่ละคนจึงแตกต่างกัน.

[30] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 207.

[31] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 206.

เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจเอาไว้เสมอ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยขัดกับหลักการดังกล่าวนี้ การกระทำทางปกครองนั้นก็ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองนั้นถือเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง จึงย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองอื่นๆ ดังนั้น การออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องกระทำให้ถูกต้องตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดนอกจากนี้ คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นจะต้องมีเนื้อหาที่ไม่ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นอีกด้วย หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นมิได้เป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดหรือพบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีเนื้อหาที่ขัดต่อกฎหมาย ก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่อง แต่การที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องไม่ได้ทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไปในทุกกรณี เนื่องจากคุณลักษณะพิเศษอย่างหนึ่งของคำสั่งทางปกครองที่ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากการกระทำทางปกครองในรูปแบบอื่น คือ การมีผลทางกฎหมายโดยไม่ต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมาย[32] โดยเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองจะมีผลผูกพันตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตามทันที โดยไม่ต้องคำนึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีที่เป็นความบกพร่องที่รุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัดถึงขนาดที่วิญญูชนจะวินิจฉัยได้เอง[33] คำสั่งทางปกครองนั้นจะตกเป็นโมฆะและผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่จำต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น ความบกพร่องที่จะถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ เช่น กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่ทราบว่าออกโดยหน่วยงานใด หรือกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นต้น

2.2 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมิได้เป็นตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์หรือคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง ซึ่งความบกพร่องนั้นจะส่งผลต่อคำสั่งทางปกครองในหลายลักษณะด้วยกัน แต่โดยปกติแล้วคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์หรือ

---

[32] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 98.

[33] H. Maurer. (1980). ***Allgemeines Verwaltungsrecht. Munchen.*** อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 168.

คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องนั้น จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนโดยองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จะดำเนินการดังกล่าวได้

การพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น สามารถแบ่งการพิจารณาได้เป็นสองประการ ประการแรก พิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทางเนื้อหา และประการที่สอง พิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทางรูปแบบ

2.2.1 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหา

การพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหา คือการพิจารณาถึงตัวเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่าออกมาโดยสอดคล้องกับเงื่อนไขตามกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติไว้ หรือออกมาโดยสอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในบ้านเมืองหรือไม่

1) ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจ

การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้นั้น จำต้องมีกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในการพิจารณาว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ประการแรกจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่ากฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ออกมาโดยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่[34] โดยปกติแล้วกฎหมายที่เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองมักจะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ[35] หากพระราชบัญญัติที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองออกมาโดยมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติฉบับนั้นย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้ และเมื่อพระราชบัญญัติซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองไม่สามารถใช้บังคับได้แล้ว คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยที่ไม่มีกฎหมายซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจ คำสั่งทางปกครองนั้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถถูกเพิกถอนได้โดยองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบซึ่งอาจจะเป็นศาลปกครองหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้วแต่กรณี

2) ความมีอำนาจในการใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือดำเนินการ

---

[34] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550. มาตรา 6 บัญญัติว่า "รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้".

[35] มรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2531). ***การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ.*** กรุงเทพมหานคร: พี. เค. พริ้นติ้งเฮ้าส์. หน้า 195.

ในการปฏิบัติภารกิจในทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมต้องมีเครื่องมือที่จะช่วยให้ภารกิจในทางปกครองนั้นสำเร็จลุล่วงไปอยู่หลายชนิดไม่ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครอง กฎ ปฏิบัติการทางปกครอง หรือสัญญาทางปกครอง โดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการปฏิบัติภารกิจในทางปกครองก็มักจะระบุโดยเฉพาะเจาะจงว่า ฝ่ายปกครองจะต้องใช้เครื่องมือใดในการปฏิบัติภารกิจนั้น เช่น มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดว่าในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดำเนินการ ดังนี้

(1) มีคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงานผู้ดำเนินการลูกจ้างหรือบริวารของบุคคลดังกล่าว ระงับการกระทำดังกล่าว

(2) มีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใดๆ ของอาคารหรือบริเวณที่มีการกระทำดังกล่าว และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ อาคารหรือบริเวณดังกล่าว และ

(3) พิจารณามีคำสั่งตามมาตรา 41 หรือมาตรา 42 แล้วแต่กรณี ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้มีคำสั่งตาม (1)

ตามบทบัญญัติที่ยกขึ้นมานี้จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายระบุให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องใช้คำสั่งทางปกครองเท่านั้นเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ จะใช้กฎ สัญญาทางปกครองหรือเครื่องมืออื่นๆ ในการดำเนินการแทนไม่ได้ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้เครื่องมือใดในการดำเนินการ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องใช้เครื่องมือนั้นในการดำเนินการ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เครื่องมือผิดไปจากที่กฎหมายกำหนดก็จะทำให้การกระทำดังกล่าวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

แต่ก็อาจมีบางกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการเรียกร้องให้เอกชนปฏิบัติแต่มิได้ระบุไปโดยเฉพาะเจาะจงว่าจะให้ฝ่ายปกครองใช้เครื่องมือใดในการดำเนินการ หากฝ่ายปกครองใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ คำสั่งทางปกครองนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้จะต้องพิจารณาถึงตัวกฎหมายที่กำหนดไว้ หากพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายที่กำหนดหน้าที่เอกชนต้องปฏิบัติและองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่มีอำนาจฝ่ายเดียวในการบังคับการให้เป็นไปตามหน้าที่นั้น ก็ต้องถือว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อมาบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายได้[36]

---

[36] เรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 159.

3) ความสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง

โดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง จึงย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าในการออกคำสั่งทางปกครองนอกจากที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบว่ามีกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่แล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังจะต้องตรวจสอบด้วยว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปนั้นมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองหรือไม่ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง (Positive Law) หมายถึง กฎหมายทุกลำดับชั้นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับรอง กฎหมายแม่บท หรือรัฐธรรมนูญก็ตาม[37] และนอกจากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว คำสั่งทางปกครองยังต้องมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับกฎหมายประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปที่มีผลใช้บังคับในบ้านเมืองอีกด้วย[38]

4) ความถูกต้องของการใช้ดุลพินิจ

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแล้วจะพบว่าบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านี้มีการกำหนดระดับความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อกฎหมายไว้เป็นสองประเภทด้วยกัน

ประเภทแรก กฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองมีการกำหนดระดับความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อกฎหมายไว้อย่างเคร่งครัด เป็นการให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เป็นอำนาจผูกพัน (Mandatory Power) อำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อหาความตามที่กฎหมายกำหนดไว้[39] เช่น เมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ[40] ซึ่งจะเห็นได้ว่าแท้ที่จริงแล้วอำนาจผูกพันนั้น คือ หน้าที่ (Duty) นั่นเอง[41]

---

[37] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 160.

[38] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 160.

[39] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 199.

[40] พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478. มาตรา 13.

[41] S.A de Smith. (1975). ***Constitution and Administrative Law.*** 2 ed. penguin Educaiton. p.530. Zaim M. Nedjatigil. (1985). ***Judicial Control of Administrative Discretion: A Comparative Study.*** 14 The Anglo-American Law Review. No. 2.97. p.97. อ้างถึงใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2534). ***การควบคุมอำนาจดุลพินิจ***

ประเภทที่สอง กฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองมีการกำหนดระดับความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อกฎหมายเอาไว้ในลักษณะที่ผ่อนคลายลง และเปิดโอกาสให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสเลือกปฏิบัติและตัดสินใจได้ด้วยตนเองในขอบเขตของกฎหมาย[42] ซึ่งเป็นการให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เรียกว่า เป็นอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

ในกรณีที่ดุลพินิจปรากฏขึ้นในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายจะเรียกว่า ดุลพินิจตัดสินใจ โดยกฎหมายจะไม่ได้บัญญัติบังคับให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่เปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการ หรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำการก็สามารถเลือกการอันใดอันหนึ่งในบรรดาการหลายๆ ประการที่แตกต่างกันออกไป[43] เช่น มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 บัญญัติว่าในกรณีที่มีการก่อสร้างดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงหรือข้อบังคับท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หากเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้หรือเจ้าของอาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 41 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงานหรือผู้ดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

กรณีตามตัวอย่างจะเห็นได้ว่า กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการที่จะเลือกว่าหากเกิดข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะเลือกดำเนินการสั่งให้มีการรื้อถอนหรือไม่ก็ได้ และในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงใจจะสั่งให้มีการรื้อถอนก็ยังสามารถเลือกต่อไปอีกได้ว่าจะสั่งให้มีการรื้อถอนทั้งหมดหรือจะสั่งให้มีการรื้อถอนบางส่วนก็สามารถทำได้

นอกจากดุลพินิจที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายแล้ว ยังมีกรณีที่ถ้อยคำของกฎหมายในส่วนที่เป็นโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง โดยถ้อยคำหรือข้อความดังกล่าวนี้มักจะเป็นถ้อยคำหรือข้อความที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าบางประการ

ของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 20.

[42] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 48.

[43] Emile Giraud. (1924). ***Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire.*** Rev. Génd' Aministration. p.194. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 200.

ซึ่งวิญญูชนอาจเห็นแตกต่างกันได้ว่าข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมนั้นอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำหรือข้อความนั้นหรือไม่[44] เช่น คำว่า ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี หรือสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ เป็นต้น ซึ่งการใช้ถ้อยคำเหล่านี้ในทางวิชาการยังมีการถกเถียงกันอยู่ว่าถือเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจ (ดุลพินิจวินิจฉัย) แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือไม่[45]

ในกรณีที่กฎหมายซึ่งเป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองบัญญัติในลักษณะที่เป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะต้องใช้ดุลพินิจให้ถูกต้อง ไม่ก้าวล่วงกรอบของกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น การใช้ดุลพินิจจะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดระเบียบกฎเกณฑ์ต่าง ขึ้นใช้บังคับ ในการใช้ดุลพินิจฝ่ายปกครองย่อมต้องผูกพันตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้นด้วย และในที่สุดแล้วต้องเป็นการใช้ดุลพินิจมีเหตุผลไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ[46]

5) ความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหา

นอกจากมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า "คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้" ดังนั้น เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอีกประการหนึ่ง คือ ความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหา ความชัดเจนแน่นอนเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง หลักความชัดเจนแน่นอนของคำสั่งทางปกครองหมายความว่า มาตรการต่างๆ ที่กำหนดหรือต้องระบุไว้ในคำสั่งทางปกครองจะต้องชัดเจนอย่างไม่มีข้อสงสัย[47] ความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองในที่นี้พิจารณาจากสภาพของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง มิใช่นำความรู้สึกของผู้ออกคำสั่งมาพิจารณา[48] ดังนั้น ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนเพียงพอที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือบุคคลที่สามอ่านแล้วมีความเข้าใจว่าองค์กร

---

[44] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 54.

[45] รายละเอียดโปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 201-203. และวรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 53-58. และเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. อ้างแล้ว. หน้า 20.

[46] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 159-160.

[47] Kopp/Ramsaer. VwVfG. (พิมพ์ครั้งที่ 7) ค.ศ. 2000. § 37 Rn. 5 ff. อ้างถึงใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี. (2547). "บันทึกเรื่อง การให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน". ***วารสารวิชาการศาลปกครอง*** ปีที่ 4 ฉบับที่ 3. หน้า 96.

[48] Mahenda P Singh. (n.d.). ***German Administrative Law in Common Law Perspective.*** n.p. pp. 78-79. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 193.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์สิ่งใด[49] หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สามารถเข้าใจได้ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์ให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ย่อมถือได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นบกพร่องอย่างรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัดคำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ[50]

6) ความสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality) เป็นหลักที่ได้มีการรับรองไว้ใน มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยหลักการดังกล่าวเรียกร้องให้การกระทำต่างๆ ของรัฐที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องกระทำอย่างเหมาะสม กล่าวคือ รัฐจะต้องเลือกใช้มาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐสัมฤทธิ์ผลและมาตรการนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อีกทั้งความเสียหายที่ประชาชนจะได้รับจากมาตรการดังกล่าวกับผลประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับจากการใช้มาตรการนั้นจะต้องได้ดุลยภาพซึ่งกันและกัน[51] โดยสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นประกอบด้วยหลักการย่อยสามหลักการด้วยกัน ได้แก่ (1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (2) หลักความจำเป็น (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ[52]

ในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดออกมาโดยสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาเป็นขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความสัมฤทธิ์ผลเป็นหลักที่เรียกร้องว่ามาตรการที่องค์กรของรัฐกำหนดขึ้นอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวบรรลุผลได้ ดังนั้น ในกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน สิ่งที่รัฐจะต้องพิจารณาเป็นลำดับแรก คือ คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นจะสามารถทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นบรรลุผลได้หรือไม่ หากพิจารณาแล้วพบว่า การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์

---

[49] กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 165.

[50] มรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 160.

[51] ศรีรัตน์ งามนิสัย. (2550). ***หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1.

[52] มรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 32-35.

ของรัฐบรรลุผลได้ คำสั่งทางปกครองนั้นต้องถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีเนื้อหาขัดแย้งกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ขั้นตอนที่สอง เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลแล้ว รัฐยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นสอดคล้องกับหลักความจำเป็นหรือไม่ หลักความจำเป็นเป็นหลักที่เรียกร้องให้ในกรณีที่มีมาตรการหลายมาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลได้เช่นเดียวกัน รัฐจะต้องเลือกมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หากรัฐได้มีการออกคำสั่งทางปกครองออกไปโดยขัดกับหลักความจำเป็น คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ขั้นตอนที่สาม ในการพิจารณาว่าความสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุของคำสั่งทางปกครอง คือ การพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบหรือไม่ หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเรียกร้องให้รัฐจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่จะต้องสูญเสียไปว่าอยู่ในภาวะที่สาธารณะจะเรียกร้องจากปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบให้ต้องยอมรับมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นได้หรือไม่ หากปรากฏว่าผลกระทบที่ปัจเจกชนจะได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวของฝ่ายปกครองรุนแรงเกินกว่าที่จะคาดหมายจากปัจเจกชนผู้นั้นได้และกระทบหรือผลร้ายที่ปัจเจกชนได้รับเห็นได้ชัดว่ามีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์สาธารณะได้รับ[53] มาตรการนั้นถือว่าเป็นมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ในกรณีมาตรการที่รัฐเลือกใช้ คือ คำสั่งทางปกครอง เมื่อคำสั่งทางปกครองออกมาโดยขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.2.2 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบ

การพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนอกเหนือจากการพิจารณาถึงตัวเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาไปถึงกระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือที่เรียกกันว่าเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบด้วยว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์กระบวนการและรูปแบบในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น กำหนดขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์หลักสองประการ ได้แก่ ประการแรก เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น เรื่องการให้เหตุผล หลักเกณฑ์เรื่องความเป็นกลาง การรับฟังความทุกฝ่าย

---

[53] บรรเจิดน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 34.

ประการที่สอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองอยู่ในสภาพหรือฐานะที่จะพิจารณาสั่งการได้ดี เช่น การกำหนดหน้าที่ให้ต้องหารือ หรือขอความเห็นชอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะมีผลให้ฝ่ายปกครองสั่งการโดยรู้ข้อเท็จจริงและตัดสินใจได้อย่างรอบคอบยิ่งขึ้นอันจะเป็นผลดีแก่ประชาชนด้วย[54]

โดยปกติแล้วการที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบ ย่อมส่งผลให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำนองเดียวกับความบกพร่องหรือความผิดพลาดในทางเนื้อหา แต่อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของความบกพร่องในทางรูปแบบไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง แต่ความบกพร่องดังกล่าวก็ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง กฎหมายกำหนดแต่เพียงให้ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งขยายออกไปเป็นหนึ่งปีเท่านั้น

1) อำนาจหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดย "เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น"[55] ดังนั้น การพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในเบื้องต้นก็จำต้องพิจารณาด้วยว่าการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่[56]

โดยปกติกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งมักจะบัญญัติเอาไว้เสมอว่าจะให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใดเป็นผู้ที่มีอำนาจในเรื่องนั้น การที่กฎหมายหมายบัญญัติให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใดย่อมหมายความว่ากฎหมายมีความไว้วางใจบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้นเป็นพิเศษว่าอยู่ในฐานที่จะใช้ความรู้ ความสามารถตลอดจนประสบการณ์ในการพิจารณาทางปกครองได้ถูกต้องตามกฎหมายและอย่างเหมาะสมแก่กรณี โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่จะต้องใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเอง จะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นกระทำการแทนมิได้ แต่ในบางครั้งกฎหมายอาจบัญญัติให้

---

[54] ฤทัย หงส์สิริ. (2540). ***นิติกรรมทางปกครอง.*** กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 285.

[55] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 12.

[56] ในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในเรื่องนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจในเรื่องนั้น จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เรื่องเสร็จที่ 78/2541 บันทึก เรื่อง อำนาจหน้าที่ของผู้รักษาการในตำแหน่งและผู้ปฏิบัติราชการแทนหัวหน้าสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัด).

อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งเป็นจำนวนมาก หากจะบังคับให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำการด้วยตนเองทุกกรณีอาจทำให้บริการสาธารณะขาดความต่อเนื่องหรือหยุดชะงักลงได้[57] กฎหมายจึงยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถมอบอำนาจให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นกระทำการแทนได้

การมอบอำนาจนั้นจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อปฏิบัติตามหลักเกณฑ์สามประการ ดังนี้

ประการแรก การมอบอำนาจจะต้องมีกฎหมายบัญญัติอนุญาตให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองสามารถมอบอำนาจให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นทำการพิจารณาทางปกครองแทนได้

ประการที่สอง การมอบอำนาจจะต้องมอบอำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เนื่องจากโดยปกติกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการมอบอำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นกระทำการแทนนั้น มักจะบัญญัติระบุตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะสามารถรับมอบอำนาจไว้ด้วย ดังนั้น การมอบอำนาจจึงต้องมอบให้แก่ตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เท่านั้น หากปรากฏว่ามีการมอบอำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายไม่ได้ระบุเอาไว้ การมอบอำนาจนั้นก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สาม การมอบอำนาจจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งอาจมีการบัญญัติไว้ในลักษณะที่ต่างกันออกไป เช่น ให้ทำเป็นหนังสือ ให้ทำเป็นคำสั่งและประกาศในราชกิจจานุเบกษา

กฎหมายที่บัญญัติอนุญาตให้มีการมอบอำนาจได้ กำหนดเจ้าหน้าที่ที่อาจรับมอบอำนาจได้ และกำหนดแบบของการมอบอำนาจดังกล่าวข้างต้น อาจเป็นกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองก็ได้ หรือเป็นกฎหมายที่บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขของการมอบอำนาจทางปกครองของรัฐไว้เป็นการทั่วไปก็ได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 มาตรา 38 ถึงมาตรา 40 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 39 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 81 ถึงมาตรา 86 เป็นต้น[58]

คำสั่งทางปกครองจะออกไปก็แต่โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดและต้องทำในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งเท่านั้น คำสั่งทางปกครองที่ทำลงโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนที่ตนเองจะเข้ารับตำแหน่ง หรือหลังจากที่ตนพ้นจากตำแหน่งย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง

---

[57] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 46.

[58] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 47.

ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่แต่งตั้งให้บุคคลเข้าดำรงตำแหน่งเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ เจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นย่อมต้องพ้นจากตำแหน่งในภายหลัง ปัญหาจึงมีอยู่ว่าคำสั่งทางปกครองที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำลงไปแล้วนั้นจะมีผลเป็นอย่างไร ในเรื่องนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 19 ให้คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่ถูกกระทบกระเทือนเพราะเหตุดังกล่าว[59] แม้คำสั่งทางปกครองจะออกมาโดยเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ก็ยังถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์

โดยส่วนใหญ่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ในการพิจารณาเพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครอง ประชาชนจะต้องได้รับการพิจารณาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความเป็นกลางปราศจากอคติ การบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่ดำเนินกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองต้องเป็นกลางนี้มีประโยชน์ต่ออย่างน้อยสามประการ คือ ประการแรก ประโยชน์ต่อคู่กรณีในกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองที่จะรับหลักประกันว่าเรื่องของตนจะได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ไม่มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้อง ประการที่สอง ประโยชน์ต่อหน่วยงานหรือฝ่ายปกครองเองที่จะได้รับหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีจะไม่สามารถเข้ามาดำเนินกระบวนพิจารณาที่เอื้อประโยชน์แก่คู่กรณีได้ ประการที่สาม ประโยชน์ต่อตัวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่เอง เพราะการที่กฎหมายห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีเหตุว่าอาจไม่เป็นกลางเข้ามาดำเนินกระบวนพิจารณาก็เท่ากับคุ้มครองป้องกันเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมิให้ต้องถูกสงสัยในความเป็นกลางนั่นเอง[60] หลักการความเป็นกลางหรือหลักการไม่มีส่วนได้เสียนี้เป็นหลักการสากลซึ่งได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในหลายประเทศ ในกรณีของประเทศไทยได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 13 และมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ในมาตรา 13 บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

(1) ผู้ที่เป็นคู่กรณีเอง

---

[59] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 19

ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่.

[60] Ule/Laubinger, S.123. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ***วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.*** น.ป.ท. หน้า 70

(2) ผู้ที่มีความเกี่ยวพันเป็นญาติของคู่กรณี ซึ่งได้แก่ คู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี หรือเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

(3) ผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี

(4) ผู้ที่เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี

(5) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีเจ้าหน้าที่พบว่าตนเองเป็นบุคคลที่มีลักษณะตามมาตรา 13 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2536 หรือมีคู่กรณีคัดค้านว่าเจ้าหน้าที่มีส่วนได้เสีย เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องหยุดการพิจารณาทำคำสั่งไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นชั้นหนึ่งให้ทราบเพื่อบังคับบัญชาจะได้มีคำสั่งต่อไป[61]

นอกจากเหตุที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียตามมาตรา 13 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังมีเหตุอื่นที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองได้ด้วยความเป็นกลาง ยกตัวอย่างเช่น มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดในทางธุรกิจ เป็นคู่แข่งทางการค้ากับคู่กรณี กรณีดังกล่าวนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 16 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกรณีดังกล่าวก็เช่นเดียวกับกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย คือ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะพิจารณาเรื่องทางปกครองต่อไปอีกไม่ได้ ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งให้ทราบ[62]

ในระบบกฎหมายเยอรมันก็มีหลักที่ถือกันมานานว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง (Die Verpflichtung zu einer unparteiischen Amtsführung) หลักการดังกล่าวนี้ปรากฏอย่างชัดเจนในรัฐบัญญัติว่าด้วยกรอบของกฎหมายข้าราชการ (BRRG) มาตรา 35 และมาตรา 36 ที่บัญญัติให้ข้าราชการต้องปฏิบัติตามตำแหน่งอย่างเป็นกลางและไม่ใช้ตำแหน่งเพื่อประโยชน์ของตน นอกจากนี้ ยังปรากฏว่าด้วยการปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายอื่นที่กำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนได้เสียในกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองด้วย รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองของหน่วยงานได้เนื่องจากมีส่วนได้เสียหรือมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางไว้ในมาตรา 20 และมาตรา 21 โดยมาตรา 20 บัญญัติตัดบุคคลที่มีส่วนได้เสียในกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองมิให้เข้ามาดำเนินกระบวนพิจารณา ส่วนมาตรา 21 เป็น

---

[61] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 14.

[62] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 16.

การบัญญัติห้ามมิให้บุคคลที่มีเหตุก่อให้เกิดความกังวลในความเป็นกลาง (Besorgnis der Befangenheit) ดำเนินกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครอง

การดำเนินกระบวนพิจารณาของหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 20 และมาตรา 21 คือ การดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจทางปกครอง ด้วยเหตุนี้ การห้ามมิให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียหรือมีเหตุก่อให้เกิดความกังวลในความไม่เป็นกลางเข้ามาดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองจึงไม่ได้หมายถึงการห้ามเฉพาะในชั้นตัดสินใจสั่งการ แต่หมายถึงการห้ามทุกขั้นตอนของการดำเนินกระบวนพิจารณาที่อาจส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจสั่งการ อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ดำเนินการในขั้นตอนที่ไม่มีผลกระทบต่อการตัดสินใจ เช่น พนักงานขับรถ พนักงานส่งเอกสาร หรือเจ้าหน้าที่ที่ช่วยเหลืองานทางเทคนิค ไม่ถูกห้ามตามมาตรา 20 และมาตรา 21[63]

ในประเทศสหรัฐอเมริกาหลักความไม่มีส่วนได้เสียได้เป็นหลักสำคัญที่สุดของหลักกฎหมายวิธีพิจารณาที่หลัก "Due process of law"[64] เรียกร้อง และศาลสหรัฐอเมริกานำหลักทั้งสองนี้ไปใช้ในการควบคุมวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย ถึงแม้ว่าตัวบทกฎหมายปกครองจะไม่ได้บัญญัติเอาไว้ก็ตาม[65]

2) กระบวนขั้นตอนในการออกคำสั่ง

(1) การริเริ่มใช้อำนาจ

---

[63] Kopp/Ramsauer, § 20 RdNr. 3. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 70.

[64] "Due process of law" เป็นศัพท์ที่ถูกนำมาใช้ในความหมายเดียวกันกับ "The law of the land" ใน ค.ศ. 1354 "Due process of law" เป็นที่เข้าใจและยอมรับกันว่าเป็นข้อเรียกร้องพื้นฐานที่สำคัญของหลักความยุติธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน หลักนี้ได้มีอิทธิผลเผยแพร่ไปยังประเทศอาณานิคมของประเทศอังกฤษควบคู่ไปกับหลักกฎหมาย common law อื่นๆ แต่ Magna Carta 1215 ของอังกฤษเกิดมาจากการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ ในขณะที่ Bill of Rights ของสหรัฐอเมริกาจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองหรือรัฐบาลหลัก "due process of law" ได้ถูกนำมาใช้ในอเมริกาก่อนการปฏิวัติอเมริกา ค.ศ. 1776 ซึ่งจะพบใน The Fundamental Constitution of East New Jersey (1683) และในมาตรา 8 ของ The Celebrated Verginia Declaration of Rights แนวความคิดมาตรา 39 Magna Carta 1215 ได้ถูกนำมาใช้ในตัวบทดังกล่าวเพื่อคุ้มครองเสรีภาพ สิทธิและทรัพย์สินของประชาชน

หลัก "Due process of law" ของอเมริกามีบทบาทในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกระบวนการนิติบัญญัติ ตั้งแต่ ค.ศ. 1880 โดยถือเป็นข้อเรียกร้องมาตรฐานขั้นต่ำในการบัญญัติกฎหมาย และได้พัฒนามาเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานทั่วไป การกระทำของรัฐทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นนิติบัญญัติ ตุลาการ ฝ่ายปกครองและปฏิบัติการของตำรวจต้องคำนึงถึงหลักการนี้.

[65] กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 101.

การที่เจ้าหน้าที่ริเริ่มใช้อำนาจในการพิจารณาทางปกครองนั้น อาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ ลักษณะแรก กฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการเริ่มกระบวนการพิจารณาได้เอง ลักษณะที่สองกฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเริ่มกระบวนพิจารณาได้ก็ต่อเมื่อมีคำขอจากเอกชนหรือมีเจ้าหน้าที่อื่นเสนอแนะ

โดยหลักทั่วไปแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะเริ่มพิจารณาเรื่องทางปกครองหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักการเริ่มกระบวนพิจารณาตามดุลพินิจ (Opportunitätsprinzip)[66] แต่ก็อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การริเริ่มออกคำสั่งทางปกครองจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอจากเอกชน หรือมีการเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อน ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่จะต้องมีคำขอของเอกชนเสียก่อน องค์กรเจ้าหน้าที่จึงจะสามารถเริ่มพิจารณาทางปกครองได้ โดยส่วนใหญ่จะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น การขอสัญชาติ การขอใบอนุญาตต่างๆ นอกจากกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะสามารถริเริ่มในการพิจารณาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอจากเอกชนมาแล้ว ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะสามารถริเริ่มในการพิจารณาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีคำเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่น คำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเริ่มพิจารณาได้ต่อเมื่อมีคำเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่น เช่น คำสั่งถอนสัญชาติ

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกไปโดยไม่มีคำร้องขอจากเอกชนหรือ คำเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถถูกองค์กรผู้ทรงอำนาจเพิกถอนได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกไปโดยไม่มีคำร้องขอจากเอกชนนั้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการยื่นคำขอในภายหลังก็ถือได้ว่าความบกพร่องนั้นหมดไป และมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์[67]

(2) การพิจารณา

เมื่อผ่านขั้นตอนการริเริ่มใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ในขั้นตอนต่อไปก็จะเข้าสู่ขั้นตอนการพิจารณาขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งในขั้นตอนนี้มีกระบวนการที่สำคัญดังนี้

(2.1) การปรึกษาหารือ

ในการออกคำสั่งทางปกครองบางประเภท กฎหมายอาจกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือองค์กรอื่นเสียก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้

---

[66] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 51.

[67] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 41.

เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อประโยชน์สองประการด้วยกัน[68] ประการแรก คือ เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และประการที่สองเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

เมื่อกฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองแล้ว กฎหมายย่อมต้องกำหนดตัวองค์กรที่จะเป็นผู้ให้คำปรึกษาหรือที่เรียกกันว่าองค์กรที่ปรึกษาเอาไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายฉบับนั้นด้วย โดยองค์กรที่ปรึกษาอาจมีลักษณะเป็นองค์กรเดี่ยว หรืออยู่ในลักษณะขององค์กรกลุ่มก็ได้ ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับอาจกำหนดลักษณะความผูกพันต่อคำปรึกษาหารือในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยอาจแบ่งได้ดังนี้[69]

กรณีที่หนึ่ง กฎหมายกำหนดให้ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (Avis Conformed) โดยเมื่อองค์กรที่ปรึกษามีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองไปตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษานั้นโดยจะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ การไม่ปฏิบัติตามคำปรึกษาหารือย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่สอง กฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือแต่ไม่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาให้ (Avis Simple) กรณีนี้ กฎหมายบังคับว่าต้องปรึกษาหารือ แต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้วจะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าได้ออกคำสั่งทางปกครองไปก่อนโดยที่ไม่ได้มีการปรึกษาหารือ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่สาม กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องปรึกษาหารือ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะหารือหรือไม่ก็ได้ (Avis Facultative) และถ้าได้ปรึกษาหารือไปแล้วจะถือตามความเห็นขององค์กรที่ได้ปรึกษาหารือไปหรือไม่ก็ได้เช่นกัน ซึ่งในกรณีนี้ หากเจ้าหนี้ที่ผู้สั่งการได้ปรึกษาหารือและสั่งการตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาโดยให้เหตุผลว่าตนจำเป็นต้องออกคำสั่งไปเช่นนั้นเนื่องจาก

---

[68] เอกบุญ มงศ์สวัสดิ์กุล. (2538). ***ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง.*** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 53.

[69] ประสาท พงษ์สุวรรณ์. (2549). "เหตุที่ใช้อ้างเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง". ***วารสารนิติศาสตร์*** ปีที่ 32 ฉบับที่ 2. หน้า 265.

กฎหมายกำหนดให้ต้องผูกพันตามคำปรึกษาหารือนั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2.2) การรับฟังคู่กรณี

หลักการรับฟังคู่กรณี (Audi Alteram Partem) เป็นหลักการคุ้มครองคู่กรณีหรือผู้ที่ถูกกระทบสิทธิให้มีโอกาสที่จะแสดงหลักฐานและความคิดเห็นโต้แย้งข้อเท็จจริงที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนได้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการย่อยของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Jatural Justice)[70] ในรัฐที่ยึดถือหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในการปกครองประเทศโดยเฉพาะประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปนั้น หลักการรับฟังคู่กรณีถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลอย่างเคร่งครัดในทุกกรณี ส่วนในขั้นตอนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองนั้นกฎหมายกำหนดให้นำหลักการรับฟังคู่กรณีนี้มาใช้ด้วย เพียงแต่มิได้กำหนดให้นำมาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองในทุกกรณี[71]

สำหรับการนำหลักการรับฟังคู่กรณีมาใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในประเทศไทยนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

---

[70] หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ประกอบด้วยหลักปราศจากอคติ (Rule against Bias) ซึ่งห้ามเจ้าหน้าที่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ตนพิจารณา และหลักการรับฟังทุกฝ่าย (Audi Alteram Partem) ซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับฟังคู่กรณีทุกคนทุกครั้งก่อนที่จะพิจารณาสั่งการที่มีผลทำให้เขาเสียสิทธิ. โปรดดู ณรงเดช สรุโฆษิต. (2547). "การปรึกษาหารือประชาชนในระบบกฎหมายอังกฤษ (Public Consultation in English Legal System)". *วารสารกฎหมาย* คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 23 ฉบับที่ 2. หน้า 111.

[71] สำนักงานศาลปกครอง. (2546). ***คดีปกครองเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท.*** กรุงเทพมหานคร: ชุมทองอุตสาหกรรมและการพิมพ์. หน้า 135-136. และ Hanns Peter Nehl. (1999). ***Principles of Adminsrtative Procedure in EC Law.*** OR: Hart Publishing. pp. 70-71. อ้างถึงใน วิชญ์ชัย ธรรมประดิษฐ์. (2547). ***การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 104.

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในวรรคแรกของมาตร 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว ก็จะพบว่า กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่จะต้องรับฟังคู่กรณีในกรณีที่ที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องกระทำการ คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระ หรือแม้แต่คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี[72] แล้วแต่ต่อมาถูกยกเลิกเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิของคู่กรณีให้แย่ลง[73]

สิทธิในการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สามารถแบ่งออกได้เป็นสิทธิสองประการด้วยกัน คือ ประการแรก สิทธิของคู่กรณีในการที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และประการที่สอง สิทธิของคู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ประการแรก สิทธิของคู่กรณีในการที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ เป็นสิทธิที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง การกำหนดให้สิทธิคู่กรณีที่จะได้รับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง ก็เพื่อให้คู่กรณีได้รับทราบว่าข้อเท็จจริงใดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเหตุผลในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง หากพบว่าข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองนำมาเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งนั้นไม่ถูกต้อง คู่กรณีก็สามารถโต้แย้งได้ นอกจากนี้ การกำหนดให้สิทธิคู่กรณีที่จะได้รับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองยังทำให้คู่กรณีสามารถแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนได้ถูกต้องและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้นอีกด้วย ส่วนข้อเท็จจริงที่คู่กรณีมีสิทธิรับทราบหมายถึงข้อเท็จจริงสำคัญที่เจ้าหน้าที่จะใช้เป็น

---

[72] คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น คำสั่งให้ทุนการศึกษา คำสั่งรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบสิทธิของคู่กรณี ดังนั้น แม้ก่อนออกคำสั่ง เจ้าหน้าที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณี คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย.

[73] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 62.

เหตุผลในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่ข้อเท็จจริงปลีกย่อยที่ไม่เกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง[74] และในการแจ้งข้อเท็จจริง เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าก่อนและให้เวลาแก่คู่กรณีตามสมควรในการชี้แจงแสดงพยานหลักฐานของตนหักล้างข้อเท็จจริง การแจ้งข้อเท็จจริงและการกำหนดให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานของตนหักล้างข้อเท็จจริงในทันทีหรือในเวลาที่เห็นได้ชัดว่าไม่อาจเตรียมตัวได้ทันย่อมถือเท่ากับว่า เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้สิทธิแก่คู่กรณี การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองและอาจทำให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดได้ แต่หากปรากฏว่ามีกรณีเข้าข้อยกเว้นตามวรรคสองของมาตรา 30(1) ถึง (6) แล้ว ถือเป็นข้อยกเว้นที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบ และหากปรากฏกรณีตามวรรคท้ายของมาตรา 30 แล้ว กฎหมายห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจแจ้งข้อเท็จจริงใดๆ ให้แก่คู่กรณีทราบเลย ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ[75]

ประการที่สอง สิทธิของคู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน (Right to Object and Present Evidence) สิทธิประการนี้ หมายถึง สิทธิที่คู่กรณีจะต้องได้รับโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอย่างเต็มที่ก่อนการตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครอง[76] โดยปกติแล้วในการออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจในการที่จะตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมเรื่องนั้นๆ โดยไม่ผูกพันกับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี[77] แต่เพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยสำคัญผิดในทางข้อเท็จจริง[78] เจ้าหน้าที่จึงต้องให้สิทธิแก่คู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้

วิธีการรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น สามารถแบ่งได้เป็นสองวิธี โดยใช้จำนวนของบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองเป็นเกณฑ์วิธีแรก คือ การรับฟังกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนน้อย ส่วนวิธีที่สอง

---

[74] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 176.

[75] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 177.

[76] G.ISAAC. (1968). ***La procedure administrative non contentieuse.*** n.d. p 402. อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. (2531). ***กระบวนการต่อสู้โต้แย้ง ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.*** กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พริ้นติ้งเฮ้าส์. หน้า 215.

[77] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 28.

[78] M. MORISOR. (1979). ***La resolution n(77) 31 du Conseil de l'Europe sur la protection de l'individu au regard des actes de l'adminstration.*** in EDCE. p. 46.

ได้แก่ การรับฟังกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมาก หรือที่เรียกว่าการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing)[79]

กรณีการรับฟังกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนน้อย คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนน้อย คือ คำสั่งทางปกครองที่เมื่อเจ้าหน้าที่พิจารณาออกคำสั่งไปแล้ว จะมีผลกระทบจำกัดเฉพาะต่อผู้ยื่นคำขอ ผู้คัดค้านคำขอ ผู้ที่อยู่หรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง รวมตลอดถึงผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ด้วยเท่านั้น[80] การรับฟังในกรณีนี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงวิธีและรูปแบบของการรับฟังไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การกำหนดรูปแบบการรับฟังคู่กรณีจึงเป็นดุลพินิจของหน่วยงานซึ่งหน่วยงานก็อาจกำหนดให้คู่กรณีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานด้วยวาจาหรือแถลงเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น[81]

กรณีการรับฟังกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมากหรือที่เรียกว่า การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing) สิทธิที่จะได้รับการรับฟังในกรณีนี้ได้ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้บัญญัติถึงเรื่องการเข้าร่วมกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้ใน มาตรา 57 โดยวางหลักเกณฑ์ว่า ในกรณีที่หน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจการใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ แต่ในปัจจุบันยังมิได้มีการตรากฎหมายมารองรับบทบัญญัติดังกล่าว การจัดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

---

[79] กระบวนการที่รัฐเปิดโอกาสให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นในปัญหาสำคัญของชาติที่มีข้อให้เกี่ยวข้องหลายฝ่าย โดยเฉพาะผู้มีส่วนได้ส่วนเสียโดยตรงได้มีโอกาสรับทราบข้อมูลโดยละเอียด แสดงความคิดเห็นและมีส่วนร่วมในการให้ข้อมูลต่อโครงการหรือนโยบายนั้น ไม่ว่าจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยก็ตาม

คำว่า ประชาพิจารณ์ ประกอบด้วยคำว่า ประชา หมายถึง ประชาชน กับคำว่า พิจารณ์ ซึ่งหมายถึง พิจารณา ตรวจตรา สอบสวน ให้ความคิดเห็น. ประชาพิจารณ์ หมายถึง รับฟังความคิดเห็นของประชาชนในเรื่องที่มีผลกระทบชีวิตของประชาชนทุกคน. การทำประชาพิจารณ์ควรจัดให้ได้รับความคิดเห็นจากประชาชนทุกหมู่เหล่าและทำในวงกว้างเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่สะท้อนความคิดเห็นจากประชาชนอย่างแท้จริง ก่อนที่จะตัดสินใจดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวกับสิ่งที่มีผลต่อประชาชนจำนวนมาก.

[80] จิราพร บุรินทรวานิช. (2548). ***เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง: ศึกษากรณีขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครอง.*** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 62.

[81] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 113.

จึงยังคงต้องนำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548[82] มาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำประชาพิจารณ์ สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติให้มีการรับฟังความเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์อยู่ 3 ฉบับ[83] คือ พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511[84] พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2517[85] และพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518[86] แต่กฎหมายทั้งสามฉบับมิได้กำหนดถึงกระบวนการและขั้นตอนในการรับฟังความเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์เอาไว้ ดังนั้น จึงต้องนำเอาหลักเกณฑ์และกระบวนการรับฟังความเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์ ตามที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 บัญญัติไว้มาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำประชาพิจารณ์

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกไปโดยไม่มีการรับฟังคู่กรณี และไม่ปรากฏว่าเป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจถูกเพิกถอนได้[87]

(3) การให้ความเห็นชอบ

คำสั่งทางปกครองบางประเภทอาจอยู่ในบังคับของกฎหมายหลายฉบับ หรือมีความเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ในหลายหน่วยงาน ซึ่งการจะกำหนดให้คู่กรณีต้องขออนุญาตจากทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว อาจก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่คู่กรณีเกินความจำเป็น หรือเป็นกรณีคำสั่ง

---

[82] ระเบียบนี้มีหลักการและเหตุผล คือ โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐและประชาชน รวมตลอดทั้งเป็นแนวทางในการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการโครงการของรัฐอย่างกว้างขวาง

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11(8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จึงวางระเบียบไว้ โดยมีข้อ 5, ข้อ 6, ข้อ 11, ข้อ 12, ข้อ 13 และ ข้อ 14 ระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการทำประชาพิจารณ์ของหน่วยงานของรัฐได้.

[83] จิราพร บุรินทรวานิช. อ้างแล้ว. หน้า 63.

[84] พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511. มาตรา 18 และมาตรา 19.

[85] พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2517. มาตรา 27.

[86] พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518. มาตรา 19.

[87] ศาลปกครองกลางที่ 679/2547 วินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบและแก้ข้อกล่าวหาซึ่งจัดขึ้นหลังจากวันที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองมิได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนเพื่อแก้ข้อกล่าวหานั้น การออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้

ทางปกครองที่มีความสำคัญ มีความสลับซับซ้อน หรือเป็นเรื่องทางเทคนิคโดยแท้ เช่น การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนสูง การแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง กฎหมายอาจวางข้อกำหนดให้เจ้าหน้าที่จะต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อนจึงจะออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ การออกคำสั่งทางปกครองนั้นออกไปโดยไม่ได้มีการขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หากคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้มีการขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการหรือรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถถูกแก้ไขเยียวยาให้กลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้โดย มาตรา 41(4)[88] แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ วางหลักเกณฑ์ว่าหากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองแล้วปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบ แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ได้ขอความเห็นชอบในภายหลัง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะกลับไปเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้

3) ระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครอง

เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบอีกประการหนึ่ง คือ ระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครอง หมายถึงช่วงเวลาที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการพิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองตั้งแต่การเตรียมการดำเนินการ จนถึงการทำคำสั่งทางปกครองเสร็จสิ้น ในกรณีกฎหมายซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองไว้ เช่น คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ต้องวินิจฉัยอุทธรณ์ของเอกชนซึ่งอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ (มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522)[89] เจ้าหน้าที่ก็มีหน้าที่

---

[88] มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

ฯลฯ ฯลฯ

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

ฯลฯ ฯลฯ

[89] มาตรา 52 ผู้ขอรับใบอนุญาต ผู้ได้รับใบอนุญาต ผู้แจ้งตามมาตรา 39 ทวิ และผู้ได้รับคำสั่งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัตินี้ มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบคำสั่ง

จะต้องพิจารราทำคำสั่งทางปกครองให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองไม่แล้วเสร็จตามกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายฉบับเดียวกันนั้นก็อาจจะบัญญัติให้มีผลในลักษณะต่างกันออกไป เช่น กฎหมายอาจกำหนดให้ กรณีที่เจ้าหน้าที่พิจารณาคำสั่งทางปกครองไม่แล้วเสร็จตามกำหนดเวลาที่ถือว่าเจ้าหน้าที่ได้พิจารณารับคำของของคู่กรณี (มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535)[90] หรือกฎหมายอาจจะกำหนดว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ปฏิเสธคำขอของคู่กรณี

ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองโดยไม่เป็นไปตามกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ผลในทางกฎหมายอาจเป็นไปได้ในสองลักษณะขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการกำหนดระยะเวลาของกฎหมายฉบับนั้น

กรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของราษฎรโดยเฉพาะ ระยะเวลานั้นถือเป็นระยะเวลาที่กฎหมายมุ่งให้มีสภาพบังคับ (Mandatory delay) หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าว ก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่กรณีอาจจะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้

การอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่ง ให้ทำเป็นหนังสือและยื่นต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นผู้ออกคำสั่งดังกล่าวและให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นจัดส่งอุทธรณ์และเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องทั้งหมดไปยังคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายในสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์

ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่งภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ แล้วแจ้งคำวินิจฉัยพร้อมด้วยเหตุผลเป็นหนังสือไปยังผู้อุทธรณ์และเจ้าพนักงานท้องถิ่น ถ้าผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ให้เสนอคดีต่อศาลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์หรือศาลได้มีคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาเป็นประการใด ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นปฏิบัติตามนั้น

ในระหว่างอุทธรณ์ ห้ามมิให้ผู้อุทธรณ์หรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นกระทำการใดแก่อาคารอันเป็นมูลกรณีแห่งการอุทธรณ์ เว้นแต่อาคารนั้นจะเป็นภยันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินหรือมีลักษณะซึ่งไม่อาจรอได้ให้นำมาตรา 47 มาใช้บังคับแก่การแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์โดยอนุโลม

[90] มาตรา 8 การพิจารณาคำขออนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้มีอำนาจอนุญาตจะต้องดำเนินการพิจารณาและแจ้งผลการพิจารณาคำขอให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในหกสิบวันนับแต่วันได้รับคำขออนุญาต และถ้ามิได้แจ้งผลการพิจารณาคำขอให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าผู้มีอำนาจอนุญาตมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอและต้องออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอนั้น

กรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองเพื่อเร่งรัดการปฏิบัติราชการ ไม่ได้เป็นระยะเวลาที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งอาจเรียกได้ว่าระยะเวลาที่ไม่มีสภาพบังคับ (Directory delay) หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าว ก็ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นยังถือว่ามีผลสมบูรณ์ แต่หากความล่าช้าในการพิจารณาแล้วทำให้เกิดความเสียหายเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองอาจจะต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่หรืออาจต้องรับผิดทางวินัย ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ละเลยไม่ทำคำสั่งทางปกครอง จนกระทั่งเลยกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว และก็เป็นกรณีที่กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำคำสั่งทางปกครองเอาไว้ ในกรณีนี้คู่กรณีอาจฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง โดยถือเป็นกรณีตามมาตรา 9(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร เพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองให้

4) แบบของคำสั่งทางปกครอง

มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บัญญัติเรื่องแบบของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้า ใจได้

สรุปได้ว่า ในการทำคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นไปตามหลักเสรีภาพของเจ้าหน้าที่ในการเลือกแบบของคำสั่งทางปกครอง[91] ถือเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการกำหนดหรือวางรูปแบบคำสั่งทางปกครองในรูปแบบใดก็ได้ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองเพียงแต่มีข้อความหรือการสื่อความหมายในลักษณะที่เข้าใจได้ก็เพียงพอแล้ว อย่างไรก็ดี จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายเฉพาะด้วยว่าได้กำหนดแบบในการออกคำสั่งทางปกครองไว้เป็นอย่างไร ซึ่งถ้าเป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้เจ้าหน้าที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ แล้วปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองโดยวาจา หรือโดยรูปแบบอื่น ย่อมถือเป็นการขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นโมฆะ[92] แต่หากกฎหมายเฉพาะไม่ได้มีการกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็สามารถเลือกออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ โดยวาจา หรือจะโดยการ

---

[91] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 146.

[92] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 193. และวรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 120.

สื่อความหมายในแบบอื่นที่สามารถเข้าใจอย่างไรก็ได้ ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจอันเป็นความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่นั้นเอง[93]

ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่เป็นหนังสือเท่านั้น กฎหมายอาจจะกำหนดรูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่จะออกเป็นหนังสือด้วยว่าจะต้องประกอบด้วยรายละเอียดอย่างไรบ้าง ถ้าในกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดรูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือไว้ รูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือก็จะต้องเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ ใน มาตรา 36 ซึ่งจะต้องประกอบด้วย รายการที่หนึ่ง คือ วัน เดือน ปี ที่ออกคำสั่งทางปกครอง รายการที่สอง คือ ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น การกำหนดให้ต้องระบุชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็เพื่อความสะดวกในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้ต้องอุทธรณ์ไปยังเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 44)[94] รายการที่สาม คือ ลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง การกำหนดให้มีการลงลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็เพื่อเป็นการตรวจสอบเบื้องต้นว่า คำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างแท้จริง ไม่ได้มีการปลอมแปลงคำสั่งทางปกครองขึ้นมา อย่างไรก็ตาม รายการเหล่านี้อาจมีการยกเว้นไม่ต้องมีการระบุรายการใดในคำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือก็ได้ โดยการออกเป็นกฎกระทรวงมา ยกเว้นแต่ปัจจุบัน (พ.ศ. 2555) ก็ยังไม่มีการตรากฎกระทรวงในลักษณะดังกล่าวออกมา

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เลือกที่จะออกคำสั่งทางปกครองเป็นวาจา ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถร้องขอให้เจ้าหน้าที่ยืนคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือได้ (มาตรา 35)[95] ซึ่งกรณีนี้เป็นเพียงการทำหนังสือยืนยันคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปโดยวาจาเท่านั้นไม่ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองใหม่แต่อย่างใด ดังนั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงมีผลนับตั้งแต่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยวาจาแล้ว มิใช่ถือว่ามีผลเมื่อได้รับการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือแต่อย่างใด

---

[93] Hartmut Maurer. (1995). ***Droitadministratifallemande.*** traduit par Michel Fromont. p. 245. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 192.

[94] มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว.

[95] มาตรา 35 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งด้วยวาจา ถ้าผู้รับคำสั่งนั้นร้องขอและการร้องขอได้กระทำโดยมีเหตุอันสมควรภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่มีคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องยืนยันคำสั่งนั้นเป็นหนังสือ

นอกจากการออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือและโดยวาจาแล้ว คำสั่งทางปกครองยังอาจปรากฏในรูปแบบอื่นได้อีก เช่น การใช้สัญลักษณ์ต่างๆ เช่น การใช้เครื่องหมาย หรือสัญญาณไฟจราจร เป็นต้น

5) การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

ในนิติรัฐ (Rechtsstaat)[96] การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองไปมีผลกระทบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องดำเนินการอย่างมีเหตุมีผล มิใช่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยอำเภอใจ (Arbitraire) ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงได้มีการสร้างหลักการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองขึ้น เพื่อกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องแสดงเหตุผลประกอบในกรณีที่จะออกคำสั่งทางปกครองไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน การสร้างหลักการดังกล่าวนี้ส่งผลทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความระมัดระวังในการพิจารณาข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองมากขึ้น และหากพิจารณาในแง่ของผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว การกำหนดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองย่อมทำให้ง่ายต่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการแสดงเหตุผลนี้จะทำให้คู่กรณีสามารถทราบได้ว่าตนได้รับการปฏิบัติโดยถูกต้องหรือไม่ และจะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาทบทวนในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อไป[97]

(1) หลักเกณฑ์ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

เนื่องจากหลักการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองปกครองเป็นหลักการสำคัญที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ (Rights and liberties) ของประชาชน ในนานาอารยประเทศได้มีการนำหลักการดังกล่าวนี้เข้ามาปรับใช้ในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง ซึ่งในแต่ละประเทศมีการกำหนดหลักเกณฑ์ของการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่แตกต่างกัน

---

[96] นิติรัฐ คือ การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย โดยการควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ. โปรดดู ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ้างแล้ว. หน้า 67.

[97] ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ้างแล้ว. หน้า 195.

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française)[98] นั้น มีหลักกฎหมายว่า ในการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง ไม่จำเป็นจะต้องแสดงเหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง ยกเว้นแต่กรณีตามที่รัฐบัญญัติว่าด้วยการแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 รัฐบัญญัติ หมายเลข 79-587 ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ว่าด้วยการแสดงเหตุผลของการกระทำทางปกครองและปรับปรุงความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับประโยชน์สาธารณะ Loi N° 79-587 du 11 juillet, 1979, Relative à la motivation des actes administrati*f*set à l'améliovation des rélations entre l'administtion et le public วางหลักไว้ว่า หากเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวซึ่งมีผลเฉพาะเจาะจง (คำสั่งทางปกครอง) ที่ไม่เป็นคุณ (Dégles Dénérales) จะต้องมีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองซึ่งอาจจำแนกได้ ดังนี้

(1.1) บรรดาคำสั่งทางปกครองที่จำกัดสิทธิเสรีภาพส่วนรวม (Libertés Publiques) หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่ามาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเสรีภาพในการเคลื่อนไหว เสรีภาพในทางศาสนา สิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารของรัฐ รวมตลอดถึงเสรีภาพขององค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น (ข้อกำหนด หรือการปฏิเสธที่ออกโดยผู้มีอำนาจกำกับดูแล) ดังที่แจกแจงไว้โดยระเบียบภายใน ลงวันที่ 31 สิงหาคม ค.ศ. 1979

(1.2) คำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัย คำสั่งที่ลงโทษทางภาษี คำสั่งลงโทษทางปกครองแก่ผู้ใช้บริการสาธารณะ การลงโทษปรับทางปกครอง และมาตรการทางปกครองอื่นๆ เช่น การสั่งปิดหน่วยงาน เป็นต้น

(1.3) คำสั่งทางปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นการอนุญาตโดยมีเงื่อนไขที่จำกัด หรือที่บังคับให้ยอมรับภาระจำยอมบางประการ เช่น ข้อกำหนดหน้าที่ หรือข้อห้ามซึ่งออกใช้บังคับแก่บุคคลบางคน ทั้งนี้ เพื่อปกป้องสุขภาพ ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น การเกณฑ์เอาทรัพย์สิน หรือการเข้าครอบครองไว้ชั่วคราว

(1.4) คำสั่งทางปกครองซึ่งมีผลเป็นการเพิกถอน หรือยกเว้นคำสั่งทางปกครองก่อนหน้านั้นซึ่งมีลักษณะเป็นการให้สิทธิ เช่น การเพิกถอน หรือยกเว้นคำสั่งทางปกครองก่อนหน้านั้นซึ่งมีลักษณะเป็นการให้สิทธิ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตต่างๆ การยกเลิกความยินยอม

---

[98] สาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นระบบศาลคู่ที่มีศาลปกครอง โดยกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมีความหมายกว้างกว่าคดีปกครองมาก เพราะหลักกฎหมายปกครองบางประการอาจไม่เกี่ยวข้องกับศาลเลยก็ได้ อาทิ การจัดโครงสร้างทางปกครอง (Structure administrative) ซึ่งคำพิพากษาของศาลไม่ได้ก่อให้เกิดการจัดองค์กรเลย หากจะมีบทบาทอยู่บ้างก็เป็นเรื่องการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นที่มาของการจัดองค์กรนั้น. โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2537). "ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส". *ดุลพาห.* หน้า 102.

(1.5) บรรดาคำสั่งทางปกครองซึ่งตัดสิทธิของบุคคลอื่นอันเนื่องมาจากอายุความหรือการที่มิได้ใช้สิทธิในกำหนดเวลา

(1.6) คำสั่งทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาเป็นการปฏิเสธการให้ประโยชน์แก่บุคคลซึ่งตามที่ควรจะเป็นโดยเจ้าหน้าที่มีหน้าที่จะต้องกำหนดให้ เนื่องมากจากการที่ผู้นั้นได้ดำเนินการครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว[99]

ส่วนในประเทศเยอรมัน หลักเกณฑ์การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเป็นไปตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 39 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwVfG) Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG))[100] ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องแสดงเหตุผลในเชิงรูปแบบ โดยมาตรา 39 วรรคหนึ่ง วางหลักว่า ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือหรือโดยรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์หรือยืนยันคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยวาจาเป็นหนังสือ หรือโดยรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีการแสดงเหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง โดยการแสดงเหตุผลนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ[101] แม้กฎหมายจะกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ก็มีหลายกรณีที่กฎหมายยกเว้นให้ไม่ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง เช่น กรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นไปตามคำขอของผู้ยื่นคำขอทุกประการ กรณีที่เหตุผลเป็นที่รู้กันอยู่แล้วหรือปรากฏในกระทรวงแล้ว กรณีที่มีการปิดประกาศคำสั่งทั่วไปโดยเปิดเผยแล้ว หรือกรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองคราวละจำนวนมากโดยอาศัยเครื่องอัตโนมัติ เป็นต้น[102]

ในประเทศไทยนั้น หากเป็นกรณีที่มิได้มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติถึงเรื่องการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง หรือมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติ แต่มีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการในลักษณะที่ต่ำกว่าที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้แล้ว การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองย่อมจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

---

[99] พนม เอี่ยมประยูร. (2541). ***การแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการฝ่ายปกครอง (Motivation) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.*** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญชน. หน้า 98.

[100] เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1976 ซึ่งแก้ไขโดยมาตรา 1 ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ข้อ 4 บริหาร พระราชบัญญัติ 25 May 1976 – Includes provisions ruling certain aspects of the asylum procedure. In the wording last promulgated on January 23rd 2003 Federal Law.

[101] เพ็ญศรี วงศ์เสรี. อ้างแล้ว. หน้า 100.

[102] กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 160.

ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539[103] ซึ่งกำหนดให้ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองจะต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อพิจารณาและสนับสนุนการใช้ดุลพินิจ

ในส่วนของหลักเกณฑ์การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองนั้น เมื่อได้มีการพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตลอดทั้งมาตราแล้ว ก็จะพบว่าบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีความไม่ชัดเจนว่าคำสั่งทางปกครองในกรณีใดบ้างที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง และผลของการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดจะเป็นอย่างไร

อย่างไรก็ตามในกรณีนี้สรุปได้ว่าหากเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือหรือเป็นกรณีการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ เจ้าหน้าที่จะต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองด้วย หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเอาไว้หรือแสดงไว้แต่ไม่ครบถ้วน คำสั่งทางปกครองนั้น ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ได้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองมาในภายหลัง คำสั่งทางปกครองนั้นก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้[104]

(2) ข้อยกเว้นของการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

---

[103] มาตรา 37 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ

2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง

3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช่บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

1) เป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น

2) เหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยไม่จำต้องระบุอีก

3) เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32

4) เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วนแต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ.

[104] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2).

ในมาตรา 37 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติถึงกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง กรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลอื่น ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลตรงตามคำขอของคู่กรณีทุกประการ หากเป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอเพียงบางประการก็จะไม่ถือเป็นกรณีตามข้อยกเว้นนี้ และนอกจานี้เมื่อพิจารณาผลกระทบที่มีต่อบุคคลที่สามแล้ว จะต้องไม่ปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวกระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่สามแต่อย่างใด

ประการที่สอง กรณีที่เหตุผลที่เป็นที่รู้กันอยู่แล้ว กรณีตามข้อยกเว้นประการที่สองนี้เป็นกรณีที่คู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแจ้งเหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครองอีก เหตุที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้กระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นไปอย่างสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น แต่เนื่องจากบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นข้อยกเว้นในการใช้บังคับจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด

ประการที่สาม เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ข้อยกเว้นในเรื่องนี้เป็นการนำเอาหลักการปฏิเสธสิทธิของคู่กรณีในการขอตรวจดูเอกสารมาใช้กับการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง อย่างไรเป็นความลับนั้นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไม่ได้กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้จึงเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีประกอบ โดยมีแนวทางการใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 15

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าระบบกฎหมายไทยให้การคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ไว้เป็นพิเศษ ด้วยเหตุนี้ข้อมูลข่าวสารที่กระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์จึงเป็นความลับเสมอ ถ้าเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ส่งผลกระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะระบุเหตุผลนั้นในคำสั่งทางปกครองไม่ได้ กรณีดังกล่าวนี้ไม่เกี่ยวกับการต่อสู้คดีซึ่งอาจมีความจำเป็นที่ต้องนำข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นมาประกอบการพิจารณาในชั้นศาล[105]

ประการที่สี่ กรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วนแต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขออันที่จริงแล้วข้อยกเว้นข้อนี้ในส่วนของการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ก็ได้ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ออกด้วยวาจานั้นไม่เป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้อง

---

[105] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 152.

ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองอยู่แล้ว เพราะการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นเรื่องของคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งปกครองเป็นหนังสือเท่านั้น คำว่า "เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา" จึงเป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายบัญญัติถ้อยคำเกินมา จึงต้องอธิบายความหมายของข้อยกเว้นในกรณีนี้ว่า การออกคำสั่งทางปกครองในกรณีเร่งด่วนประการหนึ่งและการยืนยันคำสั่งทางปกครองที่ออกด้วยวาจาเป็นหนังสืออีกประการหนึ่งเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นร้องขอ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรภายในระยะเวลาอันสมควรในภายหลัง[106]

6) การจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์โต้แย้ง (Appellate Argument) ต่อไปได้องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์โต้แย้งการยื่นคำอุทธรณ์หรือโต้แย้ง ตลอดจนระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือโต้แย้งดังกล่าวให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง หรือผู้ตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองทราบด้วย ซึ่งเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บัญญัติไว้ใน มาตรา 40[107] ถ้าเป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์หรือโต้แย้งตลอดจนระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้ง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะต้องจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งตามหลักเกณฑ์ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะนั้นลงไว้ในคำสั่งทางปกครอง ส่วนถ้าเป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะที่เป็นฐานแห่งการออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ หลักเกณฑ์การอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่างๆ จะต้องเป็นไปตามที่มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้[108]

---

[106] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 153

[107] มาตรา 40 "คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ให้ระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งดังกล่าวไว้ด้วย

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่ง แต่ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่และระยะเวลาดังกล่าวมีระยะเวลาสั้นกว่าหนึ่งปี ให้ขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง".

[108] มาตรา 44 "ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อ

หากคู่กรณีไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการอุทธรณ์ที่กำหนดให้ครบถ้วนเสียก่อนจะไม่มีสิทธินำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ก็มีคำสั่งทางปกครองสองประเภทที่แม้กฎหมายมิได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองของรัฐมนตรี เนื่องจากไม่มีผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่าที่จะพิจารณาอุทธรณ์ได้แล้ว และประเภทที่สอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการ เนื่องจากคณะกรรมการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะและไม่อยู่ในระบบสายการบังคับบัญชา คำสั่งของคณะกรรมการจึงเป็นที่สุดไม่มีองค์กรใดที่สูงกว่าที่จะพิจารณาได้[109] ถึงแม้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการจะไม่ต้องจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้นแต่โดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ รัฐมนตรีหรือคระกรรมการผู้ออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องระบุวิธีการที่ยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 50[110]

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่จดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งโดยไม่ถูกต้องไว้ในคำสั่งทางปกครองไม่ส่งผลถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งนั้นยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมาย เพียงแต่ระยะเวลาในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทาง

เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าวคำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย

การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง".

[109] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 48.

[110] คำสั่งใดที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ให้ผู้ออกคำสั่งระบุวิธีการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่น คำฟ้องไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วย

ในกรณีที่ปรากฏต่อผู้ออกคำสั่งในภายหลังว่า ตนมิได้ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้นั้นดำเนินการแจ้งข้อความซึ่งพึงระบุตามวรรคหนึ่งให้ผู้รับคำสั่งทราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีนี้ให้ระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเริ่มนับใหม่นับแต่วันที่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งข้อความดังกล่าว

ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่ตามวรรคสองและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องมีกำหนดน้อยกว่าหนึ่งปี ให้ขยายระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง.

ปกครองดังกล่าว จะเริ่มนับก็ต่อเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้แจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งดังกล่าวในภายหลังและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองสั้นกว่าหนึ่งปี ให้ขยายระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองเป็นหนึ่งปีนับแต่วันรับแจ้งคำสั่งทางปกครอง[111]

2.3 ลักษณะและผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง

2.3.1 ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง

ในระบบกฎหมายของไทยนั้น หากเราได้พิจารณาถึงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันจะพบว่าระบบกฎหมายได้กำหนดผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องหลายลักษณะ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงของความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งอาจสรุปลักษณะของผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในเบื้องต้น ดังนี้

1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความผิดพลาดนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด

คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความผิดพลาดนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Void)[112] ถึงแม้ว่ากรณีนี้จะเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง แต่ระบบกฎหมายจะปล่อยให้คำสั่ง

---

[111] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 154.

[112] คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นไม่มีผลในกฎหมาย กล่าวได้ว่าความเป็นโมฆะดังกล่าวมีผล คือ

(1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในกฎหมาย ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าในภาคเอกชนหรือภาครัฐ หรือแม้แต่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเองอาจปฏิเสธไม่รับรู้ว่ามีคำสั่งเช่นนั้นอยู่ได้ ผู้ใดพยายามบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นอาจต้องมีความผิดทางละเมิดได้ คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะมีผลเท่ากับไม่มีการใดเกิดขึ้น ดังนั้น จึงจะแก้ไขให้สมบูรณ์อีกไม่ได้

(2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะมีผลเท่ากับไม่มีการใดเกิดขึ้น ดังนั้น จึงจะแก้ไขให้สมบูรณ์อีกไม่ได้

คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในกฎหมาย ผู้ใดจึงยกเอาความเป็นโมฆะขึ้นอ้างเมื่อใดก็ได้ ไม่ว่าจะโดยฝ่ายปกครอง เอกชนที่เกี่ยวข้องหรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง และไม่ว่าในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ ชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือชั้นการพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง โดยไม่มีอายุความ โดยไม่จำต้องวินิจฉัยให้เพิกถอน แต่วินิจฉัยแสดงความไม่มีอยู่ของคำวินิจฉัยนั้นด้วยเหตุเป็นโมฆะ. โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 283-285.

ทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายอย่างรุนแรงมีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองมุ่งประสงค์ไม่ได้ ความไม่มีผลในทางกฎหมาย (โมฆะ) ของคำสั่งในกรณีนี้ย่อมเป็นไปตามสภาพและเหตุผลของเรื่อง

2) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ถึงขนาดรุนแรงและมิได้เห็นได้ประจักษ์ชัด

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่มีขนาดรุนแรงและไม่เห็นได้ประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือแม้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็จะมีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอน

3) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ แม้ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวในภายหลังตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถือว่ามีความบกพร่องเพราะเหตุดังกล่าวอีกต่อไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะนำความบกพร่องดังกล่าวมาอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้และข้ออ้างที่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องจากเหตุดังกล่าวย่อมตกไป

4) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ แต่รูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการนั้นไม่เป็นสาระสำคัญ กล่าวอีกนัยหนึ่งการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบใดๆ ต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายและไม่อาจถูกเพิกถอนได้เพราะเหตุดังกล่าวได้[113]

---

[113] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542. มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ให้อำนาจศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้น กรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายโดยอาศัยหลัก Argumentum e Contrario ซึ่งการใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลว่ากรณีที่กฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น (Argumentum e Contrario, Argumentum e Silentio) การใช้กฎหมายในกรณีนี้มีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับการใช้

5) คำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อย

คำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อยที่เจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอนั้น แม้ว่าจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอยู่บ้างกฎหมายให้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

6) คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครองแม้ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง แต่ความบกพร่องดังกล่าวก็ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะกฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งขยายออกไปเป็นหนึ่งปี หากไม่มีการแจ้งระยะเวลาอุทธรณ์ตามไปหลังจากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว

2.3.2 ผลของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง

1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ

คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด[114] หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้น หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในระบบกฎหมายจึงไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ในประเทศไทยไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดบัญญัติถึงเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายต้องการจะปล่อยให้เป็นเรื่องของพัฒนาการในการตีความ

กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy, Argumentum a Simile) เช่น กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามที่บัญญัติไว้โดย เฉพาะมีหน้าที่ต้องแสดงบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินเท่ากับว่ารัฐธรรมนูญไม่บังคับให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ไม่ได้ บัญญัติไว้มีหน้าที่ดังกล่าวด้วย การใช้กฎหมายกรณีนี้จะต้องตรวจสอบดูวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าต้องการให้นำบท กฎหมายหรือหลักกฎหมายนั้นไปเทียบเคียงหรือไม่ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจหน้าที่เท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้น ไว้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถขยายอำนาจหน้าที่ของตนออกไปวินิจฉัยเรื่องที่ไม่ อยู่ในเขตอำนาจโดยเทียบเคียงอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ได้ เพราะการขยายอำนาจหน้าที่ออกไปดังกล่าวจะกระทบกับโครงสร้างและดุลยภาพแห่ง อำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐทั้งปวง. โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2551). "การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน". *วารสารวิชาการศาลปกครอง* ปีที่8, ฉบับที่ 2. หน้า 43-83.

[114] ในประเทศฝรั่งเศสจะไม่นำหลักเรื่องโมฆะกรรมมาใช้กับกรณีของคำสั่งทางปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) ได้สร้างทฤษฎี L'inexistence หรือทฤษฎีว่าด้วยการไม่มีตัวตนหรือไม่มีอยู่ขึ้นใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด.

กฎหมาย และแม้จะมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็มิได้หมายความว่าระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยปฏิเสธไม่ยอมรับหลักการเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด[115] ดังนั้น การศึกษาเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองนั้นจึงจำเป็นจะต้องศึกษาโดยเทียบเคียงจากบทบัญญัติในกฎหมายของต่างประเทศและจากคำพิพากษาศาลปกครองที่ได้วางแนวบรรทัดฐานไว้ ซึ่งจากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศจะพบว่ามีเหตุหลายประการที่นักวิชาการเห็นตรงกันว่าน่าจะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองที่ได้ออกมาเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏว่าในหนังสือนั้นระบุหน่วยงานที่เป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนด

(3) คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการที่ไม่อาจปฏิบัติได้จริง

(4) คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและส่งผลให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้รับโทษทางอาญา

(5) คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

นอกจากนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองยังไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้ การที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวตกเป็นโมฆะผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ หากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ในกระบวนพิจารณาในชั้นศาล หากปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองที่ศาลพิจารณาคดีอยู่นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ศาลปกครองก็อาจยกประเด็นเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองขึ้นมาพิจารณาได้เองและพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้[116]

2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางเนื้อหาหรือทางรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่ไม่ถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ ความบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เนื่องจากคำสั่งทางปกครองนั้นมีคุณลักษณะสำคัญ คือ ความมีผลในทางกฎหมายโดยไม่ขึ้นอยู่กับความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า แม้คำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แจ้งคำสั่งดังกล่าวไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง

---

[115] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 282.

[116] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 168.

คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับคำสั่งก็สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ ผู้รับคำสั่งไม่สามารถที่จะปฏิเสธการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้

(1) กรณีที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญนั้นมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งกรณีจะต่างกับการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากแก้ไขคำสั่งทางปกครองมาตรา 43 นั้นจะเป็นกรณีของความบกพร่องที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด แต่ในกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 นั้นจะเป็นกรณีของความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งส่งผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือการไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตรวจพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปนั้นมีความบกพร่องหรือเป็นกรณีที่มีการอุทธรณ์โต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และปรากฏว่าความบกพร่องนั้นเป็นความบกพร่องที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้ตามมาตรา 41 เมื่อองค์กรเจ้าหนี้ที่ฝ่ายปกครองได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ความบกพร่องนั้นย่อมถือเป็นอันหมดสิ้นไป คำสั่งทางปกครองก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ตามมาตรา 41 ก่อนที่จะได้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองต้องถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถหยิบความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นขึ้นมาเพื่อใช้ในการอุทธรณ์ เพื่อให้เจ้าหน้าที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือในกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็สามารถยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้ในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองดังเช่นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีอื่นๆ ได้

(2) กรณีที่ไม่สามรถแก้ไขเยียวความบกพร่องได้

คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางเนื้อหา หรือคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ตามมาตรา 41 แห่ง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครองฯ คำสั่งทางปกครองนั้นถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตรวจพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปนั้นมีความบกพร่อง หรือเป็นกรณีที่มีการอุทธรณ์โต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำได้แต่เพียงทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น[117]

2.4 หลักการและเหตุผลในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

โดยเหตุที่หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในระบบกฎหมายปกครอง ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจเป็นการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องยึดถือหลักการดังกล่าวนี้เสมอ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้นประกอบด้วยหลักการอยู่สองหลักด้วยกัน ก็คือ หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ และหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เป็นหลักการที่เรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การกระทำใดที่เป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและส่งผลต่อความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครอง เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง ดังนั้น การออกคำสั่งทางปกครององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองอื่นๆ

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกไปโดยขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง และความบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากคำสั่งทางปกครองนั้นออกไปโดยขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นอาจส่งผลต่อคำสั่งทางปกครองในระดับที่แตกต่างกันในกรณีที่ความบกพร่องดังกล่าวเป็นความบกพร่องในทางรูปแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ เช่น คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง แม้จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง แต่คำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่ระยะเวลาในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

---

[117] รายละเอียดในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง. โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 129-233.

ดังกล่าวจะเริ่มนับก็ต่อเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้แจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 40) กรณีจะต่างออกไปหากความบกพร่องที่เกิดขึ้นเป็นความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ เช่น การไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง การไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็อาจมีความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญบางประการที่กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองขึ้นได้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง หมายถึง การขจัดความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ ด้วยการกระทำเสียใหม่ภายหลังจากที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว เหตุผลที่กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองสืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ว่า แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีความบกพร่องในทางรูปแบบ แต่หากเนื้อของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความถูกต้อง การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวแล้วออกคำสั่งทางปกครองนั้นเสียใหม่แต่เพียงอย่างเดียวจึงเป็นเรื่องที่ไร้เหตุผล หากมีการกระทำอย่างถูกต้องตามรูปแบบหรือกระบวนการที่กฎหมายกำหนดแล้วเจ้าหน้าที่ก็จะยังคงออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเช่นเดิมอยู่นั่นเอง[118]

การที่ระบบกฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดขึ้นในทางรูปแบบหรือกระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีปัญหาถกเถียงกันอยู่ว่าอาจเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับหลักนิติรัฐ ซึ่งมีหลักประการหนึ่งว่าการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เพราะการที่กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดขึ้นในทางรูปแบบหรือกระบวนการขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองก็เท่ากับว่ากฎหมายยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมาย และการกระทำเช่นนั้นย่อมส่งผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดรูปแบบหรือกระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองเสื่อมความสำคัญลง[119] อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ ฝ่ายสนับสนุนให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็ได้โต้แย้งว่า การที่กฎหมายกำหนดรูปแบบหรือกระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองเอาไว้ก็เพื่อให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ได้คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาที่ถูกต้อง หากการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถลด

---

[118] Wolff/Decker. (2005). ***Studienkommentar VwGO VwVfG.*** München: Beck. pp. 663-670.

[119] *Ibid*, pp. 663-670.

กระบวนการที่ซ้ำซ้อน ทำให้การทำงานขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และการกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในทางรูปแบบนั้นก็ยังคงมีเนื้อหาเช่นเดิมอยู่นั่นเอง[120] จึงไม่มีเหตุผลอันใดที่จะปฏิเสธไม่ยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้แต่อย่างใด

จากที่กล่าวถึงแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นความหมาย องค์ประกอบและผลผูกพันของคำสั่งทางปกครอง เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ลักษณะและผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง และหลักการและเหตุผลในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ในบทต่อไปจะได้ศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง

---

[120] Wolff/Decker. *supra*. pp. 663-670. ประกอบกับ Ule/Laubinger. (1995). ***Verwaltungsverfahrensrecht.*** Köln/Berlin /Bonn/München: Carl Heymanns, 4 Aufl. pp. 559-581.