

ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ
: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย

ปัญญา จันสกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2550

**The Effect of Administrative Orders Issued by Officials with Defective Powers
: A Comparative Study of German, French and Thai Laws.**



Panya Jansakul

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2007

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี เพราะความกรุณาของผู้มีอุปการคุณหลายท่าน ซึ่งผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณ รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์ กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ ที่คอยให้คำปรึกษา แนะนำ และให้ความช่วยเหลือเป็นอย่างดี ดร.พิรพันธุ์ พาลุสุข ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ รวมทั้ง รศ.ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และ ผศ.ดร.พรชัย เลื่อนฉวี กรรมการวิทยานิพนธ์ ที่คอยชี้แนะในการสอบวิทยานิพนธ์ ตรวจสอบแก้ไข และปรับปรุงวิทยานิพนธ์นี้ ให้ดียิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณ ดร.วรรณชัย บุญบำรุง และนายจිරพงษ์ เกียรติธำรงกุล ที่ให้ข้อสังเกต และข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ สำหรับความช่วยเหลือด้านข้อมูล กฎหมายฝรั่งเศส นายคนันท์ ชัยชนะ สำหรับความช่วยเหลือด้านข้อมูลกฎหมายเยอรมัน และ นายยอดฉัตร ศสาริกา สำหรับความช่วยเหลือด้านภาษาอังกฤษ อีกทั้ง นายธนวัฒน์ สังข์ทอง ผู้บังคับบัญชาของผู้ศึกษาที่คอยสนับสนุนและให้กำลังใจ นางสาวเรวดี ขวัญทองยิ้ม ซึ่งช่วยเหลือด้านข้อมูลต่างๆ และที่ขาดไม่ได้คือ นางสาวรัชฎา เนื่อนาค (น้องขนุนจ้า) ผู้จัดพิมพ์วิทยานิพนธ์ จนเสร็จสมบูรณ์

สุดท้ายนี้ขอขอบคุณจากใจแด่ นางจिरนุช จันสกุล ภรรยาที่รักของผู้ศึกษาที่อยู่เคียงข้าง ทั้งมีส่วนผลักดันและสนับสนุนด้วยดีตลอดมา “ดีใจจังที่ได้แต่งงานกับเธอ”

หากงานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะได้อะไรประโยชน์หรือเกิดความคิดดีๆ ผู้ศึกษาขออุทิศ ให้แก่ คุณพ่อประโชติ คุณแม่พัชนี และญาติพี่น้องตระกูลจันสกุลและตระกูลกิติศรีวรพันธุ์ ตลอดจนครอบครัวของนักศึกษาที่ล่วงลับไปแล้ว ขอให้พวกท่านได้โปรดรับบุญกุศลในผลนี้ด้วย

ปัญญา จันสกุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	6
1.3 สมมุติฐานของการวิจัย.....	6
1.4 ขอบเขตการวิจัย.....	7
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
2. การดำเนินความคิดในการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง.....	9
2.1 หลักกฎหมายที่สำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง.....	10
2.1.1 หลักการกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย.....	10
2.1.2 หลักการคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชน ในการกระทำของรัฐ.....	12
2.1.3 หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ.....	13
2.2 โครงสร้างการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง.....	14
2.2.1 ข้อพิจารณาในโครงสร้างลำดับที่หนึ่ง; เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่.....	14
2.2.1.1 คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ.....	14
2.2.1.2 การออกคำสั่งทางปกครองมีกฎหมายให้อำนาจ หรือมีอำนาจกระทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย.....	16

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.2 ข้อพิจารณาในโครงสร้างลำดับที่สอง: เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่.....	16
2.2.2.1 รูปแบบของคำสั่งทางปกครอง.....	17
2.2.2.2 วิธีพิจารณาหรือขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง.....	17
2.2.2.3 เนื้อหาสาระณะของการออกคำสั่งทางปกครอง.....	19
2.3 ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง.....	21
2.3.1 ประเภทของผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.....	21
2.3.1.1 คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ.....	22
2.3.1.2 คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ.....	22
2.3.2 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.....	22
2.3.2.1 ระบบกฎหมายเยอรมัน.....	23
2.3.2.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	24
2.3.2.3 ระบบกฎหมายไทย.....	26
2.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างผลของคำสั่งทางปกครอง กับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง.....	28
3. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง.....	30
3.1 ความหมายของเจ้าหน้าที่.....	31
3.2 ประเภทของเจ้าหน้าที่.....	33
3.2.1 เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ.....	33
3.2.2 เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจ.....	33
3.2.2.1 กฎหมายบัญญัติให้มอบอำนาจได้ไว้เป็นกรณีเฉพาะ.....	34
3.2.2.1 กฎหมายบัญญัติให้มอบอำนาจได้ไว้เป็นการทั่วไป.....	34

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่.....	35
3.3.1 เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น.....	35
3.3.1.1 หลักเกณฑ์ด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่.....	36
1) การเข้าสู่ตำแหน่งหรือการรับมอบอำนาจ.....	36
(1) เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ.....	36
(2) เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจ.....	37
2) การคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครอง ที่มีเหตุบกพร่องในด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่.....	38
(1) ลักษณะของเหตุบกพร่อง.....	42
(2) ผลการคุ้มครองคำสั่งทางปกครอง.....	45
3.3.1.2 หลักเกณฑ์ด้านเนื้อเรื่อง.....	48
3.3.1.3 หลักเกณฑ์ด้านลำดับชั้น.....	49
3.3.1.4 หลักเกณฑ์ด้านพื้นที่.....	50
3.3.2 เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น.....	51
3.3.2.1 เจ้าหน้าที่มีลักษณะไม่เป็นกลาง.....	52
1) เจ้าหน้าที่ที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณี.....	52
2) เจ้าหน้าที่มีพฤติการณ์อื่นที่ชวนให้เกิด ความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าไม่เป็นกลาง.....	52
3.3.2.2 ขั้นตอนการปฏิบัติเมื่อมีความไม่เป็นกลาง.....	53
1) กรณีเจ้าหน้าที่เป็นบุคคลธรรมดา.....	53
2) กรณีเจ้าหน้าที่เป็นคณะกรรมการ.....	53
3.3.2.3 ข้อยกเว้นหลักในเรื่องความไม่เป็นกลาง.....	54
1) กรณีจำเป็นเร่งด่วน.....	54
2) กรณีไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติหน้าที่แทน.....	54

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบผลของคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ.....	55
4.1 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ ที่มีได้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น.....	56
4.1.1 กรณีบกพร่องด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่.....	56
4.1.1.1 กรณีบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองปราศจากอำนาจ.....	56
1) ระบบกฎหมายเยอรมัน.....	56
2) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	57
3) ระบบกฎหมายไทย.....	59
4) วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	61
4.1.1.2 กรณีปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบ.....	63
1) ระบบกฎหมายเยอรมัน.....	63
2) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	64
3) ระบบกฎหมายไทย.....	64
4) วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	64
4.1.2 กรณีบกพร่องด้านเนื้อเรื่อง.....	65
1) ระบบกฎหมายเยอรมัน.....	65
2) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	66
3) ระบบกฎหมายไทย.....	67
4) วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	68
4.1.3 กรณีบกพร่องด้านลำดับชั้น.....	69
1) ระบบกฎหมายเยอรมัน.....	69
2) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	70
3) ระบบกฎหมายไทย.....	70
4) วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	72

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.1.3 กรณีบกพร่องด้านพื้นที่.....	74
1) ระบบกฎหมายเยอรมัน.....	74
2) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	74
3) ระบบกฎหมายไทย.....	75
4) วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	77
4.2 ผลของคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ ที่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น.....	77
1) ระบบกฎหมายเยอรมัน.....	77
2) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	78
3) ระบบกฎหมายไทย.....	79
4) วิเคราะห์เปรียบเทียบ.....	82
5. บทสรุป.....	85
5.1 เหตุบกพร่องที่รุนแรงและประจักษ์ชัด จนถึงขนาดทำให้ คำสั่งทางปกครองตกอยู่ในสภาพอันเป็น “โมฆะ”.....	85
5.1.1 กรณีบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือยังไม่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง	85
5.1.2 กรณีเหตุบกพร่องด้านเนื้อเรื่อง	86
5.2 เหตุบกพร่องที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ จึงสมควรต้องเพิกถอน คำสั่งทางปกครองนั้น	86
5.2.1 กรณีเหตุบกพร่องด้านลำดับชั้น อันเนื่องมาจาก ผู้บังคับบัญชาล่วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชา	86
5.2.2 กรณีคำสั่งทางปกครองออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น.....	87

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5.3 เหตุบกพร่องเล็กน้อย ซึ่งหากมิได้มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระ ของคำสั่งทางปกครอง หรือสามารถแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ ในภายหลังแล้ว ย่อมไม่อาจยกเป็นเหตุเพิกถอน คำสั่งทางปกครองนั้นได้.....	88
5.3.1 กรณีเหตุบกพร่องด้านลำดับชั้น อันเนื่องมาจาก ผู้บังคับบัญชาแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชา.....	88
5.3.2 กรณีเหตุบกพร่องด้านพื้นที่.....	88
5.4 เหตุบกพร่องที่กฎหมายให้การคุ้มครอง ผลของคำสั่งทางปกครองนั้นให้ยังคงสมบูรณ์ต่อไป.....	89
5.4.1 กรณีปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบด้วยกฎหมาย.....	89
5.4.2 กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว ก่อนออกคำสั่งทางปกครอง.....	90
บรรณานุกรม.....	91
ประวัติผู้เขียน.....	97

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย
ชื่อผู้เขียน	นายปัญญา จันสกุล
อาจารย์ที่ปรึกษา	รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2549

บทคัดย่อ

ในประเทศที่มีการปกครองด้วยกฎหมายหรือ “นิติรัฐ” การที่รัฐจะกระทำกิจกรรมอันใด จำเป็นต้องดำเนินการให้สอดคล้องตามบทกฎหมาย โดยเรียกหลักการนี้ว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้น “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งเป็นการกระทำของรัฐรูปแบบหนึ่งในทางปกครอง จึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้เช่นกัน และเนื่องจากรัฐต้องดำเนินการผ่านทางเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของตน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงเป็นส่วนสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครอง หากคำสั่งทางปกครองใดออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ กล่าวคือมิได้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าว ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมายมหาชนถือหลักว่าคำสั่งทางปกครองสมควรมีความศักดิ์สิทธิ์น่าเชื่อถือ หากยอมให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขาดสภาพบังคับในทุกกรณีแล้ว อาจกระทบต่อความไว้วางใจของประชาชนในการกระทำของรัฐ และประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน ด้วยหลักนี้เองที่เรียกร้องให้ เมื่อเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองใดไป ประชาชนย่อมต้องเคารพและปฏิบัติตาม โดยมีต้องคำนึงว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ จนกว่าคำสั่งทางปกครองจะถูกทำให้สิ้นผลไป เว้นแต่กรณีเหตุบกพร่องที่เกิดขึ้นมีความรุนแรงและประจักษ์ชัด จนไม่สมควรให้ผู้ใดกล่าวอ้างความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ก็อาจยังผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปตั้งแต่ต้น ซึ่งจากศึกษาในเชิงเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทยแล้ว พบว่าในแต่ละประเทศได้มีแนวทางการวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน โดยอาจสรุปภาพรวมเกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครอง จำแนกตามเหตุบกพร่องเป็นรายกรณีได้ ดังนี้

1) เหตุบกพร่องที่รุนแรงและประจักษ์ชัด จนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกอยู่ในสภาพอันเป็น “โมฆะ” ได้แก่ กรณีบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือยังมิได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปตั้งการในเรื่องที่มีได้อยู่ในขอบเขตอำนาจในองค์การของตน แต่เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครององค์การอื่น

2) เหตุบกพร่องที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ จึงสมควรต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ได้แก่ กรณีเหตุบกพร่องอันเนื่องมาจากผู้ได้บังคับบัญชาล้วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองแทนผู้บังคับบัญชา และกรณีคำสั่งทางปกครองออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น

3) เหตุบกพร่องเล็กน้อย ซึ่งหากมิได้มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองหรือสามารถแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ในภายหลังแล้ว ย่อมไม่อาจยกเป็นเหตุเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ได้แก่ กรณีเหตุบกพร่องอันเนื่องมาจากผู้บังคับบัญชาแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองแทนผู้ได้บังคับบัญชา และกรณีเหตุบกพร่องที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนนอกเขตพื้นที่ซึ่งตนรับผิดชอบ

4) เหตุบกพร่องที่กฎหมายให้การคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองให้ยังคงสมบูรณ์ต่อไป ได้แก่ กรณีปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว แต่เนื่องจากยังไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งคนใหม่เข้ามาแทน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงต้องรักษาการในตำแหน่งเดิมนั้น โดยปริยายต่อไป

Thesis Title	The Effect of Administrative Orders Issued by Officials with Defective Powers: A Comparative Study of German, French and Thai Laws.
Author	Panya Jansakul
Thesis Advisor	Assoc.Prof.Dr.Kamolchai Rattanasakalwang
Department	Law
Academic Year	2006

ABSTRACT

In a country ruled by law, also known as a “legal state”, all acts of the state must be conducted in such manners as are consistent with provisions of law. This principle is known as the “lawfulness principle”. “Administrative orders”, which are a form of administrative state acts, are also subject to such lawfulness principle. As acts of the State are conducted through administrative officials, the latter are therefore an essential part in the process of issuing administrative orders. If an administrative order is issued by an official with defective powers, i.e. not being an administrative official who has been duly authorized to perform such functions or being an interested party on such matter, the consequence could lead to such administrative order being unlawful.

However, public law adheres to the principle that administrative orders should be sacred and inviolable. Rendering all unlawful administrative orders unenforceable would have a detrimental impact on the people’s trust in acts of the state and the efficiency of state administration. In pursuit of this principle, it has been demanded that once an official issues an administrative order, the people should respect and act upon such order without having to give due consideration to whether or not such administrative official was authorized to issue the administrative order concerned, at least until such administrative order is made ineffective. The exception lies in cases where the defect in authority is of such severity and starkness that allowing a person to claim a legitimate expectation of lawfulness would be inappropriate, in which case such order should be deemed as void *ab initio*. Comparative studies of German, French and Thai laws have revealed that these countries have similar approaches to ruling the

legal effect of administrative orders issued by officials with defective powers. The approaches may be divided according to the following causes of defects:

1) severe and apparent defects to the extent of rendering the administrative order “void”, such as the case where the person issuing the administrative order is not an administrative official or has not yet been appointed as an administrative official, and cases where the administrative official exercises functions on matters which are beyond the scope of authority of his/her agency but falls within the powers of administrative officials in another agency;

2) causes of defects which render the administrative order unlawful without a possible remedy and therefore the administrative order should be revoked, e.g. causes of defects arising where an inferior official overreaches his/her exercise of powers by issuing an administrative order on behalf of his/her supervisor and the case where an administrative order is issued by an administrative official having an interest in the matter considered;

3) minor defects which, if there is no effect on the substance of the administrative order or a subsequent remedy is possible, may not be invoked as a cause for revoking the administrative order, e.g. causes of defects arising where a superior official interferes with the issue of an administrative order by a subordinate official and where the administrative official exercises powers outside his/her area of responsibility;

4) causes of defects where the validity of administrative orders is protected by law, e.g. where it appears subsequently that the official issuing the administrative order did not possess the requisite qualifications or is subject to a prohibition or was unlawfully appointed, and cases where an administrative order was issued by an administrative official who has retired from office but continues to exercise functions *de facto* because a new official has not been appointed to fill office.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สืบเนื่องจากประเทศไทยมีการปกครองด้วยกฎหมายหรือเรียกว่า “นิติรัฐ” (legal state หรือ état de droit ในภาษาฝรั่งเศส หรือ rechtsstat ในภาษาเยอรมัน) และเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย แม้หลักการนี้จะกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องยอมรับศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ที่ทุกคนมีติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด และจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเอกชนซึ่งเป็นพลเมืองของตน¹ เช่น สิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือการประกอบอาชีพ โดยมุ่งหมายเพื่อให้เอกชนเหล่านั้นมีอิสระในการเลือกดำเนินชีวิตในสังคมตามที่แต่ละคนเห็นสมควร แต่กรณีดังกล่าวก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะปราศจากอำนาจในการเข้าไปแทรกแซงแดนอำนาจของเอกชนเช่นนั้นได้เลย เนื่องจากอีกด้านหนึ่ง รัฐยังต้องมีหน้าที่ในการปกป้องรักษาผลประโยชน์ของมหาชนด้วย เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง หรือการให้บริการแก่สาธารณะ ซึ่งในบางครั้งกิจกรรมของรัฐเหล่านี้อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมอันมีความสำคัญยิ่งกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน หลักกฎหมายมหาชนจึงได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในลักษณะที่ไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ รัฐมีเอกสิทธิ์ที่จะกระทำกิจกรรมใดๆ ของตนได้ แม้เป็นการรุกเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของเอกชนก็ตาม โดยบรรดาการใช้อำนาจเช่นนี้อาจกระทำได้ในหลายรูปแบบ ซึ่งเรียกโดยรวมว่า “การกระทำของรัฐ”

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐจะดำเนินกิจกรรมใดอันเป็นการก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของเอกชน จำเป็นต้องอาศัยฐานอำนาจจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชนซึ่งก็คือกฎหมายมารองรับ โดยเรียกหลักการนี้ว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” และด้วยหลักการนี้เองที่เรียกร้องให้การดำเนินงานต่างๆ ของรัฐจะต้องเป็นไปบนพื้นฐานตามที่กฎหมายกำหนด โดยถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือหรือกลไกสำคัญในการบริหารราชการแผ่นดิน รวมทั้งเป็นหลักประกันที่คุ้มครอง

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก (2546). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. หน้า 17.

สิทธิเสรีภาพของประชาชน หากเรื่องใดที่กฎหมายมิได้ให้อำนาจรัฐดำเนินการไว้อย่างชัดเจน รัฐก็จะกระทำการนั้นมิได้ และในทางกลับกัน กรณีที่กฎหมายให้อำนาจดำเนินการแก่รัฐแล้ว รัฐก็ต้องมีหน้าที่ใช้อำนาจนั้นอย่างระมัดระวัง โดยให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากที่สุด ขณะเดียวกันก็ต้องพยายามสร้างผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือก่อภาระแก่ประชาชนน้อยที่สุด² และเนื่องจากรัฐมีฐานะเป็นเพียงบุคคลในนามธรรม มิได้มีตัวตนและชีวิตจิตใจดังเช่นบุคคลธรรมดา รัฐจึงไม่สามารถจะใช้อำนาจเหล่านี้ได้ด้วยตนเอง แต่ต้องดำเนินการผ่านทางเจ้าหน้าที่ของตน³ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกลไกทางปกครองที่จะทำให้กฎหมายมีผลใช้บังคับได้จริง ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลที่เข้ามากระทำการแทนรัฐดังกล่าวใช้อำนาจไปลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจหรือเกินสมควร จึงจำเป็นต้องมีการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจรัฐเพื่อให้คอยถ่วงดุลและคานอำนาจกัน ซึ่งโดยปกติมักนิยมแยกออกเป็น 3 องค์กรใหญ่ คือ

1) องค์กรใช้อำนาจรัฐทางนิติบัญญัติ หรือเรียกว่า “การกระทำทางนิติบัญญัติ” โดยองค์กรที่ใช้อำนาจในด้านนี้ได้แก่ รัฐสภา

2) องค์กรใช้อำนาจรัฐทางบริหาร หรือเรียกว่า “การกระทำทางบริหาร” ซึ่งอาจแบ่งย่อยได้อีก 2 ประเภท คือ การกระทำของรัฐบาล และการกระทำทางปกครอง โดยองค์กรที่ใช้อำนาจในด้านนี้ได้แก่ รัฐบาล กระทรวง ทบวง กรม และหน่วยงานของรัฐต่างๆ หรืออาจเรียกคำรวมๆ ว่า องค์กรฝ่ายปกครอง

3) องค์กรใช้อำนาจรัฐทางตุลาการ หรือเรียกว่า “การกระทำทางตุลาการ” โดยองค์กรที่ใช้อำนาจในด้านนี้ได้แก่ ศาล⁴

ในส่วน “การกระทำทางปกครอง” อันเป็นการใช้อำนาจรัฐในทางบริหารโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้น เมื่อพิจารณาความหมายแล้ว ได้รวมถึงการทุกอย่างที่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำไป ไม่ว่าจะเป็นการจัดซื้อพัสดุ การให้ความเห็น การก่อสร้างสถานที่ราชการ การสั่งการ การออกระเบียบปฏิบัติ เป็นต้น ซึ่งตามหลักนิติรัฐ การที่องค์กรฝ่ายปกครองสามารถกระทำการต่างๆ ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่ก้าวล่วงเข้าไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนนั้น เป็นเพราะมีกฎหมายให้อำนาจดังกล่าวแก่องค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น องค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงอยู่เสมอว่า การกระทำใดของตนจะต้องสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการกระทำ

² วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์ ก. (2545). “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย.”

คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. หน้า 165.

³ วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์ ข. (2537, กันยายน). “ศาลปกครอง กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ.” นิติศาสตร์, 24, 3. หน้า 569.

⁴ มานิตย์ จุมปา. (2546). คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. หน้า 329.

ที่มีกฎหมายรองรับ และได้กระทำการนั้นไปภายในขอบเขตของกฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องตามวัตถุประสงค์ของการปกครองที่มุ่งประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

สำหรับ “คำสั่งทางปกครอง” เป็นการกระทำของรัฐรูปแบบหนึ่งในทางปกครอง กล่าวคือเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการต่างๆ โดยที่รัฐใช้อำนาจสั่งการฝ่ายเดียว อันมีผลก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล เป็นการเฉพาะรายเฉพาะกรณี ทั้งนี้ เพื่อให้บทกฎหมายอันเป็นนามธรรมมีผลบังคับการได้จริงอย่างเป็นรูปธรรมสมตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น และเมื่อกล่าวว่าคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐรูปแบบหนึ่ง อันต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ คำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์จึงต้องสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน กล่าวคือ ต้องมีการจัดทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และมีเนื้อหาสาระของคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และเนื่องจากรัฐจะต้องดำเนินการดังกล่าวผ่านทางเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของตน โดยถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นตัวแทนของรัฐและมีสถานะเหนือกว่าเอกชนทั่วไป เพื่อให้สามารถออกคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการใช้อำนาจรัฐก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นผู้ที่รับมอบอำนาจจากรัฐตามกฎหมายโดยชอบด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า คำสั่งทางปกครองอาจจะไม่สมบูรณ์หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายถ้าได้ทำลงโดยบุคคลที่ออกคำสั่งนั้น ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจด้วยเหตุนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงถือเป็นส่วนสำคัญของขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยเป็นองค์ประกอบประการหนึ่งของเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง

เมื่อคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น หากฝ่าฝืนเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวก็จะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องมีความดำรงอยู่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในขณะเวลาที่ออกคำสั่งทางปกครอง และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น กล่าวคือ บุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในเรื่องนั้นโดยชอบ และได้ออกคำสั่งทางปกครองไปภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน อีกทั้ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนได้ออกคำสั่งทางปกครองด้วย มิฉะนั้นแล้ว ในสายตาของกฎหมายไม่อาจถือได้เลยว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการอันทำลงไปโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

⁵ จีรพงษ์ เกียรติธำรงกุล. (2543). การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง. หน้า 6.

เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่ว่าคำสั่งทางปกครองต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่า โดยสภาพของการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเองก็มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน ดังนั้น การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงอาจมีทั้งกรณีที่ชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายก็ได้ โดยหากคำสั่งทางปกครองที่แต่งตั้งเจ้าหน้าที่มิชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็จะส่งผลให้บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งดังกล่าวต้องพ้นจากการดำรงตำแหน่งไป ซึ่งสาเหตุที่ทำให้การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีได้หลายประการ เช่น ผู้ทำการแต่งตั้งมิใช่เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจแต่งตั้ง หรือบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามในการเป็นผู้ดำรงตำแหน่งนั้น เป็นต้น⁶ แต่ด้วยเหตุบกพร่องนี้มักจะปรากฏภายหลังจากที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำการทางปกครองตามอำนาจหน้าที่ในตำแหน่งที่ตนได้รับแต่งตั้งไปแล้ว จึงอาจมีปัญหาว່ว่าหากยอมให้การพ้นจากการดำรงตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในกรณีนี้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองที่ได้ทำลงไปก่อนหน้า ก็จะทำให้ระบบการปกครองยุ่งเหยิง⁷ รวมทั้งเป็นการกระทบกับความไว้เนื้อเชื่อใจที่มีต่อการกระทำของรัฐของประชาชนผู้รับคำสั่งโดยสุจริต ด้วยเหตุดังกล่าว จึงได้มีการยอมรับคำสั่งทางปกครองที่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุบกพร่องในกรณีนี้ให้ยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลผูกพันต่อไป แม้ว่าความจริงแล้วคำสั่งนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ซึ่งในระบบกฎหมายไทยก็ได้ยอมรับหลักการในเรื่องนี้เช่นกัน โดยกำหนดไว้ในมาตรา 19⁸ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นบทบัญญัติกลางที่คุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่ปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง แต่มิให้นำเหตุบกพร่องเช่นนี้มาส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของบรรดาการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่แล้วก่อนหน้า

⁶ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ ค (2541). “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง.” ใน พนม เอี่ยมประยูร. (บรรณาธิการ). *รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. หน้า 51.

⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. หน้า 190.

⁸ มาตรา 19 ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งการพ้นจากตำแหน่งเช่นนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่

สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุบกพร่องในกรณีอื่น เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ยังมิได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้น หรือคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว หรือคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้สั่งการไปในเรื่องอื่นที่มีได้อยู่ในขอบเขตอำนาจองค์กรของตน หรือคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งดำรงตำแหน่งอื่นที่ไม่มีอำนาจสั่งการในเรื่องนั้น หรือคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจนอกเขตพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบ หรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนได้เสีย ในกรณีเหล่านี้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42⁹ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไว้เพียงกว้างๆ ว่า คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งคำสั่งเป็นต้นไป และมีผลสืบไปตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น เนื่องจากในทางกฎหมายมหาชนถือหลักว่าคำสั่งทางปกครองย่อมสมควรมีความศักดิ์สิทธิ์ หากยอมให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขาดสภาพบังคับในทุกกรณีแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้อยู่ภายใต้บังคับทางปกครองที่ย่อมจะเชื่อมั่นในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจใดๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับทั่วไปว่า หากคำสั่งทางปกครองใดมีเหตุบกพร่องอย่างรุนแรงและประจักษ์ชัดแล้ว ก็ควรจะผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปตั้งแต่ต้น ซึ่งเรื่องดังกล่าวในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ยังมีได้แจ้งเหตุไปว่า กรณีใดที่จะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองเสียไปบ้าง จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ากรณีเหตุบกพร่องอันเกี่ยวกับตัวเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนี้จะมีผลให้คำสั่งทางปกครองเป็นอย่างไร โดยจะมีผลเป็นโมฆะทันที หรือยังมีผลในทางกฎหมายต่อไป แต่สามารถเพิกถอนได้ในภายหลัง จึงสมควรทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง และผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ โดยรวบรวมทฤษฎีและแนวทางการวินิจฉัยของประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศแม่แบบด้านกฎหมายปกครอง นำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับแนวทางการวินิจฉัย

⁹ มาตรา 42 คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น

เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นผลลง ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

ของประเทศไทย เพื่อหาข้อสรุปที่เหมาะสมในการกำหนดผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในกรณีดังกล่าว อันจะเป็นการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองในประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาการดำเนินความคิดในการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง หลักกฎหมายที่นำมาพิจารณา และแนวทางการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งกรณีของกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย

1.2.2 เพื่อศึกษาประเภทของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับมอบอำนาจให้กระทำการทางปกครองแทนรัฐ รวมทั้งแนวความคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

1.2.3 เพื่อศึกษาขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกระทำการทางปกครอง และลักษณะเหตุบกพร่องด้านอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง

1.2.4 เพื่อศึกษาแนวทางการพิจารณาและการวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ โดยศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกรณีของกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย

1.2.5 เพื่อศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดหลักการเกี่ยวกับการวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ และนำข้อสรุปที่ได้รับดังกล่าวมาจัดทำเป็นข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อไป

1.3 สมมุติฐานของการวิจัย

โดยที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองว่า คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลได้ตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป และคงมีผลบังคับสืบเนื่องไปตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น ดังนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองใดไปแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลบังคับได้เสมอ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจะมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่ แต่หลักการนี้ก็มิได้ใช้กับทุกกรณี เนื่องจากหากเหตุบกพร่องนั้นมีความรุนแรงและประจักษ์ชัด ก็อาจส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายเลยก็ได้ และในทางกลับกัน หากเหตุบกพร่องที่เกิดขึ้นเป็นเพียงข้อผิดพลาดเล็กน้อย ซึ่งมีได้มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองแล้ว ก็ย่อมไม่อาจยกเป็นเหตุเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ นอกจากนี้ มาตรา 19 แห่ง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ยังได้กำหนดคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในบางกรณีไว้ด้วย จึงเห็นได้ว่า เหตุบกพร่องในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองในระดับที่แตกต่างกัน การวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในแต่ละกรณีจึงจำเป็นต้องพิจารณาความรุนแรงและความประจักษ์ชัดของเหตุบกพร่องเกิดขึ้นเป็นสำคัญ โดยผู้ศึกษามีสมมุติฐานเกี่ยวกับเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวแยกเป็นกรณีที่ส่งผลกระทบต่อผลของคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

- 1) เหตุบกพร่องที่รุนแรงและประจักษ์ชัด จนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกอยู่ในสภาพอันเป็น “โมฆะ”
- 2) เหตุบกพร่องที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ จึงสมควรต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น
- 3) เหตุบกพร่องเล็กน้อย ซึ่งหากมิได้มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครอง หรือสามารถแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ในภายหลังแล้ว ย่อมไม่อาจยกเป็นเหตุเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และ
- 4) เหตุบกพร่องที่กฎหมายให้การคุ้มครองให้ผลของคำสั่งทางปกครองนั้นยังคงสมบูรณ์ต่อไป

ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพื่อวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ โดยให้มีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ตามแต่กรณีความรุนแรงและความประจักษ์ชัดของเหตุบกพร่องนั้น

1.4 ขอบเขตการวิจัย

มุ่งศึกษาเฉพาะในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ทฤษฎี และแนวการวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ครบเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากกรณีที่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งนั้นมีเหตุบกพร่องในอำนาจ โดยศึกษาในเชิงเปรียบเทียบระหว่างแนวการวินิจฉัยของประเทศไทย กับแนวการวินิจฉัยของประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส เพื่อให้ทราบว่าในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศเหล่านี้มีแนวการวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอย่างไร อีกทั้งมีความสอดคล้องกันหรือแตกต่างกันหรือไม่

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยวิธีการศึกษาจากเอกสารเป็นหลัก ซึ่งจะค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากวิทยานิพนธ์ หนังสือ วารสาร บทความ และบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายของประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย รวมทั้งศึกษาแนวคำวินิจฉัยขององค์กรต่างๆ เช่น ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม หรือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ที่ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 เพื่อทราบถึงการดำเนินความคิดในการวินิจฉัยผลของคำสั่งทางปกครอง และหลักกฎหมายที่นำมาพิจารณา ตลอดจนแนวทางการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งกรณีของกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย

1.6.2 เพื่อทราบถึงการแบ่งประเภทของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับมอบอำนาจให้กระทำการทางปกครองแทนรัฐ รวมทั้งแนวความคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

1.6.3 เพื่อทราบถึงขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และลักษณะเหตุบกพร่องด้านอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง

1.6.4 เพื่อทราบถึงแนวทางการพิจารณาและการวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ โดยศึกษาในเชิงเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย

1.6.5 เพื่อให้ได้ข้อสรุปและแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดหลักการเกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ และข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการกฎหมายปกครองในประเทศไทย

บทที่ 2

การดำเนินความคิดในการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำของรัฐในทางปกครอง โดยเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งนำอำนาจตามบทบัญญัติกฎหมายอันเป็นนามธรรมมากำหนดให้เป็นรูปธรรม เพื่อก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหรือหน้าที่ของเอกชน เป็นการเฉพาะรายเฉพาะกรณี โดยคำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่มักเป็นการสั่งการให้เอกชนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือการอนุญาตให้เอกชนสามารถกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือการวินิจฉัยเรื่องร้องเรียนต่างๆ ซึ่งผลของคำสั่งทางปกครองนั้นอาจเป็นการให้ประโยชน์แก่เอกชนผู้รับคำสั่ง หรือเป็นการสร้างภาระแก่เอกชนก็ได้ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายกลางที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ได้นิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 5 ว่าหมายถึง “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ”

หลักนิติรัฐเรียกร้องให้การออกคำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีที่การออกคำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงขนาดผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเห็นได้อย่างแจ่มชัดแล้ว แม้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะยังมีผลบังคับอยู่ แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตรวจพบเอง หรือองค์กรตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองหรือภายนอกฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจใช้ดุลพินิจแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือออกคำสั่งใหม่ หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ซึ่งการดำเนินความคิดในการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง มีหลักกฎหมายที่สำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง และโครงสร้างการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

2.1 หลักกฎหมายที่สำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง

สำหรับการพิจารณาวินิจฉัยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักทั่วไปถือว่าคำสั่งทางปกครองย่อมมีผลบังคับต่อไปจนกว่าจะถูกเพิกถอน เว้นแต่กรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นเหตุผิดพลาดอย่างรุนแรงและประจักษ์ชัด ซึ่งจะมีผลให้คำสั่งทางปกครองตกเป็น “โมฆะ” อย่างไรก็ตาม การจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีหลักทฤษฎีทางปกครองอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่สังคมหรือรัฐจะพึงได้รับ กับผลเสียหรือผลกระทบที่จะเกิดขึ้นว่าสมควรจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่ หากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดหรือเป็นภาระมากกว่าหรือสังคมจะถูกระทบกระเทือนมากกว่าเดิม ก็ไม่พึงกระทำ¹⁰ ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง จึงมิได้พิจารณาแต่เฉพาะหลักความชอบด้วยกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายปกครองอื่นๆ ด้วย อันได้แก่ หลักการคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชนในการกระทำของรัฐ และหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ ซึ่งหลักกฎหมายที่สำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง มีดังนี้

2.1.1 หลักการกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดว่า คำสั่งทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์ จะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งในด้านวิधिบัญญัติและสารบัญญัติ โดยกฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” และ “ข้อจำกัด” ของการใช้อำนาจของรัฐในขณะเดียวกัน¹¹ หากคำสั่งทางปกครองมีข้อบกพร่องในองค์ประกอบของเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองนั้นตามมา

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักการกระทำทางปกครองต้องมีฐานอำนาจทางกฎหมายมารองรับ (Ermächtigungsgrundlage) เป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน มาตรา 20 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า อำนาจบริหารจะต้องผูกพันตามด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายและกฎหมาย (Gesetz und Recht) บทบัญญัตินี้จึงเป็นเครื่องยืนยันหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าการกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การกระทำทางปกครองใดๆ จึงต้องอยู่ภายใต้หลักที่ว่า หากมีตัวบทกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการใช้อำนาจไว้อย่างไร การกระทำทางปกครองในเรื่องนั้นก็ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามตัวบทกฎหมายนั้นเสมอ และจะขัดหรือแย้ง

¹⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ก (2548, เมษายน). “การดำเนินความคิดในการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง.” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 23, 3. หน้า 29.

¹¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 133.

กับตัวบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับอยู่ในขณะนั้นมิได้ เรียกว่า *Vorrang des Gesetzes*¹² ทั้งนี้ หากมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว ศาลปกครองซึ่งมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีทางมหาชน ก็ย่อมมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ซึ่งการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่ายปกครองเช่นว่านี้ ย่อมก่อให้เกิดผลในเชิงการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในขณะเดียวกันด้วย¹³

สำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (*principe de légalité des acte administratifs*) ถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ โดยตามแนวคิดดังกล่าวจะมีหลักการเคารพซึ่งลำดับศักดิ์ของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (*respect de hiérarchie des normes*) กล่าวคือ องค์การของรัฐจะต้องใช้อำนาจกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ โดยเคารพต่อกฎเกณฑ์ที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า¹⁴ และด้วยหลักนี้เอง การกระทำทางปกครองจึงต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎเกณฑ์ซึ่งมีลำดับศักดิ์สูงกว่า เช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือหลักกฎหมายทั่วไป หากฝ่ายปกครองกระทำการ โดยละเมิดต่อหลักความถูกต้องตามกฎหมายเช่นว่านี้ และเป็นกรณีที่บกพร่องอย่างร้ายแรง หรือที่ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า “*วีว เดอ แฟ*” (*voie de fait*) แล้ว การกระทำดังกล่าวอาจสูญเสียสภาพแห่งการเป็นการกระทำทางปกครอง¹⁵ และคดีความย่อมอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรมเสมือนเช่นเป็นการกระทำของเอกชนธรรมดา¹⁶

ส่วนในระบบกฎหมายไทยก็ถือหลักการอย่างเดียวกันว่า การกระทำของรัฐจะต้องสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐรูปแบบหนึ่งจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน คำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์จึงต้องมีฐานอำนาจตามกฎหมายรองรับ และได้จัดทำโดยถูกต้องตามกระบวนการในการออกคำสั่ง ซึ่งหากคำสั่งทางปกครองใดมีข้อบกพร่องไม่ว่าจะเป็นในด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือด้านกฎหมายสารบัญญัติแล้ว ก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเรียก

¹² กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ ข (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. หน้า 160.

¹³ บรรณเจิด สิงคะเนติ ก (2547). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน*. หน้า 23.

¹⁴ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ ก (2548). “แนวคิดเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.” เอกสารประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง กรรมการขนส่งทางบกหรือการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการขนส่งโดยรถขนาดเล็กที่สิ้นอายุแล้ว. หน้า 1.

¹⁵ ปัจจุบันมีแนวคิดที่แย้งทฤษฎีดังกล่าว โดยอธิบายว่า การที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิพื้นฐานของเอกชนอย่างร้ายแรง หรือ “*วีว เดอ แฟ*” (*voie de fait*) นั้น เป็นเพราะหลักกฎหมายได้กำหนดในเรื่องเขตอำนาจศาลมานานแล้ว ดังนั้น จึงยกเว้นหลักทั่วไปที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

¹⁶ โภคิน พลกุล ก (2527, ตุลาคม) “คดีปกครองในฝรั่งเศส (20).” *อัยการ*, 7, 82. หน้า 46-47.

หลักเกณฑ์เช่นนี้ว่า “เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง” อันประกอบด้วยเงื่อนไขใน 2 ด้าน คือ ด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติ และด้านกฎหมายสารบัญญัติ¹⁷

1) **เงื่อนไขด้านกฎหมายวิธีสบัญญัติ** เป็นเงื่อนไขที่ว่าด้วยกระบวนการใช้อำนาจในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่าคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์จะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในเรื่องนั้น และได้ดำเนินกระบวนการครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งมีรูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่เหมาะสม มีการฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและประเมินข้อเท็จจริงอย่างถูกต้อง ตลอดจนได้ให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยด้วย

2) **เงื่อนไขด้านกฎหมายสารบัญญัติ** เป็นเงื่อนไขที่ว่าด้วยขอบเขตอำนาจในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง โดยมีหลักเกณฑ์ว่าคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์ต้องมีเนื้อหาสาระที่สอดคล้องกับกฎหมายไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใด และคำสั่งทางปกครองนั้นต้องมีฐานในทางกฎหมายมารองรับ อีกทั้ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจโดยไม่บกพร่อง และได้คำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย นอกจากนี้ เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองจะต้องชัดเจนเพียงพอที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะเข้าใจได้ว่าฝ่ายปกครองต้องการอะไร และการสั่งการที่ออกไปนั้นจะต้องสามารถปฏิบัติตามได้จริงด้วย

2.1.2 หลักการคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชนในการกระทำของรัฐ เป็นหลักกฎหมายที่กำหนดว่า เอกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐย่อมสมควรที่จะสามารถเชื่อมั่นในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจใดๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และความเชื่อมั่นดังกล่าวจะต้องได้รับการคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการบอกล้างคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์แก่เอกชน และเมื่อประชาชนมีความเชื่อถือต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมายแล้ว จึงต้องนำความเชื่อดังกล่าวมาชั่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชน ว่าสมควรยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ออกไปแล้วหรือไม่ หากประโยชน์มหาชนมีน้ำหนักหรือความสำคัญมากกว่า จึงจะบอกล้างการกระทำทางปกครองนั้นได้¹⁸ ทั้งนี้ ในหลักกฎหมายปกครอง การคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชนเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการกำหนดว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่สั่งการออกไป หากเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์กับบุคคลผู้รับคำสั่งแล้ว ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นได้หรือไม่ และในเงื่อนไขเช่นใด¹⁹

¹⁷ กมลชัย รัตนสากววงศ์ ข เล่มเดิม. หน้า 157.

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 218-219.

¹⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 40.

2.1.3 หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ เป็นหลักกฎหมายที่มีมูลบทว่า การกระทำทางปกครองโดยทั่วไปแล้ว แม้จะมีข้อบกพร่องอยู่บ้าง แต่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของอำนาจนั้นย่อมไม่อาจรู้ถึงข้อผิดพลาดดังกล่าวได้ จึงสมควรให้กระทำทางปกครองมีผลบังคับตามกฎหมายไปก่อน ซึ่งจะทำให้ประชาชนแต่ละคนสามารถวางแผนการดำรงตนหรือการใช้สิทธิของตนในระเบียบกฎหมายได้ โดยพิจารณาถึงสิทธิและกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่²⁰ ทั้งนี้ หากผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจนั้นไม่เห็นด้วยประการใด ก็มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น²¹ แต่ในเบื้องต้นจะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำสั่งมิได้ เพราะมีเจตจำนงแล้ว การบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายจะขาดความมั่นคง เว้นแต่ในบางกรณีที่มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายมีลักษณะที่รุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด หรือขัดกับกฎหมายในข้อสาระสำคัญ จนถึงขนาดที่ไม่สมควรให้คำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมายเลย เพราะไม่อาจยอมรับสภาพความผิดพลาดให้คงอยู่ต่อไปได้ ซึ่งเรียกคำสั่งทางปกครองกรณีนี้ว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ²²

หากพิจารณาหลังไปในรายละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย กับหลักการคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชน เป็นหลักกฎหมายที่มีความขัดแย้งกันอยู่คนละด้าน โดยด้านหนึ่ง ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการให้คำสั่งทางปกครองถูกต้องสอดคล้องด้วยกฎหมายอยู่เสมอ แต่อีกด้านหนึ่ง เมื่อประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองมีความเชื่อถือหรือความไว้วางใจในการกระทำของรัฐแล้ว จึงควรให้คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับต่อไป แม้ว่าจะเป็นคำสั่งที่มีเหตุบกพร่องก็ตาม และโดยที่หลักการทั้ง 2 ประการดังกล่าวมีน้ำหนักใกล้เคียงกัน²³ ดังนั้น ในการพิจารณาวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวไว้เสมอ โดยชั่งน้ำหนักความเหมาะสมตามข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องนั้นๆ ว่าเป็นกรณีที่สมควรจะให้ความคุ้มครองในเรื่องใดเป็นสำคัญ

²⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ช เล่มเดิม. หน้า 218.

²¹ แหล่งเดิม. หน้า 167.

²² แหล่งเดิม. หน้า 179.

²³ แหล่งเดิม. หน้า 225-226.

2.2 โครงสร้างการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

การที่จะวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีโครงสร้างในการพิจารณาอยู่ 2 โครงสร้างใหญ่ ได้แก่

โครงสร้างลำดับที่หนึ่ง: เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ (Ermaechtigungsgrundlage) และ

โครงสร้างลำดับที่สอง: เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ (Begrundetheit)²⁴

2.2.1 ข้อพิจารณาในโครงสร้างลำดับที่หนึ่ง: เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ (Ermaechtigungsgrundlage)

โครงสร้างลำดับที่หนึ่งนี้เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับฐานอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยมีข้อพิจารณา 2 หัวข้อสำคัญ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจตามกฎหมาย และได้ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปโดยมีกฎหมายให้อำนาจหรือมีอำนาจกระทำได้โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

2.2.1.1 คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ

การออกคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจรัฐในทางปกครอง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นตัวแทนของรัฐที่มีอำนาจกระทำการโดยชอบ กล่าวคือ ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งอย่างถูกต้อง และเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น โดยมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเนื้อหาของเรื่องดังกล่าว และได้ใช้อำนาจอยู่ภายในเขตท้องที่หรือพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบด้วย ซึ่งอำนาจเช่นนี้จะถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย อันเป็นการยืนยันหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” และเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนาหรือกระทำการอย่างใดออกไปแล้ว ย่อมมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมายสำหรับเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนี้อาจเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 ประเภท คือ “ผู้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง” หรือ “คณะกรรมการใดคณะกรรมการหนึ่ง” และโดยทั่วไป เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจแล้ว บุคคลดังกล่าวก็จะต้องใช้อำนาจนั้นด้วยตนเอง เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้สามารถมอบอำนาจให้บุคคลอื่นออกคำสั่งทางปกครองแทนตนได้

²⁴ กมลชัย รัตนสกาวงส์ ก เล่มเดิม. หน้า 24-25.

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักในเรื่องความเป็นกลางด้วย โดยแม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจแล้วก็ตาม แต่ก็อาจไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองเช่นว่านั้นในบางเรื่องได้ หากคนมีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าว เช่น เป็นคู่กรณีเอง เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ของคู่กรณี ฯลฯ อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อยกเว้นในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หากปล่อยให้ล่าช้าไปจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิของบุคคลโดยไม่มีทางแก้ไขได้ หรือไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติหน้าที่แทนแล้ว เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียนั้นได้ไปพลางก่อน แต่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็อาจถูกเพิกถอนในภายหลัง หากพิสูจน์ได้ว่าเกิดความลำเอียงขึ้นจากการมีส่วนได้เสียนั้น

อนึ่ง เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องมีความหมายเฉพาะเจ้าหน้าที่ในภาครัฐเท่านั้น แต่ยังรวมถึงเอกชนที่รับมอบอำนาจจากรัฐให้สามารถใช้อำนาจมหาชนในการดำเนินกิจการทางปกครองหรือสาธารณกิจบางประการด้วย²⁵ โดยในระบบกฎหมายเยอรมัน การที่องค์กรฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนกระทำการทางปกครองแทนแล้ว เอกชนผู้นั้น (Der Beliehene) ย่อมอยู่ในฐานะฝ่ายปกครอง (Behoerde) ในการออกคำสั่งทางปกครองได้²⁶ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยเองก็มีการมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแทนรัฐเช่นกัน ยกตัวอย่าง

- สถานตรวจสภาพรถยนต์เอกชน ตามพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522
- ช่างรังวัดที่ดินเอกชน ตามพระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535
- องค์กรวิชาชีพที่มีอำนาจออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพ เช่น แพทยสภา สภานายความ หรือสภาวิศวกร เป็นต้น
- สำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ ในกรณีที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐให้เป็นผู้พิจารณาและดำเนินการใดๆ อันเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง²⁷

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค เล่มเดิม. หน้า 41.

²⁶ กมลชัย รัตนสากววงศ์ ค (2541, ธันวาคม). “ความพยายามในการนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” กฎหมายปกครอง, 17, 3. หน้า 17.

²⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 60/2544

2.2.1.2 การออกคำสั่งทางปกครองมีกฎหมายให้อำนาจหรือมีอำนาจกระทำได้ โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

เนื่องด้วยคำสั่งทางปกครองเป็นผลผลิตจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายอันเป็นนามธรรมมากำหนดให้เป็นรูปธรรม ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง (Eingriffsverwaltung) จึงต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองไว้อย่างชัดแจ้ง (Vorbehalt des Gesetzes) มิฉะนั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีอำนาจที่จะออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ และหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำไปโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น นายกเทศมนตรีเรียกเก็บเงินค่าปลูกและตัดแต่งต้นไม้จากรายครัวในเขตเทศบาลที่ตนรับผิดชอบ หลังละ 100 บาทต่อเดือน โดยไม่มีกฎหมายหรือเทศบัญญัติให้อำนาจ การเรียกเก็บเงินดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับคำสั่งปกครองที่เป็นการให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน (Leistungsverwaltung) หากมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะอย่างไร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น (Vorrang des Gesetzes) แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ประชาชนได้ ทั้งนี้ ภายใต้หลักความเสมอภาคและหลักความสมควรแก่เหตุ เช่น การให้ทุนการศึกษาเล่าเรียนแก่นักเรียนนักศึกษา หากไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะแล้ว กระทรวงศึกษาธิการอาจอนุมัติงบประมาณและวางหลักเกณฑ์ในการให้ทุนการศึกษาแก่นักเรียนนักศึกษาได้เอง แต่ถ้ามีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ในการให้ทุนการศึกษาดังกล่าวไว้ชัดแจ้งแล้ว กระทรวงศึกษาธิการก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิฉะนั้น การให้ทุนการศึกษาโดยฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในกฎหมาย ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย²⁸

2.2.2 ข้อพิจารณาในโครงสร้างลำดับที่สอง: เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ (Begründetheit)

โครงสร้างลำดับที่สองเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยมีข้อพิจารณา 3 หัวข้อสำคัญ กล่าวคือ รูปแบบของคำสั่งทางปกครอง วิธีพิจารณาหรือขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง และเนื้อหาสาระของการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งแต่ละหัวข้อก็มีประเด็นสำคัญๆ ที่ควรระมัดระวังมิให้เกิดความบกพร่องในการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

²⁸ กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ก เล่มเดิม. หน้า 25.

2.2.2.1 รูปแบบของคำสั่งทางปกครอง

โดยที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของเอกชน ดังนั้น การแสดงออกให้ปรากฏซึ่งคำสั่งทางปกครองเพื่อให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบได้ทราบ จึงถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ซึ่งนอกจากคำสั่งทางปกครองจะต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะให้ผู้รับคำสั่งสามารถเข้าใจได้แล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงรูปแบบของคำสั่งนั้นด้วย ทั้งนี้ แม้โดยหลักทั่วไป คำสั่งทางปกครองมักจะไม่เคร่งครัดกับเรื่องรูปแบบมากนัก กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกออกคำสั่งทางปกครองได้หลายรูปแบบ โดยอาจแสดงเจตนาเป็นหนังสือ หรือด้วยวาจา หรือการสื่อความหมายในรูปแบบอื่น เช่น โดยท่าทาง การให้สัญญาณ หรือการนิ่งเฉยในบางกรณี แต่หากกฎหมายได้กำหนดรูปแบบเฉพาะในการออกคำสั่งทางปกครองไว้และถือว่ารูปแบบเป็นสาระสำคัญแล้ว เช่น คำสั่งทางปกครองจะต้องทำเป็นหนังสือ หรือกระดาศแบบฟอร์มที่ใช้ทำคำสั่งทางปกครอง อาทิกระดาศที่ใช้ในการออกเอกสารสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ ที่เรียกกันว่าโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดิน หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อยืนยันการออกคำสั่งด้วยวาจา เมื่อผู้รับคำสั่งนั้นเรียกร้อง เพื่อเขาจะได้ใช้เป็นหลักฐานในการแสดงสิทธิหรือโต้แย้งคัดค้านตามกฎหมายต่อไป เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามรูปแบบของคำสั่งทางปกครองนั้นๆ ด้วย และหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบอื่นอันแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็จะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.2.2.2 วิธีพิจารณาหรือขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง

ข้อพิจารณาว่าด้วยวิธีพิจารณาหรือขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของบรรดาขั้นตอนหรือวิธีการในการเตรียมการหรือการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหลักทั่วไป เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะดำเนินการดังกล่าวตามความเหมาะสมอย่างยืดหยุ่นและเรียบง่ายเพื่อให้การปฏิบัติงานทางปกครองมีความคล่องตัว แต่ก็มีวิธีพิจารณาหรือขั้นตอนบางเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครอง หรือความเหมาะสมในการสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และเป็นหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณาหรือขั้นตอนเช่นว่านี้ เช่น การแจ้งสิทธิและหน้าที่ให้คู่กรณีทราบ การรับฟังข้อเท็จจริงจากผู้ที่มีส่วนได้เสีย การขอความเห็นหรือขอปรึกษาหารือจากองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือการจัดทำคำสั่งทางปกครองภายในสถานที่หรือระยะเวลาที่กำหนด เป็นต้น

นอกจากนี้ ในกรณีการออกคำสั่งทางปกครองประเภทที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องระบุเหตุผลที่ใช้ในการวินิจฉัยสั่งการไว้ในคำสั่งทางปกครองด้วย เว้นแต่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น หรือเหตุผลที่ใช้ในการวินิจฉัยสั่งการเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยไม่ต้องระบุอีก หรือเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับ หรือเป็นกรณีเร่งด่วน ซึ่งในกรณีเหล่านี้กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้เป็นพิเศษให้ไม่ต้องแสดงเหตุผลก็ได้ สำหรับการระบุเหตุผลในคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ (2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และ (3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ โดยสาเหตุที่ต้องระบุเหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการ ก็เพื่อบังคับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องไตร่ตรองโดยละเอียดทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายให้พอเพียง อันเป็นการช่วยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองควบคุมการทำงานของตนเอง และยังช่วยให้ประชาชนมีโอกาสพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับนั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ ถ้าหากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยแล้ว เขาก็จะสามารถโต้แย้งคัดค้านในประเด็นที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แสดงไว้ได้ อีกทั้งการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการ ยังช่วยให้เจ้าหน้าที่อื่นในการพิจารณาอุทธรณ์หรือศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นได้ชั่งน้ำหนักในการตัดสินใจสั่งการอย่างไร และเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนหรือตามอำเภอใจหรือไม่ เพื่อประโยชน์ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองขององค์กรที่เหนือกว่าหรือการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ว่าด้วยกระบวนการวิธีพิจารณาหรือขั้นตอนต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่ว่าจะบัญญัติไว้ในกฎหมายแต่ละเรื่องนั้นเอง หรือในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ตาม อาจมีความสำคัญที่ไม่เท่าเทียมกัน เพราะวิธีพิจารณาหรือขั้นตอนในบางกรณีเป็นเรื่องที่สำคัญเพื่อใช้ปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล อันฝ่ายปกครองจะก้าวข้ามไปไม่ได้ แต่บางกรณีเป็นเพียงวิธีพิจารณาหรือขั้นตอนในการตรวจสอบเพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวและไม่มีผลกระทบไปถึงสาระที่เกิดขึ้นในคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การพิจารณาผลของคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้จึงต้องคำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นของวิธีพิจารณาหรือขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น โดยไม่ควรวินิจฉัยอย่างเคร่งครัดจนเกินไป อันอาจเป็นผลเสียต่อการบริหารประเทศหรือต่อส่วนรวมได้

2.2.2.3 เนื้อหาสาระดีของการออกคำสั่งทางปกครอง

ข้อพิจารณาในหัวข้อนี้เป็นการวินิจฉัยถึงการกำหนดเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองว่าสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งมีประเด็นสำคัญในการพิจารณา เช่น

- การรับฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและประเมินข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้อง เนื่องจากกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองโดยส่วนใหญ่ มักจะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดการใช้อำนาจดังกล่าวเอาไว้ด้วย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่จะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นก่อนหรืออย่างน้อยต้องมีอยู่ในขณะที่ออกคำสั่งนั้น ด้วยเหตุนี้ ในการออกคำสั่งทางปกครองใดๆ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องมีการฟังข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการนั้น อย่างเพียงพอและประเมินข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญได้อย่างถูกต้อง หากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยวินิจฉัยข้อเท็จจริงผิดพลาด เช่น กรณียังไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดการใช้อำนาจดังกล่าวเกิดขึ้น หรือมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างออกไปแล้ว ย่อมถือว่าเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยหลงผิด และส่งผลให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- การใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเหมาะสมและไม่เบี่ยงเบนไปจากความต้องการ โดยจะละเว้นไม่ใช้ดุลพินิจไม่ได้ (Ermessensnichtsgebrauch) หรือใช้ต่ำกว่ามาตรฐาน (Ermessensunterschreitung) หรือการใช้โดยบิดเบือนก็ไม่ได้เช่นกัน (Ermessensmissbrauch)²⁹ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจไม่ได้ การใช้อำนาจดุลพินิจจึงต้องผูกมัดตามกฎหมาย โดยในกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 40 กำหนดไว้ว่า “หน่วยราชการจะต้องใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจ และให้ใช้ได้เฉพาะภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจเท่านั้น” หากฝ่ายปกครองละเลยกฎหมายเสียแล้วก็จะเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิด³⁰ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจในการดำเนินการทางปกครองจึงต้องมีความมุ่งหมายเพื่อให้ผลของคำสั่งทางปกครองนั้นบรรลุตามวัตถุประสงค์หลักประกอบกัน 2 ประการ คือ “เพื่อประโยชน์มหาชน” และ “เพื่อให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจ” ซึ่งสาเหตุที่เจ้าหน้าที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองโดยมีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์มหาชนนั้น เนื่องมาจากอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐ ได้วางกรอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้ต้องดำเนินการใดๆ ก็เพื่อตอบสนองกับความต้องการของส่วนรวม ประโยชน์มหาชนจึงเป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องนึกถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทาง

²⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ก เล่มเดิม. หน้า 27.

³⁰ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2538). กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน. หน้า 9.

ปกครอง หากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยมุ่งแสวงหาเพื่อประโยชน์แก่ตนเองหรือพวกพ้อง หรือออกคำสั่งทางปกครองโดยมีผลประโยชน์ขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์สาธารณะ (conflict of interest) แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีความผิดอาญาฐานกระทำการโดยทุจริตในหน้าที่ได้ อย่างไรก็ตาม แม้ความมุ่งหมายในการออกคำสั่งทางปกครองจะมีขึ้นเพื่อประโยชน์มหาชนก็ตาม แต่ประโยชน์มหาชนในที่นี้จะต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจด้วย มิฉะนั้นอาจถือได้ว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวออกโดยมีการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองอย่างจงใจเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้³¹ ด้วยเหตุดังกล่าว การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองใดก็ตาม จึงต้องมีความมุ่งหมายให้ผลของคำสั่งนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนภายในกรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ มิฉะนั้นแล้วก็ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย

- การกำหนดเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองโดยสอดคล้องตามบทกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น และได้ปรับบทกฎหมาย (Subsumtion) อย่างถูกต้องและเหมาะสม เนื่องจากในออกคำสั่งทางปกครองเป็นการนำอำนาจตามบทบัญญัติกฎหมายอันเป็นนามธรรมมากำหนดให้เป็นรูปธรรม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเลือกกำหนดเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองได้เองตามอำเภอใจ แต่จะต้องกำหนดเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของเอกชนภายในกรอบกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่ง หรือมีลักษณะเป็นการก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของเอกชน โดยหากกฎหมายกำหนดให้การใช้อำนาจจะต้องมีลักษณะเนื้อหาเป็นเช่นใด เช่น การบังคับให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ การอนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือการรับรองหรือไม่รับรองสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ของบุคคล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องผูกพันตามกฎหมายในการใช้อำนาจกำหนดเนื้อหาของคำสั่งให้ถูกต้องตามบทบัญญัตินั้นเสมอ โดยจะขัดหรือแย้งกับตัวบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับอยู่ในขณะนั้นไม่ได้

- เนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายอื่นที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น รัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติต่างๆ หรือกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักกฎหมายทั่วไป หรือจารีตประเพณี ตลอดจนต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน (Grundrechte) เช่น หลัก

³¹ จิราพร บุรินทรวานิช. (2548). เจาะลึกความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง: ศึกษากรณีขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครอง. หน้า 41.

ความเสมอภาค หลักความสมควรแก่เหตุ หลักเสรีภาพทางความคิด หรือหลักเสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น เพราะหลักกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับโดยตรงในการจำกัดมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนเกินสมควรนั่นเอง

- คำสั่งทางปกครองจะต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนแน่นอนและเป็นที่ยึดหมายได้จากเอกชนผู้อยู่ภายใต้อำนาจปกครอง³² ตลอดจนการที่สั่งให้ปฏิบัติจะต้องไม่เป็นการพ้นวิสัยด้วย กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยสั่งการเพื่อให้เอกชนต้องปฏิบัติการในเรื่องใดแล้ว ข้อความในคำสั่งทางปกครองจะต้องปราศจากข้อสงสัยหรือไม่คลุมเครือ โดยต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนพอเพียงที่ผู้รับคำสั่งดังกล่าวจะสามารถเข้าใจได้ว่าฝ่ายปกครองมีความต้องการอะไร อีกทั้งมาตรการที่กำหนดขึ้นจะต้องอยู่ในวิสัยที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถกระทำหรือปฏิบัติได้ตามข้อเท็จจริงด้วย

2.3 ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

โดยที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง 2539 มาตรา 42 ได้กำหนดให้คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป จึงเห็นได้ว่าความมีผลบังคับของคำสั่งทางปกครองจะเริ่มขึ้นต่อเมื่อมีการแจ้งคำสั่งนั้นไปถึงบุคคลที่ระบุไว้ในคำสั่ง ซึ่งผู้รับคำสั่งจำต้องดำเนินการตามคำสั่งนั้นทันที โดยมีพิกัดค้ำประกันว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะตามหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ คำสั่งทางปกครองจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานที่ว่า คำสั่งทางปกครองย่อมชอบด้วยกฎหมายและสามารถมีผลใช้บังคับหรือได้รับการเชื่อฟังและปฏิบัติตามเสมอ ตราบเท่าที่ยังไม่มีการยกเลิกหรือเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไข เว้นแต่กรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นรุนแรงและชัดเจนจนถึงขนาดมีผลให้คำสั่งทางปกครองเสียไปตั้งแต่ต้น

2.3.1 ประเภทของผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แม้ในเบื้องต้นอาจจะกล่าวได้ว่าคำสั่งทางปกครองไม่ที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับได้สืบไปตราบเท่าที่ยังไม่มีการยกเลิกหรือเพิกถอน แต่เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีระดับความร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัดของข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นแตกต่างกัน ดังนั้น ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงอาจแยกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

³² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 38.

2.3.1.1 คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ คือ คำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องอย่างรุนแรงและชัดเจน จนถึงขนาดไม่สมควรให้มีผลบังคับทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น จึงมีผลให้เป็นคำสั่งที่เสียเปล่า และผู้ใดจะยกขึ้นกล่าวอ้างความเป็นโมฆะกรรมดังกล่าวก็ได้ ดังนั้น ทั้งฝ่ายปกครองและศาลไม่จำเป็นต้องยกเลิกคำสั่งทางปกครองเช่นว่านี้ แต่ไม่ตัดสิทธิผู้รับคำสั่งทางปกครองที่จะร้องขอให้ศาลพิสูจน์ความเป็นโมฆะกรรมได้

2.3.1.2 คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ คือ คำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องด้วยกฎหมาย แต่มิได้มีข้อบกพร่องที่รุนแรงและชัดเจนถึงขนาดเป็นโมฆะกรรม ดังนั้น คำสั่งจึงยังคงมีผลบังคับต่อไป แต่ผู้รับคำสั่งอาจอุทธรณ์หรือฟ้องร้องมายังองค์การตรวจสอบหรือศาลขอให้ตรวจสอบ เปลี่ยนแปลง หรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดเล็กน้อย ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขให้ถูกต้องได้³³ หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติในบางเรื่อง เมื่อคำนึงถึงประโยชน์ในการปฏิบัติราชการแล้ว อาจแก้ไขขยายข้อผิดพลาดนั้นในภายหลังได้³⁴ เช่น การออกคำสั่งทางปกครองโดยผิดพลาดเพราะยังไม่มีคำขอยื่นคำขอให้ถูกต้องในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากนี้จะมีผู้ยื่นคำขอ หรือคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหลงลืมมิได้ให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการ หรือมิได้รับฟังประชาชนผู้ที่จะถูกกระทบสิทธิ หรือมิได้ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นให้ความเห็นชอบในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าจะต้องให้เจ้าหน้าที่นั้นให้ความเห็นชอบเสียก่อน ทั้งนี้ เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แก้ไขขยายข้อผิดพลาดเหล่านี้ในภายหลังแล้ว ก็จะถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์³⁵

2.3.2 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในต่างประเทศและประเทศไทยได้มีการพยายามวางแนวทางการพิจารณา วินิจฉัยผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นบรรทัดฐานไว้บางส่วนแล้ว โดยบางกรณีได้บัญญัติชัดเจนไว้ในกฎหมาย และในบางกรณีเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นจากองค์การตุลาการ ซึ่งในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส อันเป็นประเทศแม่แบบด้านกฎหมายปกครอง ได้มีการวางหลักเกณฑ์เรื่องดังกล่าวไว้ โดยอาจสรุปได้ดังนี้

³³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 43

³⁴ กมลชัย รัตนสกาววงศ์ (2539). สารະสำคัญและหลักกฎหมายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. หน้า 11.

³⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 41

2.3.2.1 ระบบกฎหมายเยอรมัน มีหลักการในกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) ได้บัญญัติถึงผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างชัดเจน โดยแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ

1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (nichtiges Verwaltungsakte) ซึ่งหมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย โดยคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นโมฆะของประเทศเยอรมันนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ

(1) กรณีตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันฯ (VwVfG) มาตรา 44 วรรคแรก ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นโมฆะต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและความผิดพลาดนั้นเห็นได้อย่างเด่นชัด แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้มีการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่าคำสั่งทางปกครองผิดพลาดอย่างแจ่มชัด³⁶ โดยคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะจะต้องทำการพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป³⁷

(2) กรณีตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันฯ (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสอง ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองหากเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 6 ประการดังต่อไปนี้ คำสั่งทางปกครองจะมีผลในทางกฎหมายเป็นโมฆะ

(2.1) คำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือที่ไม่ปรากฏว่าทำคำสั่งโดยเจ้าหน้าที่คนใด

(2.2) คำสั่งทางปกครองที่จะสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อได้มอบเอกสารสำคัญให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่เจ้าหน้าที่ไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้

(2.3) คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเขตพื้นที่ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้น

(2.4) คำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งไม่สามารถกระทำการหรือปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้

(2.5) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งกระทำการอันผิดกฎหมายซึ่งหากผู้รับคำสั่งทำตามอาจต้องรับโทษทางอาญา

(2.6) คำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

³⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 280.

³⁷ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. เล่มเดิม. หน้า 167.

(3) กรณีตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันฯ (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสาม (2) กำหนดบทบัญญัติโดยอ้อมซึ่งสามารถแปลความได้ว่าหากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นคู่กรณีเองแล้ว คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นนั้นก็จะมิใช่เป็นโมฆะ

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมันยังมีแนวการวินิจฉัยของศาลปกครอง เกี่ยวกับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะอย่างอื่นอีก เช่น คำสั่งทางปกครองที่เนื้อหาสาระไม่มีความชัดเจนว่าฝ่ายปกครองประสงค์ให้เอกชนผู้รับคำสั่งปฏิบัติอะไรก็จะมีผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นโมฆะเช่นกัน³⁸

2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ (anfechtbare Verwaltungsakte) ซึ่งหมายถึง คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุความบกพร่องมิได้ร้ายแรงถึงระดับโมฆะ คำสั่งทางปกครองจึงยังคงมีผลในทางกฎหมายต่อไปจนกว่าจะถูกทำให้สิ้นผล ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันฯ (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสาม ได้บัญญัติถึงเหตุแห่งโมฆียกรรมในบางกรณีไว้ กล่าวคือ

(1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช่กิจการเกี่ยวกับข้อสั่งห้ามหรือข้อห้ามที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้เป็นเครือญาติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่ง

(3) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยในการออกคำสั่งนั้นมีการเรียกประชุมผิดพลาดหรือเป็นองค์ประชุมที่ผิดพลาดไปหรืออาจมีบุคคลที่มีได้เป็นกรรมการเข้าร่วมประชุม

(4) คำสั่งทางปกครองที่มีกฎหมายกำหนดให้ส่วนราชการอื่นต้องมีส่วนร่วมในการออกคำสั่งทางปกครองด้วย แต่ได้มีการออกคำสั่งนั้นโดยปราศจากการมีส่วนร่วมของหน่วยงานดังกล่าว

2.3.2.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากไม่มีการจัดทำประมวลกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครอง จึงไม่มีตัวบทกฎหมายที่กำหนดว่าหากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่สอดคล้องตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้วจะมีผลในทางกฎหมายเป็นเช่นไร ดังนั้น จึงต้องศึกษาจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหากพิจารณาพบเหตุบกพร่องต่างๆ ก็อาจมีคำพิพากษาให้เพิกถอน (annuler) คำสั่งนั้นได้

³⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 281.

แต่สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ละเมิดกฎหมายอย่างร้ายแรงและชัดเจนแล้ว สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) จะนำทฤษฎีความไม่มีอยู่ในทางกฎหมายปกครอง (Théorie de l'inexistence en droit administratif) มาใช้กับกรณีดังกล่าว โดยถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเสียเปล่าไม่เคยมีอยู่เลย (inexistant) และไม่มีผลในทางกฎหมาย กล่าวคือ

ประการแรก ผู้ใดก็สามารถยกความเสียเปล่าดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างได้ เพียงขอให้ศาลแสดงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้น โดยไม่ต้องฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ประการที่สอง การแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่มีอายุความ ดังนั้น คู่กรณีหรือผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจึงสามารถฟ้องขอให้ศาลแสดงความเสียเปล่าหรือความไม่มีอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ในทุกขณะ และ

ประการสุดท้าย เอกชนไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นมาตั้งแต่ต้น

จากการพิจารณาแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) อาจสรุปได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องดังต่อไปนี้ ถือว่าเสียเปล่าไม่เคยมีอยู่เลย คือ

- คำสั่งทางปกครองขององค์กรซึ่งไม่มีอยู่จริงในทางกฎหมาย
- คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่บังคับแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำไปเพื่อเจตนาประสงค์ร้ายเป็นการส่วนตัวโดยแท้ (voie de fait) และมีได้เป็นไปตามอำนาจทางปกครองที่ให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่นั้น

- กรณีที่องค์กรซึ่งมีเฉพาะอำนาจในทางปกครอง แต่ไปออกคำสั่งในเรื่องอื่นที่เป็นอำนาจในทางตุลาการ

- การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ใช่เพื่อทำงานตามหน้าที่แต่เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากตำแหน่งเท่านั้น

- การออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานทั้งที่เจ้าหน้าที่นั้นพ้นกำหนดที่ต้องทำหน้าที่นั้นแล้ว³⁹

นอกจากนี้ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยเข้าใจผิดในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจได้ เช่น มติหรือข้อบัญญัติของสภาเทศบาลที่ออกมานอกสมัยประชุมตามกฎหมาย กรณีเช่นนี้มติดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใดๆ⁴⁰

³⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 282.

⁴⁰ โภคิน พลกุล ข (2530, มีนาคม). “คดีปกครองในฝรั่งเศส (47).” อัยการ, 10, 111. หน้า 47.

2.3.2.3 ระบบกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาจากภาพรวมในปัจจุบันแล้วจะพบว่า พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องไว้ในหลายลักษณะ ซึ่งขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงและความประจักษ์ชัดของเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น แต่โดยส่วนใหญ่แล้วจะให้น้ำหนักความสำคัญแก่วิธีปฏิบัติทางปกครองค่อนข้างน้อย เมื่อเทียบกับการให้ความสำคัญแก่สารบัญญัติทางปกครอง⁴¹ ทั้งนี้ อาจสรุปลักษณะของ “ผลทางกฎหมาย” ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ในเบื้องต้น ดังนี้

1) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างร้ายแรง และความผิดพลาดเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลในทางกฎหมาย (โมฆะ) และแม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะยังไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งก็ตาม แต่ก็ได้หมายความว่าศาลปกครองไทยจะไม่รับรู้คำสั่งทางปกครองที่อาจตกเป็นโมฆะได้ ดังมีตัวอย่างคดีหนึ่ง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งดังกล่าว⁴² ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นที่ยอมรับในนานาอารยประเทศที่มีระบบกฎหมายปกครองที่พัฒนาไปมากแล้วว่า หากองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใดที่ปรากฏชัดเจนว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมต้องตกเป็นโมฆะ⁴³ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้บัญญัติกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้ก็เนื่องมาจากประสงค์จะปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องที่ฝ่ายวิชาการและศาลที่จะเป็นผู้พัฒนาหลักเกณฑ์

⁴¹ กมลชัย รัตนสกววงศ์ เล่มเดิม, หน้า 12.

⁴² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ 47/2546 (ประชุมใหญ่). โดยมีคำวินิจฉัยสรุปได้ว่า เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และบทบัญญัติในมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเมื่อตนจงใจกระทำให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น นอกจากนี้ ยังปรากฏข้อเท็จจริงที่รับฟังได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นกรณีการกระทำละเมิดที่เกิดจากเหตุทั่วไปและมีจำนวนเกิน 50,000 บาท แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้รายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบก่อนตามประกาศกระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องปฏิบัติ ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดเชยเงินตามหนังสือดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง

⁴³ วรเจตน์ ภาคิรัตน์ ช (2549, มกราคม-เมษายน). “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 6, 1. หน้า 46.

ดังกล่าวขึ้นมา เพราะเหตุความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในหลายประเทศยังไม่ตรงกัน⁴⁴ ดังนั้น ในการพิจารณาจึงยอมเป็นไปตามสภาพและเหตุผลของแต่ละเรื่องไป

2) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ถึงขนาดรุนแรงและประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นยอมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ (โมฆียะ) กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีผลผูกพันผู้รับคำสั่งให้ต้องปฏิบัติตามจนกว่าจะมีการกระทำอื่นมาลบล้างคำสั่งนั้น หรือจนกว่าคำสั่งนั้นจะสิ้นผลลง (มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ)

3) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง หากปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือกรรมการในคณะกรรมการนั้น เป็นผู้ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง แต่คำสั่งทางปกครองที่ได้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ไปแล้วก่อนหน้านี้ย่อมไม่เสียไป โดยถือว่ากฎหมายได้รับรองผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้เป็นคำสั่งที่มีผลสมบูรณ์ต่อไป (มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ)

4) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ ได้แก่ การไม่มีผู้ยื่นคำขอ การไม่ได้จัดให้มีเหตุผลในการออกคำสั่ง การรับฟังคู่กรณีโดยไม่สมบูรณ์ และการไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นเห็นชอบก่อนออกคำสั่ง แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเหตุบกพร่องดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญที่ถึงขนาดกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งการ และได้มีการแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องในภายหลังแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็ยอมถือว่าสมบูรณ์ โดยผู้รับคำสั่งทางปกครองจะนำเหตุบกพร่องดังกล่าวมาอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ และข้อกล่าวอ้างที่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องจากเหตุดังกล่าวยอมตกไป (มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ)

5) คำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการ แต่รูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการนั้นไม่ได้เป็นสาระสำคัญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทาง

⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค. (2545). “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง.” อาจารย์บุชา รวบรวมความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมนุญ. หน้า 168.

ปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์และไม่อาจถูกเพิกถอน เพราะเหตุบกพร่องดังกล่าวได้⁴⁵

6) คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อย เช่น คำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือที่เจ้าหน้าที่พิมพ์ผิด หรือเขียนจำนวนนับผิด โดยสามารถทราบได้จากบริบทแวดล้อมว่าเจ้าหน้าที่ผู้จัดทำคำสั่งนั้นประสงค์จะพิมพ์หรือเขียนจำนวนนับเช่นใด แม้ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องอยู่บ้าง แต่ก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจแก้ไขเพิ่มเติมข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อยเหล่านั้นได้เสมอ (มาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ)

7) คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีดังกล่าวก็ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เพราะกฎหมายได้กำหนดให้ขยายระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นออกไปเป็นหนึ่งปี หากไม่มีการแจ้งระยะเวลาอุทธรณ์ตามไปหลังจากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว (มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ)⁴⁶

2.3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างผลของคำสั่งทางปกครองกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

การที่ระบบกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังมีผลบังคับใช้ได้ต่อไปนั้น เป็นไปตามข้อเรียกร้องของหลักความมั่นคงแห่งสิทธิที่มุ่งคุ้มครองการปฏิบัติราชการให้เป็นไปโดยราบรื่นและได้รับความเคารพนับถือจากเอกชนผู้รับคำสั่ง อีกทั้งหลักการนี้ก็ไม่ขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากระบบกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองสามารถอุทธรณ์โต้แย้งเพื่อให้องค์กรตรวจสอบหรือศาลใช้อำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้อยู่แล้ว จึงเห็นได้ว่าความมีผลบังคับทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองจึงมิใช่สิ่งที่ต้องไปด้วยกันเสมอ⁴⁷ แต่อาจพิจารณาได้ว่ามีความเกี่ยวโยงกัน เนื่องจากหากผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ภายในระยะเวลาที่สมควร และผลบังคับทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น

⁴⁵ ดูพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ที่ให้อำนาจศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้น กรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายโดยอาศัยหลัก *argumentum e contrario*.

⁴⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข เล่มเดิม. หน้า 44-45.

⁴⁷ แหล่งเดิม. หน้า 177-178.

จะถือว่า มีผลบังคับ “ชั่วคราว” โดยหากองค์กรฝ่ายปกครองที่วินิจฉัยอุทธรณ์หรือองค์กรตุลาการพิจารณาแล้วเห็นสอดคล้องตามที่อุทธรณ์โต้แย้งมา ก็อาจพิจารณายกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ แต่หากระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งล่วงเลยไปแล้วโดยที่ผู้รับคำสั่งไม่ได้อุทธรณ์โต้แย้ง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับผูกพันเป็นการ “ถาวร” ซึ่งหมายความว่าบุคคลผู้รับคำสั่งจะไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นได้อีก และจำต้องผูกพันตามคำสั่งทางปกครองนั้น ถึงแม้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม⁴⁸

แต่สำหรับองค์กรฝ่ายปกครองแล้ว หากตรวจพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้สมบูรณ์ได้ในภายหลัง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ย่อมมีอำนาจดุลพินิจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้เสมอ หรืออาจออกคำสั่งทางปกครองใหม่ที่ชอบด้วยกฎหมายมาทดแทน แต่การจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้ได้รับคำสั่งนั้น เช่น ใบอนุญาต หรือการให้เงินช่วยเหลือต่างๆ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่งนั้นภายในระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่กำหนดระยะเวลาเก้าสิบวันนี้จะไม่นำมาใช้บังคับหากปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองที่ทําขึ้นเพราะผู้รับคำสั่งได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จ ปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง ข่มขู่ หรือชกแจง โดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง) นอกจากนี้ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอาจกระทำเฉพาะส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น หรือจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งหมดก็ได้ โดยจะให้ผลย้อนหลังไปตั้งแต่ขณะออกคำสั่งทางปกครอง (ex tunc) หรือไม่ย้อนหลัง (ex nunc) หรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดก็ได้ (มาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง)⁴⁹

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 106-107.

⁴⁹ กมลชัย รัตนสกวางสัง เล่มเดิม. หน้า 12.

บทที่ 3

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

ในทางกฎหมายมหาชน รัฐมีหน้าที่ดำเนินกิจกรรมต่างๆ โดยมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของคนหมู่มากในสังคม แต่ถึงแม้รัฐจะมีความสามารถที่จะทรงสิทธิหรือหน้าที่ และมีเจตนาแยกต่างหากจากปัจเจกชนซึ่งเป็นพลเมืองของตนได้ก็ตาม แต่รัฐก็มีลักษณะเป็นเพียงบุคคลในแง่นามธรรมเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงต้องดำเนินกิจกรรมของตนต่างๆ ผ่านทางบุคคลธรรมดาคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลคณะใดคณะหนึ่ง เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นทำหน้าที่แทนในนามของรัฐตามกฎหมายที่รัฐได้กำหนดไว้ ซึ่งในทางกฎหมายปกครองเรียกบรรดาบุคคลเหล่านี้ว่า “เจ้าหน้าที่” และเมื่อเป็นที่เข้าใจกันว่า รัฐย่อมมีความมุ่งหมายในการดำเนินกิจกรรมทั้งหลายเพื่อประโยชน์มหาชน ดังนั้น เจ้าหน้าที่ที่กระทำการแทนรัฐจึงต้องผูกพันให้ต้องดำเนินกิจกรรมเช่นว่านี้เพื่อประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ของคนหมู่มากในสังคมด้วยเช่นกัน

จากที่กล่าวมาแล้วว่า คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น โดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นเจ้าหน้าที่ที่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง และเจ้าหน้าที่นั้นได้ปฏิบัติตามสอดคล้องตามหลักในเรื่องความเป็นกลาง ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ถือเป็นเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองประการหนึ่ง และประเทศไทยก็ได้รับเอาแนวคิดดังกล่าวมาเช่นกัน โดยบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ไว้ในมาตรา 12 ถึงมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายกลางที่วางแนวทางเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ในการศึกษาถึงเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในประเทศไทย จึงต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นสำคัญ

3.1 ความหมายของเจ้าหน้าที่

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดนิยาม “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐก็ตาม

เมื่อพิจารณาจากการนิยามความหมายของ “เจ้าหน้าที่” แล้ว จะเห็นว่าในระบบกฎหมายไทยได้กำหนดเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้ 3 จำพวก คือ

- 1) บุคคลธรรมดา เช่น ข้าราชการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ
- 2) คณะบุคคล เช่น คณะกรรมการต่างๆ ซึ่งบางกรณีก็เรียกว่า “สภา...” เช่น สภามหาวิทยาลัย หรือสภาวิชาชีพ เป็นต้น
- 3) นิติบุคคล เช่น กระทรวง ทบวง กรม หน่วยงานราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ

ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน หน่วยงานที่จะได้รับการจัดตั้งให้ปฏิบัติภารกิจทางปกครองนั้นมีอยู่ 2 จำพวก คือ **จำพวกแรก**เป็นหน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรเดี่ยว (monokratische oder bürokratische Behörde) ซึ่งหมายความว่า การตัดสินใจออกไปนามของหน่วยงานนั้นจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดแห่งหน่วยงานเพียงคนเดียว โดยในหน่วยงานนั้นจะมีการแบ่งหน่วยงานย่อยภายในที่มีตำแหน่งต่างๆ (Ämter) รองลงไปเป็นลำดับ และ**จำพวกที่สอง**เป็นหน่วยงานที่ได้รับการจัดองค์กรในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่ม (kollegiale Behörde) ซึ่งหมายความว่า การตัดสินใจเรื่องในทางปกครองที่กระทบต่อราษฎรจะต้องกระทำในรูปของคณะกรรมการ (Ausschuss) อย่างไรก็ตามในส่วน of หน่วยงานที่มีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่มนี้ แม้การตัดสินใจจะกระทำในรูปของการประชุมโดยคณะกรรมการ แต่การบังคับการตามมติของคณะกรรมการดังกล่าว ตลอดจนการดำเนินการในความสัมพันธ์ภายนอก กฎหมายจะกำหนดให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง นอกจากนี้ หน่วยงานที่เป็นองค์กรกลุ่มจะแตกต่างจากหน่วยงานที่เป็นองค์กรเดี่ยวตรงที่หน่วยงานที่เป็นองค์กรกลุ่มนั้นไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการสั่งการจากองค์กรอื่น⁵⁰

สำหรับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือหลักว่า การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลาย (agent publics) ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลหรือคณะบุคคลก็ตาม ล้วนเป็นการกระทำในนามนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชน (personne morale de droit public) ดังนั้น การกระทำทางปกครองจึง

⁵⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ง (2548). วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. หน้า 29.

เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นฝ่ายปกครองกับเอกชนซึ่งเป็นผู้อยู่ใต้การปกครองทั้งสิ้น⁵¹ โดยอาจจำแนกนิติบุคคลแห่งกฎหมายมหาชนดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภทคือ

1) รัฐ (Etat) ซึ่งเป็นนิติบุคคลเพียงหนึ่งเดียวในประเภทนี้ โดยเอกลักษณ์ของรัฐในฐานะที่เป็นนิติบุคคลคือ มีอำนาจดำเนินงานทางปกครองทั่วไปได้ทั่วดินแดนของประเทศ

2) กลุ่มชนท้องถิ่น (les collectivités locale) ซึ่งได้แก่ เดปาร์เตอเมนต์ (département) กอมมูน (commune) และดินแดนโพ้นทะเล (territoires d'outre-mer) โดยเอกลักษณ์ของนิติบุคคลประเภทนี้คือ มีอำนาจดำเนินงานทางปกครองทั่วไปในพื้นที่ส่วนหนึ่งของดินแดนของประเทศ

3) องค์กรสาธารณะ (établissements publics) ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่มีอำนาจดำเนินงานทางปกครองเฉพาะอย่าง เช่น มหาวิทยาลัย เป็นต้น⁵²

อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงนิติบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีตัวตนและชีวิตจิตใจเหมือนบุคคลธรรมดา ดังนั้น ถึงแม้ว่าจะได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายก็ตาม นิติบุคคลก็ไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ด้วยตนเอง ต้องให้บุคคลคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งซึ่งเป็น “ตัวแทน” หรือ “ผู้มีอำนาจทำการแทน” เพื่อใช้อำนาจดังกล่าวแทนตน และในนามของตนอีกทอดหนึ่ง ดังนั้น หากพิจารณาตามความเป็นจริงแล้ว “เจ้าหน้าที่” จึงมีเพียง 2 จำพวก คือ บุคคล และคณะบุคคล เท่านั้น⁵³

อนึ่ง ความหมายของเจ้าหน้าที่ตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มิได้มีความหมายเฉพาะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคลากรของภาครัฐเท่านั้น แต่มีความหมายครอบคลุมไปถึงบุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งใช้หรือได้รับมอบให้ใช้ “อำนาจมหาชน”⁵⁴ โดยนิยามในกฎหมายได้พรรณนาตลอดไปด้วยว่า “ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” ดังนั้น หากเป็นผู้ที่จัดทำกิจการของรัฐโดยการใช้อำนาจปกครองแล้ว ก็ถือว่าเป็น “เจ้าหน้าที่” ทั้งสิ้น เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจึงอาจรวมถึงเอกชน คณะบุคคลเอกชน หรือนิติบุคคลเอกชนที่รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐด้วย เช่น คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพบัญชี มีอำนาจออกใบอนุญาตเป็นผู้สอบบัญชีตามพระราชบัญญัติผู้สอบบัญชี พ.ศ. 2547 หรือคณะกรรมการสภาเภสัชกรรมมีอำนาจออกใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเภสัชกรรมตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537

⁵¹ อิศสระ นิติทัศน์ประกาศ. (2525). คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. หน้า 81.

⁵² แหล่งเดิม. หน้า 85-86.

⁵³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค เล่มเดิม. หน้า 40.

⁵⁴ มานิตย์ จุมปา. เล่มเดิม. หน้า 344.

3.2 ประเภทของเจ้าหน้าที่

เมื่อกล่าวถึงเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแล้ว อาจแบ่งเจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้เป็น 2 ประเภท โดยแยกตามลักษณะของการรับมอบอำนาจจากรัฐ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้ทรงอำนาจ และเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบอำนาจอีกทอดหนึ่ง

3.2.1 เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ

เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง คือ บุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เป็นตัวแทนของรัฐในการใช้อำนาจทางปกครองในเรื่องหนึ่งเรื่องใด ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดโดยตรงไว้ในบทบัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดหรือคณะกรรมการคณะใดเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ หรือกำหนดให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนั้นแต่งตั้งบุคคลที่เหมาะสมให้เป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจก็ได้

เมื่อบุคคลใดได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้เป็นเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจแล้ว บุคคลนั้นก็จะมีฐานะเป็นตัวแทนของรัฐในการใช้อำนาจมหาชนเพื่อแสดงเจตนาหรือกระทำการต่างๆ ภายในขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งการใช้อำนาจเช่นนี้จำเป็นต้องพึงระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะบางกรณีอาจเป็นการลบล้างทำลายสิทธิของเอกชน ดังนั้น โดยทั่วไป หากกฎหมายกำหนดให้บุคคลใดเป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ก็ย่อมแสดงให้เห็นโดยปริยายว่า ผู้บัญญัติกฎหมายหรือรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายมีความไว้วางใจว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะที่จะใช้สติปัญญา ความสามารถ และประสบการณ์ในการกระทำการปกครองได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายและมีความเหมาะสมตามสมควรแก่กรณี ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดหลักกฎหมายปกครองว่า เจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใด จะต้องใช้อำนาจนั้นด้วยตนเอง และจะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นกระทำการดังกล่าวแทนมิได้⁵⁵ ทั้งนี้ เพื่อให้อำนาจทางปกครองตกอยู่แก่ผู้ที่สมควรวางใจได้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้

3.2.2 เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจ

แม้จะมีหลักกฎหมายวางแนวทางให้เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจต้องใช้อำนาจด้วยตนเอง แต่หลักเกณฑ์เช่นนี้ก็หาได้เคร่งครัดจนถึงขนาดว่า หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถปฏิบัติกรณนั้นแล้ว ก็จะไม่สามารถให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นดำเนินการแทนตนได้เลย เนื่องจากกระบวนการทางปกครองมีความซับซ้อนมาก ในบางกรณีจำเป็นต้องปรับตัวให้สอดคล้องกับสถานการณ์โดยเร็ว ซึ่งสวนทางกับข้อเท็จจริงที่ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ผู้บัญญัติกฎหมายหรือรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายไว้วางใจให้เป็นผู้ทรงอำนาจนั้นมีอยู่จำนวนจำกัด และบุคคลดังกล่าวก็ไม่สามารถปฏิบัติกรต่างๆ ทั้งหมดได้ในเวลาเดียวกัน การบังคับให้เจ้าหน้าที่

⁵⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 45.

ฝ่ายปกครองเหล่านั้นต้องใช้อำนาจกระทำการต่างๆ ด้วยตนเองในทุกกรณี จึงอาจทำให้การบริการ สาธารณะขาดความต่อเนื่องหรือหยุดชะงักลงได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องผ่อนคลายหลักกฎหมายนี้ ลงบ้าง โดยหากเรื่องใดมีกฎหมายกำหนดให้มอบอำนาจกันได้ เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจอาจ มอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นแทนตนได้ ซึ่งบุคคลที่ ได้รับมอบอำนาจให้กระทำการทางปกครองแทนนี้ เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจ”

อย่างไรก็ตาม แม้มีบทกฎหมายอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจสามารถมอบ อำนาจให้บุคคลอื่นออกคำสั่งทางปกครองแทนได้ แต่เนื่องจากการมอบอำนาจนี้เป็นเพียงข้อยกเว้น หลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเอง ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจจะมอบให้ผู้อื่นเป็นเจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจ จึงต้องเคารพและ ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเคร่งครัด เช่น การปฏิบัติตามแบบกฎหมายในเรื่องการ มอบอำนาจ หรือการที่เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจจะต้องเป็นบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ ล่วงหน้า เป็นต้น⁵⁶

สำหรับในระบบกฎหมายไทยได้กำหนดในเรื่องการมอบอำนาจทางปกครอง ของเจ้าหน้าที่ไว้ โดยสามารถแยกได้ 2 กรณี คือ

3.2.2.1 กฎหมายบัญญัติให้มอบอำนาจได้ไว้เป็นกรณีเฉพาะ เป็นกรณีซึ่ง กฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง กำหนดอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ สามารถมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นกระทำการแทนตนได้ โดยบัญญัติไว้เป็นกรณีเฉพาะในกฎหมาย ฉบับนั้นเอง เช่น ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 กำหนดให้การประกอบ กิจการ โรงงานจำพวกที่ 3 ต้องได้รับใบอนุญาตจากผู้อนุญาต ซึ่ง “ผู้อนุญาต” ตามพระราชบัญญัติ ดังกล่าวได้กำหนดนิยามไว้ในมาตรา 5 ว่าคือ “ปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมาย” ดังนั้น ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมจึงสามารถมอบอำนาจให้แก่ผู้ที่เหมาะสมผู้หนึ่งผู้ใดเป็น ผู้อนุญาตแทนได้ โดยใช้ฐานกฎหมายในเรื่องการมอบอำนาจจากกฎหมายฉบับดังกล่าว

3.2.2.2 กฎหมายบัญญัติให้มอบอำนาจได้ไว้เป็นการทั่วไป เป็นกรณีซึ่งกฎหมาย ที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติงานภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง ได้กำหนดเรื่องการมอบ อำนาจ หรือเรียกอีกนัยว่า “การปฏิบัติราชการแทน” ไว้เป็นการทั่วไป ดังนั้น หากกรณีไม่มีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดเรื่องการมอบอำนาจในเรื่องดังกล่าวไว้เป็น อย่างอื่น หรือมิได้ห้ามการมอบอำนาจไว้แล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจอาจใช้ฐานกฎหมายในเรื่องการ มอบอำนาจที่กำหนดไว้เป็นการทั่วไปนี้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติราชการแทนได้ ทั้งนี้ เนื่องจาก เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ โดยส่วนใหญ่มักเป็นเจ้าหน้าที่ระดับสูงขององค์กรฝ่ายปกครอง การมอบ

⁵⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 46.

อำนาจให้ผู้อยู่ในสายบังคับบัญชาระดับล่างปฏิบัติราชการแทนในบางเรื่อง จึงเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น เช่น ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้รัฐมนตรีอาจมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง ปลัดกระทรวง อธิบดี หรือผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนได้ (มาตรา 38 (2)) หรืออธิบดีอาจมอบอำนาจให้รองอธิบดี ผู้ช่วยอธิบดี ผู้อำนวยการกอง หรือผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนได้ (มาตรา 38 (7))⁵⁷

อนึ่ง มีข้อสังเกตเกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างการมอบอำนาจทั้ง 2 กรณีข้างต้น กล่าวคือ ในส่วนการมอบอำนาจเป็นกรณีเฉพาะ กฎหมายจะบัญญัติเปิดช่องให้ผู้มอบอำนาจมีดุลพินิจที่จะมอบหมายงานให้ผู้ใดเป็นผู้ดำเนินการแทนก็ได้โดยไม่มีการจำกัดตัวผู้รับมอบไว้ ผู้มอบอำนาจจึงสามารถเลือกผู้ปฏิบัติราชการแทนได้อย่างเต็มที่ เพราะเท่ากับกฎหมายไว้วงใจผู้มอบอำนาจเป็นหลักว่าคงมอบไปยังผู้ที่เหมาะสมแก่การใช้อำนาจนั้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีการมอบอำนาจเป็นการทั่วไปที่กฎหมายจะกำหนดผู้ดำรงตำแหน่งที่อาจรับมอบอำนาจเอาไว้ล่วงหน้าแล้ว ผู้มอบอำนาจจึงมอบหมายงานให้ได้เฉพาะเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ผู้อื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ได้

3.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่

ในการพิจารณาตัวเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใด ไม่ว่าจะเป็ น “เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ” หรือ “เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจ” จะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นด้วย

3.3.1 เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 12 กำหนดให้คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเขตอำนาจในเรื่องดังกล่าว ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 4 ด้านด้วยกัน คือ ด้านแรก หลักเกณฑ์ด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่หมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งโดยชอบ ด้านที่สอง หลักเกณฑ์ด้านเนื้อเรื่อง หมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องมีอำนาจที่จะออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นได้ ด้านที่สาม หลักเกณฑ์ด้านลำดับชั้น หมายความว่า เจ้าหน้าที่ผู้ออก

⁵⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 185-186.

คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามสายบังคับบัญชาที่มีอำนาจกระทำการในเรื่องนั้น และด้านที่สี่ หลักเกณฑ์ด้านพื้นที่ หมายความว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีอำนาจภายในเขตพื้นที่ที่จะกระทำการเรื่องนั้น

3.3.1.1 หลักเกณฑ์ด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ ในส่วนนี้เป็นการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยมีหลักว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่องใด ต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหรือได้รับมอบอำนาจโดยชอบที่จะกระทำการทางปกครองในเรื่องนั้นเสียก่อน หากคำสั่งทางปกครองได้ออกโดยบุคคลที่ไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหรือไม่เคยได้รับมอบอำนาจแล้ว แม้ว่าบุคคลนั้นจะได้แสดงตนว่าเป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ก็ตาม การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น และมีผลให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีกฎหมายก็ได้บัญญัติคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ไว้ โดยหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแล้ว แต่ความปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่นั้นเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องพ้นจากตำแหน่งไป การพ้นจากตำแหน่งเช่นนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ ดังนั้น เพื่อให้เข้าใจถึงหลักเกณฑ์ด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ จึงขอแยกพิจารณาเป็น 2 เรื่องคือ เงื่อนไขเกี่ยวกับการเข้าสู่ตำแหน่งหรือการรับมอบอำนาจ และการคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่

1) การเข้าสู่ตำแหน่งหรือการรับมอบอำนาจ

เงื่อนไขเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการเข้าสู่ตำแหน่งหรือการรับมอบอำนาจ อาจพิจารณาแยกเป็น 2 กรณี ได้แก่ เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ และเจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจ

(1) **เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจ** จะต้องได้รับการแต่งตั้งแล้วโดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครองก็เป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน ดังนั้น การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่จึงต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้ทำการแต่งตั้งต้องเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจแต่งตั้ง บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมายและไม่มีลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่งนั้น เป็นต้น

(2) เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจจะต้องได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติราชการแทนเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการมอบอำนาจนั้นต้องมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการมอบอำนาจอย่างถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ

(2.1) มีกฎหมายบัญญัติอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจสามารถมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่อื่นกระทำการทางปกครองแทนได้ โดยการมอบอำนาจในกฎหมายมหาชนนั้น แตกต่างกับการมอบอำนาจหรือการตั้งตัวแทนในกฎหมายเอกชน เนื่องจากตามกฎหมายเอกชนบุคคลอาจมอบหมายให้ผู้อื่นซึ่งตนไว้วางใจใช้สิทธิหรือปฏิบัติหน้าที่ใดๆ ที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายแทนตนได้เสมอ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือโดยสภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่นั้นๆ แล้ว บุคคลนั้นจะต้องใช้หรือปฏิบัติด้วยตนเองเป็นการเฉพาะตัว แต่ตามกฎหมายมหาชน เจ้าหน้าที่ที่กฎหมายมอบหมายให้ใช้อำนาจของรัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด จะมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่อื่นดำเนินการอย่างนั้นๆ แทนตนได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติอนุญาตเท่านั้น หากกฎหมายไม่ได้บัญญัติอนุญาตไว้ การมอบอำนาจย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2.2) ผู้รับมอบอำนาจต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้ เนื่องจากในการมอบอำนาจเป็นการทั่วไป กฎหมายมักจะบัญญัติล่วงหน้าไว้ด้วยว่า หากเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจประสงค์จะมอบอำนาจแล้ว จะสามารถมอบให้แก่เจ้าหน้าที่ใดได้บ้าง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจจึงต้องเคารพตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยต้องมอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น การมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่อื่นนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้นี้ ย่อมเป็นการมอบอำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2.3) การมอบอำนาจได้ปฏิบัติถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแม้การมอบอำนาจจะเป็นเรื่องภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจส่วนใหญ่คือหัวหน้าสูงสุดขององค์กรฝ่ายปกครองนั้น ได้มอบหมายงานให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติราชการแทน แต่หากกฎหมายได้กำหนดแบบของการมอบอำนาจไว้เรียบร้อยแล้ว การมอบอำนาจดังกล่าวก็ต้องปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับอาจกำหนดแบบการมอบอำนาจไว้แตกต่างกันออกไป เช่น ให้ทำเป็นหนังสือ ให้ทำเป็นคำสั่ง หรือให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้น⁵⁸

⁵⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 46-47.

2) การคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีเหตุบกพร่องในด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และส่วนใหญ่ถือว่าเป็นเหตุบกพร่องที่รุนแรงและประจักษ์ชัด แต่ในเรื่องผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการสั่งการโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คงไม่อาจนำหลักเกณฑ์เรื่องโมฆะกรรมมาใช้กับความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ทุกกรณี เนื่องจากความเสียหายของคำสั่งทางปกครองนั้นอาจมีผลกระทบต่อหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ และหลักการคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชนในการกระทำของรัฐ รวมถึงอาจมีผลกระทบในทางปกครองอย่างมากและต่อเนื่องเป็นลูกโซ่⁵⁹ เช่น ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งอธิบดีเนื่องจากขาดคุณสมบัติเพราะไม่มีสัญชาติไทย หรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากให้การแต่งตั้งอธิบดีดังกล่าวเป็นโมฆะแล้ว ก็ย่อมมีผลทำให้การกระทำหรือการสั่งการใดๆ ของอธิบดีคนนั้นไม่มีผลทางกฎหมายหรือเสียหายไปด้วย และหากอธิบดีดังกล่าวได้สั่งการต่างๆ ไปมากมาย เช่น แต่งตั้งข้าราชการ อนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้าน ให้เงินช่วยเหลือแก่เอกชน ออกใบอนุญาตหรือทำสัญญากับเอกชน ย่อมมีผลให้การกระทำที่เกิดขึ้นเสียหายมาตั้งแต่ต้น และหากข้าราชการที่อธิบดีผู้นั้นแต่งตั้งไปดำเนินการออกคำสั่งหรือทำสัญญาต่างๆ กับบุคคลภายนอก ก็อาจมีผลกระทบต่อกรกระทำหรือสัญญาดังกล่าวด้วย รวมทั้งหากเอกชนที่ได้รับสัญญาหรือผลประโยชน์จากรัฐนำสัญญาหรือผลประโยชน์นั้นไปดำเนินการต่างๆ กับบุคคลอื่นต่อไป ก็ย่อมมีผลเสียหายต่อเนื่องกันไปมากมาย ด้วยเหตุนี้ ในทางกฎหมายปกครองจึงจำเป็นต้องให้คุ้มครองผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ในกรณีดังกล่าวไว้ โดยหากเป็นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่แล้ว แม้ปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่นั้นขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องพ้นจากตำแหน่ง แต่การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติแล้วไปก่อนหน้า คำสั่งทางปกครองที่ผู้นั้นกระทำจึงยังคงสมบูรณ์ใช้ได้ต่อไป

หลักเกณฑ์ทำนองนี้มีมาตั้งแต่ในสมัยโรมัน โดยในสมัยนั้น ทาสคนหนึ่งชื่อ Philippe หลบหนีไปได้และได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการ (Praetor) ในเวลาต่อมา Philippe ได้ใช้อำนาจในตำแหน่งตุลาการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีมากมาย ความปรากฏในภายหลังว่าการแต่งตั้ง Philippe ให้เป็นตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากตามกฎหมายโรมัน ทาสไม่อาจได้รับ

⁵⁹ ฤทัย หงส์สิริ. (2545). “นิติกรรมทางปกครอง.” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. หน้า 301.

แต่งตั้งให้เป็นตุลาการได้ ดังนั้น จึงเกิดปัญหาว่าการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่ Philippe ได้ทำลงไปก่อนที่ความจะปรากฏว่าเขาเป็นทาสมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือตกเป็นโมฆะ เป็นที่เห็นได้ชัดว่า การที่จะถือว่าการพิจารณาพิพากษาคดีของ Philippe ตกเป็นโมฆะ ย่อมจะยังผลให้นิติฐานะของบุคคลที่เชื่อโดยสุจริตว่า Philippe ได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับความกระทบกระเทือนอย่างใหญ่หลวง ดังนั้น จึงได้มีการตรากฎหมายให้สัปดาห์แรกของการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของ Philippe กฎหมายดังกล่าวเรียกว่า “lex Babarius Philippus” อันเป็นการคุ้มครองผลในการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการของ Philippe ก่อนหน้าที่จะถูกพบว่าเป็นผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามไม่ให้เสียไป⁶⁰

ในระบบกฎหมายประเทศฝรั่งเศสได้ยอมรับหลักการในเรื่องนี้เช่นกัน โดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปที่เรียกว่า “ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยชื่อเท็จจริง” (la théorie du fonctionnaire de fait) ซึ่งตามทฤษฎีนี้ได้วางหลักเกณฑ์การวินิจฉัยผลการกระทำทางปกครองอยู่บนพื้นฐานของสิ่งที่ปรากฏต่อสายตาคนทั่วไป (l'apparence)⁶¹ กล่าวคือ บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ในราชการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ตนเองเชื่อว่าได้รับการแต่งตั้งอย่างถูกต้องและประชาชนก็เชื่อเช่นนั้น หากบุคคลดังกล่าวกระทำการใดลงไปในช่วงเวลาระหว่างก่อนที่จะมีการเพิกถอนการแต่งตั้งนั้นแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเสมือนเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานที่ได้รับการแต่งตั้งอย่างถูกต้องตามกฎหมาย หรือในอีกกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ร้ายแรง เช่น ในยามสงคราม หรือเกิดภัยพิบัติสาธารณะ และไม่มีเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจปฏิบัติงานตามตำแหน่งหน้าที่ เอกชนคนหนึ่งอาจเข้าทำหน้าที่แทนเป็นการชั่วคราว การกระทำของเอกชนคนนี้อาจถือเสมือนว่าเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจ⁶²

ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน แม้ได้วางหลักให้คำสั่งทางปกครองจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 35 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากผู้ไร้ความสามารถจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ แต่สำหรับกรณีการแต่งตั้งข้าราชการโดยมิชอบด้วยกฎหมายและมีการเพิกถอนการแต่งตั้งข้าราชการนั้นใน

⁶⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค เล่มเดิม. หน้า 51.

⁶¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน). “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.” *นิติศาสตร์*, 32, 2. หน้า 261.

⁶² สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. หน้า 242.

ภายหลัง การกระทำของข้าราชการผู้นั้นก่อนมีการเพิกถอนดังกล่าวย่อมชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 14 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของเยอรมัน⁶³

สำหรับในระบบกฎหมายไทย ได้ยอมรับหลักการคุ้มครองผลของการกระทำของรัฐในกรณีที่น่าปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ที่กระทำการนั้นขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยนำเอาหลักกฎหมายโรมันข้างต้นมากำหนดไว้ในกฎหมายต่างๆ กล่าวคือ

องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 97 ได้กำหนดให้ “การออกจากตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาภายหลังวันที่สมาชิกภาพสิ้นสุดลง หรือวันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลง ย่อมไม่กระทบกระเทือนกิจการที่สมาชิกผู้นั้นได้กระทำไปในหน้าที่สมาชิก...” และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 96 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ “เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งถูกคัดค้านนั้นสิ้นสุดลงนับตั้งแต่วันที่มิคำสั่ง แต่ทั้งนี้ย่อมไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ผู้นั้นได้กระทำไปในหน้าที่ก่อนที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาได้รับแจ้งคำสั่ง” และวรรคสอง “ในกรณีที่มีการนับคะแนนใหม่และเป็นเหตุให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาซึ่งถูกคัดค้านต้องสิ้นสุดลง ให้มีผลตั้งแต่วันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผลการนับคะแนนใหม่ แต่ทั้งนี้ย่อมไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ผู้นั้นได้กระทำไปในหน้าที่ก่อนที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผลการนับคะแนนใหม่”

องค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 34 กำหนดให้ “ข้าราชการตุลาการผู้ใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือขาดคุณสมบัติหรือมิได้ประกอบวิชาชีพตามที่กำหนดในการสมัครเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมที่ใช้อยู่ในเวลาสมัครตั้งแต่วันสมัครเข้ารับราชการหรือตั้งแต่ก่อนได้รับการบรรจุ ให้ประธานศาลฎีกาด้วยความเห็นชอบของ ก.ต. สั่งให้ผู้นั้นออกจากราชการ แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่...” และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 37 กำหนดให้ “ผู้ได้รับบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใด หากภายหลังปรากฏต่อ ก.อ. ว่าขาดคุณสมบัติตามมาตรา 25 หรือมาตรา 33 ตั้งแต่ก่อนได้รับการบรรจุ

⁶³ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ เล่มเดิม. หน้า 145-146.

ให้รัฐมนตรีด้วยความเห็นชอบของ ก.อ. สั่งให้ผู้นั้นออกจากราชการ แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่...”

สำหรับองค์กรใช้อำนาจบริหาร มีหลักกฎหมายทำนองนี้เช่นกัน โดยกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะเรื่องหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 62 วางหลักเกณฑ์ให้ ในกรณีที่มีการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนที่ไม่มีคุณสมบัติตรงตามที่กำหนดไว้สำหรับตำแหน่งนั้น ให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการผู้นั้นแต่งตั้งผู้นั้นให้กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม หรือตำแหน่งอื่นในระดับเดียวกับตำแหน่งเดิมที่ผู้นั้นมีคุณสมบัติ แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่⁶⁴

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายที่ใช้คุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะในกฎหมายแต่ละฉบับ ไม่ได้ใช้บังคับกับการดำเนินการในทางปกครองเป็นการทั่วไปเหมือนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ต่อมา กฎหมายไทยจึงได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 19 ซึ่งสามารถนำไปใช้กับเรื่องอื่นๆ ได้ ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะเรื่องนั้นๆ ไม่ได้บัญญัติไว้⁶⁵ โดยมีข้อความว่า “ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว พบว่ามีหลักเกณฑ์สำคัญที่สมควรนำมาศึกษาใน 2 เรื่องคือ ลักษณะของเหตุบกพร่องที่ได้รับความคุ้มครอง และผลของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ปรากฏเหตุบกพร่องดังกล่าว

⁶⁴ นอกจากนี้ มีมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 กำหนดในลักษณะเดียวกันโดยให้ ผู้ได้รับการบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการครูและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใด หากปรากฏภายหลังว่าขาดคุณสมบัติทั่วไปอยู่ก่อน หรือมีกรณีต้องหาอยู่ก่อนและภายหลังเป็นผู้ขาดคุณสมบัติเนื่องจากกรณีต้องหา นั้น ให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุ สั่งให้ผู้นั้นออกจากราชการโดยพลัน แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่

⁶⁵ ฤทัย หงส์ศิริ. เล่มเดิม. หน้า 305.

(1) ลักษณะของเหตุบกพร่อง

ในหลักการตามมาตรา 19 ได้วางเงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะของเหตุบกพร่องที่ได้รับความคุ้มครองมิให้ถือว่ามีผลกระทบทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไป โดยเงื่อนไขเช่นว่านี้มีทั้งที่ปรากฏชัดเจนในบทบัญญัติกฎหมายนั้นเอง และที่เป็นหลักกฎหมายซึ่งยอมรับเป็นการทั่วไป โดยอาจจำแนกองค์ประกอบของลักษณะเหตุบกพร่องดังกล่าวได้ ดังนี้

(1.1) พฤติกรรมของเหตุบกพร่องต้องเกิดจากการที่ได้มีการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว แต่ปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง และนอกจากนี้ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยวินิจฉัยขยายลักษณะพฤติกรรมของเหตุบกพร่องข้างต้นให้รวมถึง กรณีคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏในภายหลังว่าได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งไปแล้ว แต่เจ้าหน้าที่นั้นยังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่ต่อไปโดยมิได้รับมอบหมายให้รักษาราชการแทนในตำแหน่งดังกล่าวด้วย⁶⁶

เมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมของเหตุบกพร่องที่ได้รับการคุ้มครองผลการกระทำตามมาตรา 19 แล้ว เห็นว่ามีขอบเขตที่กว้างขวางกว่าหลักเกณฑ์เดิมที่คุ้มครองผลการกระทำทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายราชฉบับ เช่น มาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เนื่องจากในกรณีหลังได้บัญญัติคุ้มครองเฉพาะผลของการกระทำที่ปรากฏในภายหลังว่าผู้กระทำความผิดมีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนั้น และต้องกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งอื่นในระดับเดียวกับตำแหน่งเดิมที่ผู้นั้นมีคุณสมบัติ ส่วนพฤติกรรมของเหตุบกพร่องตามมาตรา 19 นี้ ได้รวมถึงกรณีการแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีคดีหนึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “...การดำเนินการคัดเลือกของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และการมีคำสั่งแต่งตั้งโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มิใช่กรณีตามนัยมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติให้ข้าราชการพลเรือนสามัญที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 57 มาตรา 58 หรือมาตรา 60 แล้ว แต่ภายหลังปรากฏว่าเป็นผู้มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนั้นให้ผู้มีอำนาจตามมาตรา 52 แต่งตั้งผู้นั้นกลับไปดำรงตำแหน่งเดิม หรือตำแหน่งอื่นในระดับเดิมโดยพลัน ทั้งมิใช่กรณีตามนัยมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ที่บัญญัติให้ผู้ที่ได้รับการบรรจุเข้ารับราชการ หากภายหลังปรากฏว่าขาดคุณสมบัติทั่วไป ให้สั่งให้ผู้นั้นออกจากราชการโดยพลัน แต่เป็นกรณีที่ต้องด้วยมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า

⁶⁶ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องการปฏิบัติงานของผู้อำนวยการองค์การสวนยางภายหลังจากที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว (เรื่องเสร็จที่ 706/2548)

ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองได้มีการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใด ที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่...”⁶⁷

(1.2) องค์กรฝ่ายปกครองต้นสังกัดและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลาย ได้ยอมรับการปฏิบัติหน้าที่หรือแสดงออกว่าเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งมิได้ทักท้วงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวในขณะที่ผู้นั้นได้กระทำลงไป

(1.3) เอกชนผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อด้วยความสุจริตใจว่าเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอย่างถูกต้อง และมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยชอบด้วยกฎหมาย

(1.4) เป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการสั่งการไปโดยสุจริต (bonafide)⁶⁸ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องเชื่อด้วยความสุจริตใจว่าตนเองมีอำนาจหน้าที่ในกระทำการ⁶⁹ และได้ดำเนินการไปตามอำนาจหน้าที่ของตนในตำแหน่งนั้น⁷⁰

เมื่อพิจารณาลักษณะของเหตุบกพร่องที่มาตรา 19 ได้คุ้มครองมิให้ถือว่ามีผลกระทบทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปแล้ว เห็นว่า เจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าว นอกจากเพื่อป้องกันมิให้ระบบการปกครองยุ่งเหยิง วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งคือเพื่อคุ้มครองประชาชนผู้สุจริตมิให้ได้รับผลกระทบจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของเหตุบกพร่องตามกรณีดังกล่าวมา เนื่องจากเหตุบกพร่องที่เกิดขึ้นไม่ว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ขาดคุณสมบัติ มีลักษณะต้องห้าม การแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือได้พ้นวาระการดำรงตำแหน่งไปแล้วก็ตาม กรณีทั้งหมดล้วนเป็นเรื่องกระบวนการภายในขององค์กรฝ่ายปกครองเอง เอกชนโดยทั่วไปมิอาจรับรู้ถึงความผิดพลาดดังกล่าวได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ และหลักการคุ้มครอง

⁶⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ 89/2549

⁶⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 190.

⁶⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2545). “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย.”

คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. หน้า 88.

⁷⁰ ประเด็นเรื่องความสุจริตใจของเจ้าหน้าที่นี้ ในทางวิชาการยังมิได้เห็นตรงกันทั้งหมด เนื่องจากนักวิชาการบางส่วนมองว่า หลักการคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว มุ่งเน้นที่จะคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของเอกชนผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ ดังนั้น แม้คำสั่งทางปกครองจะจัดทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ทราบว่าคุณเองมีข้อบกพร่อง แต่หากเอกชนเชื่อด้วยความสุจริตใจว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจโดยชอบแล้ว ก็ย่อมสมควรคุ้มครองผลของคำสั่งในกรณีนี้ด้วย

ความไว้วางใจของประชาชนในการกระทำของรัฐ จึงไม่สมควรให้รัฐสามารถหยิบยกเอาเหตุบกพร่องดังกล่าวมาทำลายผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งหลักการนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับหลักกฎหมายแห่งในเรื่อง“ตัวแทนเซิด” (Duldungsvollmacht) โดยอาจเปรียบเทียบได้ดังนี้

การเปรียบเทียบหลักการตามมาตรา 19 และหลักตัวแทนเซิด

หลักกฎหมายเรื่องตัวแทนเซิดนั้น ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 ว่า “บุคคลใดเซิดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเซิดตัวเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน” ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่า หลักการนี้มีเจตนารมณ์เช่นเดียวกับมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริต⁷¹ โดยในเรื่องตัวแทนเซิดได้วางหลักว่า หากบุคคล (ตัวการ) ได้แสดงออกไม่ว่าด้วยท่าทางหรือวาจาทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่าตนได้มอบอำนาจให้บุคคลอีกคนหนึ่งเป็นตัวแทนของตน แม้ความจริงแล้วจะมีได้เป็นตัวการตัวแทนกันก็ตาม แต่บุคคลภายนอกเชื่อโดยสุจริตว่าบุคคลนั้นเป็นตัวแทนจึงเข้าทำสัญญาด้วย โดยหวังว่ากิจการดังกล่าวจะผูกพันตัวการ กรณีนี้ตัวการจะถูกปิดปากมิให้โต้แย้งว่าบุคคลนั้นมีใช้ตัวแทนของตน และต้องผูกพันจากการกระทำของบุคคลที่ปรากฏแก่คนทั่วไปว่าเป็นตัวแทนด้วยเหตุนี้ จึงอาจเรียกตัวแทนเซิดได้อีกนัยหนึ่งว่า “ตัวแทนโดยกฎหมายปิดปาก” (Agency by estoppel)⁷²

แม้หลักการตามมาตรา 19 และหลักตัวแทนเซิด จะมีแนวทางการคล้ายคลึงกันคือ เป็นบทบัญญัติกฎหมายพิเศษที่มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้สุจริตมิให้ต้องได้รับความเสียหาย จากการที่ตัวการได้แสดงออกแก่บุคคลทั่วไปว่าบุคคลใดเป็นตัวแทนของตน แต่หลักกฎหมายทั้ง 2 เรื่องดังกล่าวก็มีความแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทน โดยหลักการตามมาตรา 19 เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับการแต่งตั้งให้มีฐานะเป็นตัวแทนของรัฐแล้ว แต่ปรากฏในภายหลังว่ามีเหตุบกพร่องจึงทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องพ้นจากตำแหน่งไป ดังนั้น ในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว ทั้งคู่มีความ

⁷¹ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2540). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน ตัวแทนคำต่าง นายหน้า และจ้างทำของ. หน้า 47.

⁷² ไพทริศ เอกจริยกร. (2548). ตัวแทน-นายหน้า. หน้า 68-69.

ประสงค์จะผูกพันในฐานะเป็นตัวการตัวแทนกัน เพียงแต่ความผูกพันดังกล่าวไม่สมบูรณ์ ซึ่งแตกต่างจากกรณีหลักตัวแทนเซดที่เป็นตัวแทนโดยผลของกฎหมาย เนื่องจากความเป็นตัวแทนเกิดขึ้นโดยยังไม่ได้มีความตกลงกันระหว่างตัวการและตัวแทน แต่กฎหมายให้ถือว่าบุคคลที่สมอ้านั้นเสมือนเป็นตัวแทน ตัวการจึงต้องผูกพันตามผลที่ตัวแทนเซดได้กระทำลงไป

ประการที่สอง เรื่องเจตนาภายในของผู้กระทำ เนื่องจากมาตรา 19 เป็นบทบัญญัติคุ้มครองคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ให้ยังคงเป็นคำสั่งที่มีผลสมบูรณ์ต่อไป เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ จึงสมควรเป็นหลักอันเดียวกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งนั้นต้องมีความสุจริตใจด้วย หากกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทราบอยู่แก่ใจว่าตนเองมีเหตุบกพร่อง แต่ยังฝ่าฝืนทำคำสั่งทางปกครองออกไปแล้ว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัตินี้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีหลักตัวแทนเซดที่มีได้พิจารณาเจตนาภายในของตัวแทนว่ากระทำโดยสุจริตใจหรือไม่ แต่หากมีข้อเท็จจริงทำให้บุคคลภายนอกสามารถที่จะสันนิษฐานได้จากการกระทำของตัวการว่าได้ยินยอมมอบอำนาจให้บุคคลใดมีฐานะเป็นตัวแทน แม้ว่าโดยความเป็นจริงแล้ว บุคคลที่เป็นตัวแทนเซดนั้นจะทราบอยู่แก่ใจว่าตนไม่มีอำนาจที่จะกระทำการแทนก็ตาม ตัวการก็ต้องร่วมผูกพันตามผลของหลักการนี้ด้วย

ประการที่สาม เรื่องผลของการกระทำ โดยในมาตรา 19 ได้กำหนดคุ้มครองผลการกระทำใดๆ ก่อนหน้าที่จะพบว่าเจ้าหน้าที่มีเหตุบกพร่อง โดยมีให้ถือว่าเหตุบกพร่องดังกล่าวมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งจึงมีผลผูกพันบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายไม่ว่าเป็นตัวเจ้าหน้าที่เอง องค์กรฝ่ายปกครอง หรือเอกชนผู้รับคำสั่ง ดังนั้นฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจึงมีอาจหยิบยกเหตุบกพร่องนั้นขึ้นมากล่าวอ้างได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีหลักตัวแทนเซดที่มีผลปิดปากเฉพาะผู้ที่เป็นตัวการมิให้เถียงว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นมิใช่ตัวแทนของตน ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตมิให้ได้รับผลกระทบจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำการของผู้ที่เป็นตัวการกับตัวแทนนั้น

(2) ผลการคุ้มครองคำสั่งทางปกครอง

มาตรา 19 เป็นบทบัญญัติพิเศษที่ยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาผลของคำสั่งทางปกครอง โดยมีให้ถือว่าเหตุบกพร่องในกรณีที่น่าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งนั้นขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องพ้นจากตำแหน่ง มีผลกระทบกระเทือนถึงการใดที่ผ่านมาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่โดยสุจริต ดังนั้น คำสั่งทางปกครองในกรณีนี้จึงยังคงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายต่อไป แม้ในข้อเท็จจริงจะเป็นคำสั่งทาง

ปกครองที่มีข้อตำหนิบางประการก็ตาม แต่ก็ถือว่ากฎหมายได้ให้สัตยาบันแก่เหตุบกพร่องนั้นแล้ว จึงมีอายุยกเหตุดังกล่าวมาใช้ทำลายผลของคำสั่งทางปกครองได้

นอกจากนี้ การคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 19 ยังได้คุ้มครองผลการกระทำทั้งกรณีคำสั่งซึ่งเป็นการให้ประโยชน์และไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องการคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายที่ไม่มีฐานอำนาจตามกฎหมายมารองรับ เนื่องจากในกรณีหลังนี้โดยส่วนใหญ่ เห็นว่า การกระทำของฝ่ายปกครองจะมีผลใช้ได้เฉพาะที่มีลักษณะเป็นคุณแก่ประชาชนฝ่ายเดียวเท่านั้น เช่น การให้ความช่วยเหลือหรือเงินช่วยเหลือต่างๆ หรือผลประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินแก่ประชาชน หากเป็นเรื่องที่ก่อภาระแก่ประชาชนแล้ว ความเห็นในทางดำรานั้นยังไม่ยอมรับความมีผลของคำสั่งหรือกฎหมายดังกล่าว⁷³

อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเหตุบกพร่องตามมาตรา 19 นี้ ไม่จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองให้มีผลในทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์เสมอไป โดยบางกรณีที่ข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ก็อาจส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปก็ได้ กล่าวคือ

(2.1) พฤติกรรมของเหตุบกพร่องนั้นมีสภาพร้ายแรง จนไม่อาจนำหลักกฎหมายตามมาตรา 19 มาคุ้มครองผลของการกระทำนั้นได้ โดยหลักกฎหมายนี้ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเรื่องหนึ่งว่า “...ข้อเท็จจริงปรากฏตามหนังสือรับรองของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ที่ ร.000194 ลงวันที่ 7 มีนาคม 2549 ว่า ตั้งแต่วันที่ 14 พฤศจิกายน 2545 จนถึงวันที่ 7 มีนาคม 2549 นาย อ. เป็นกรรมการของบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ตลอดมา รวมทั้งในขณะที่ปลัดกระทรวงพลังงานในฐานะประธานกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้ออกคำสั่งที่ 1/2546 ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน 2546 แต่งตั้งให้นาย อ. เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัท และปรากฏในหลักฐานประวัติของนาย อ. ที่ใช้ประกอบการพิจารณาออกคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวว่า นาย อ. เป็นนายกสภามหาวิทยาลัยชินวัตร และตำแหน่งอื่นอีกหลายตำแหน่ง รวมทั้งระบุว่าเป็นรองประธานกรรมการ และประธานกรรมการตรวจสอบบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และยังเป็นกรรมการบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ด้วย นาย อ. จึงเป็นกรรมการหรือผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการจัดการหรือมีส่วนได้เสียในนิติบุคคลซึ่งมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยที่เปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) อันเป็นลักษณะต้องห้ามเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย นอกจากนั้นยังปรากฏข้อเท็จจริงในหนังสือชี้ชวนเสนอขายหุ้นสามัญบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน)

⁷³ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ฯ เล่มเดิม. หน้า 258.

ว่า การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย และบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ต้องซื้อก๊าซธรรมชาติจากบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ดังนั้น การที่นาย อ. เป็นกรรมการบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงเป็นกรรมการหรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในนิติบุคคลซึ่งมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยที่เปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) อันมีลักษณะต้องห้ามเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยตามมาตรา 17 (5) ประกอบกับมาตรา 5 และมาตรา 9 (4) แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 การที่หลักฐานประวัติของนาย อ. ที่ใช้ประกอบการพิจารณาออกคำสั่งแต่งตั้งให้นาย อ. เป็นกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัท ระบุไว้ชัดเจนว่า ขณะนั้นนาย อ. เป็นทั้งนายกสภามหาวิทยาลัยชินวัตร เป็นรองประธานกรรมการบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และเป็นกรรมการบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) รวมทั้งตำแหน่งอื่นๆ อีก ปลัดกระทรวงพลังงานในฐานะประธานกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการดังกล่าว ย่อมต้องรู้หรือควรจะต้องรู้ว่านาย อ. มีลักษณะต้องห้ามเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัท ซึ่งจะทำการปฏิบัติหน้าที่ของนาย อ. มีความไม่เป็นกลาง การที่มีคำสั่งแต่งตั้งให้นาย อ. เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการดังกล่าว โดยระบุตำแหน่งต่อท้ายเฉพาะเพียงว่าเป็นนายกสภามหาวิทยาลัยชินวัตร อันเป็นการแสดงว่ามีเจตนาที่จะแสดงให้ปรากฏแก่บุคคลภายนอกว่านาย อ. ไม่มีลักษณะต้องห้ามทั้งที่นาย อ. มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายอย่างชัดเจน การออกคำสั่งแต่งตั้งนาย อ. เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจึงเป็นการออกคำสั่งโดยขัดต่อกฎหมายดังกล่าว แม้ว่าจะมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอื่นปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ตาม แต่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทถือเป็นองค์ประกอบพิเศษและมีความสำคัญในคณะกรรมการ เพราะเป็นบุคคลที่กฎหมายถือว่าต้องมีความเป็นกลาง ไม่มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจที่เปลี่ยนทุนเป็นหุ้น ดังนั้นผลของการออกคำสั่งแต่งตั้งโดยขัดต่อกฎหมายดังกล่าว จึงถือได้ว่ามีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การดำเนินการของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทไม่มีความเป็นกลาง คณะกรรมการที่เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าวจึงต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนตามที่พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดไว้โดยเคร่งครัดด้วย ไม่นำหลักการพ้นจากตำแหน่งไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่เพราะเหตุการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และตามหลักกฎหมายทั่วไป เพื่อใช้กับ

กรณีนี้ และมีผลทำให้การกระทำใดๆ ของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัท เสียไปทั้งหมด หรือไม่มีผลทางกฎหมาย...”⁷⁴

(2.2) กรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีเหตุบกพร่องในเรื่องอื่นด้วย ไม่ว่าจะเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในด้านสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติ แม้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะเข้าลักษณะได้รับการคุ้มครองผลตามมาตรา 19 ก็ตาม แต่ก็อาจนำเหตุบกพร่องในเรื่องอื่นมาใช้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้

3.3.1.2 หลักเกณฑ์ด้านเนื้อเรื่อง ในส่วนนี้เป็นการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีภารกิจในการกำหนดเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องนั้นหรือไม่ เนื่องจากเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจถูกจำกัดในด้านของกิจการ เช่น กิจการที่อธิบดีกรมป่าไม้จะมีอำนาจกระทำได้ย่อมเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับป่าไม้ ส่วนอธิบดีกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งย่อมมีภารกิจเกี่ยวกับการอนุรักษ์ พืชน้ำ บริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง รวมทั้งป่าชายเลน ดังนั้น หากอธิบดีกรมป่าไม้ไปออกคำสั่งใดที่เกี่ยวข้องกับป่าชายเลนและมิได้อยู่ในอำนาจของกรมป่าไม้แล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีเหตุบกพร่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ด้านเนื้อเรื่องนั่นเอง โดยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดแบ่งหน้าที่ต่างๆ ระหว่างเจ้าหน้าที่ในกฎหมายมหาชนเป็นรากฐานของการจัดระเบียบทางรัฐธรรมนูญและทางปกครองในระบบประชาธิปไตย⁷⁵ ดังนั้น ถ้าคำสั่งทางปกครองใดถูกออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนอื่นๆ ที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้มอบให้ ย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับการพิจารณาหลักเกณฑ์ด้านเนื้อเรื่องว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ในภารกิจทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่ ในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาก่อนว่ารัฐได้แบ่งส่วนราชการให้ภารกิจเช่นนี้อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองใด เช่น ภารกิจเกี่ยวกับการสาธารณสุขย่อมเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงสาธารณสุข แต่ในกระทรวงสาธารณสุขเองก็มีหลายหน่วยงาน และแต่ละหน่วยงานต่างก็มีภาระหน้าที่เกี่ยวกับการสาธารณสุขที่แตกต่างกัน ดังนั้น ในประการต่อมาจึงต้องพิจารณาว่า กฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานฝ่ายปกครองใด เช่น มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า “ผู้ใดจะก่อสร้าง คัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายอาคารต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น...” กรณีนี้เป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่ในด้านเนื้อเรื่องเกี่ยวกับการอนุญาตก่อสร้าง คัดแปลง หรือเคลื่อนย้ายให้เป็นอำนาจของเจ้าพนักงาน

⁷⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2549

⁷⁵ พูนศักดิ์ ใสสารว. (2528, สิงหาคม). “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส.” กฎหมายปกครอง, 4, 2. หน้า 269.

ท้องถิ่น หรือมาตรา 138 แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.2522 กำหนดให้อำนาจในการสั่งห้ามหยุดหรือจอดรถในทางสายใดหรือเฉพาะทางตอนใดเป็นของพนักงานตำรวจ เป็นต้น ดังนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเขตอำนาจในด้านเนื้อหาของเรื่องโดยย่อต้องมีหลักเกณฑ์ครบถ้วนที่กล่าวมาแล้ว จึงจะถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ที่ชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น

3.3.1.3 หลักเกณฑ์ด้านลำดับชั้น ในส่วนนี้เป็นการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองอยู่ในตำแหน่งตามสายการบังคับบัญชาขององค์กรฝ่ายปกครองที่จะสามารถกระทำการดังกล่าวได้หรือไม่ เนื่องจากแม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อยู่ในองค์กรซึ่งมีอำนาจกระทำการทางปกครองเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวได้โดยตรงก็ตาม แต่เขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจถูกจำกัดในด้านขอบภาระหน้าที่ของตำแหน่งที่ตนดำรงอยู่ในองค์กรนั้นก็ได้ เพราะการดำเนินงานทางปกครองในบางเรื่องจำเป็นต้องใช้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องนั้นอย่างแท้จริงเป็นผู้พิจารณาสั่งการ เช่น เรื่องที่มีความสำคัญเกี่ยวข้องกับงานนโยบาย จำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ลำดับสูงในองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับงานในภาพรวมเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือเรื่องที่มีรายละเอียดค่อนข้างมาก จำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ระดับปฏิบัติในองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีความใกล้ชิดกับสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับงานวิชาการเฉพาะด้านหรือทางเทคนิค จำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีวิชาชีพในด้านนั้นโดยตรงเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น แม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่องดังกล่าวได้ก็ตาม แต่หากกฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นอยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับใด กล่าวคือ เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงหรือระดับล่าง⁷⁶ แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองลำดับชั้นอื่นในองค์กรเดียวกันก็ไม่อาจแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจเช่นนี้แทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในลำดับชั้นดังกล่าวได้ ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะดำรงตำแหน่งระดับสูงกว่าหรือต่ำกว่าก็ตาม เช่น พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นผู้ออกใบอนุญาตสำหรับการขายยาในจังหวัดที่อยู่ในเขตอำนาจนอกจากกรุงเทพมหานคร ดังนั้น รองผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในระดับต่ำกว่าจึงไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปออกใบอนุญาตขายยาแทนผู้ว่าราชการจังหวัดได้ เว้นแต่จะได้รับการมอบอำนาจโดยชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด และในทางกลับกัน ปลัดกระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูงกว่า โดยมีฐานะเป็นผู้กำกับดูแลผู้ว่าราชการจังหวัดก็ไม่อาจแทรกแซงเข้าไปออกใบอนุญาตขายยาแทนผู้ว่าราชการจังหวัดได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้ หากคำสั่งทาง

⁷⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ ข (2548). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. หน้า 35.

ปกครองได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีได้ดำรงตำแหน่งในลำดับชั้นตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.3.1.4 หลักเกณฑ์ด้านพื้นที่ ในส่วนนี้เป็นการพิจารณาถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นว่าได้ดำเนินการอยู่ในขอบเขตพื้นที่ที่ตนมีอำนาจหรือไม่ เนื่องจากเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจถูกจำกัดในด้านของสถานที่ เช่น มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 บัญญัติไว้ในแต่ละเขตพื้นที่การศึกษาให้มีคณะกรรมการและสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษา โดยมีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแล จัดตั้ง ยุบ รวม หรือเลิกสถานศึกษาขั้นพื้นฐานในเขตพื้นที่การศึกษานั้น เป็นต้น⁷⁷ ดังนี้ หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใดมิได้อยู่ในเขตพื้นที่ของตนแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นก็จะมีอำนาจกระทำการในเรื่องดังกล่าวได้ เช่น นายกเทศมนตรีอาจมีคำสั่งให้ปฏิบัติการภายในเขตเทศบาลได้ แต่ถ้าไปสั่งให้บุคคลหรือถนนป้ายข้างถนนนอกเขตเทศบาลแล้ว คำสั่งดังกล่าวย่อมไม่อาจถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น⁷⁸

สำหรับในระบบกฎหมายเยอรมัน กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 3 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงานในด้านพื้นที่ไว้ โดยกฎเกณฑ์นี้จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กล่าวคือ

1) เรื่องทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิหรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจ ได้แก่ หน่วยงานที่ทรัพย์สินหรือสถานที่นั้นตั้งอยู่ อสังหาริมทรัพย์ในที่นี้หมายถึงที่ดิน สิทธิที่เสมือนสิทธิในที่ดิน รวมตลอดถึงเรือและเครื่องบิน สำหรับสิทธิหรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ ได้แก่ กรณีของการออกไปอนุญาตให้เปิดภัตตาคาร หรือร้านขายยา เป็นต้น (VwVfG มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 1)

2) เรื่องทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ การประกอบอาชีพ หรือการกระทำการอื่นใดที่มีระยะเวลาต่อเนื่อง หากการกระทำที่กล่าวมากระทำในเขตพื้นที่ของหน่วยงานใด หน่วยงานนั้นย่อมเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ อำนาจในกรณีนี้มักเป็นกรณีของการยื่นขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจ (VwVfG มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 2)

3) เรื่องทางปกครองที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดา หน่วยงานที่มีอำนาจ คือ หน่วยงานที่บุคคลธรรมดาผู้นั้นมีถิ่นที่อยู่เป็นปกติธรรมดาในเขตความรับผิดชอบของตน ถิ่นที่อยู่เป็นปกติธรรมดา หมายถึง ถิ่นที่อยู่ที่บุคคลนั้นไม่ได้พักอาศัยอยู่ชั่วคราว (VwVfG มาตรา 3

⁷⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ ข แหล่งเดิม. หน้า 35.

⁷⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 189-190.

วรรคหนึ่ง ข้อ 3 a) สำหรับกรณีเรื่องทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคล หน่วยงานที่มีอำนาจ คือ หน่วยงานที่นิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ หรือเคยตั้งอยู่ล่าสุด (VwVfG มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 3 b)

4) เหตุอื่นนอกเหนือจากทั้ง 3 ข้อข้างต้น ให้หน่วยงานที่เหตุการณ์ซึ่งจะต้องดำเนินการทางปกครองเกิดขึ้นในเขต เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ (VwVfG มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ข้อ 4)

ในกรณีที่ปรากฏว่าหน่วยงานหลายหน่วยงานมีอำนาจในเรื่องทางปกครองที่เกิดขึ้น ให้หน่วยงานที่ดำเนินการกับเรื่องดังกล่าวเป็นหน่วยงานแรก เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ แต่ในกรณีที่หน่วยงานดังกล่าวยังไม่ได้ตัดสินใจ หน่วยงานบังคับบัญชาที่ดูแลเรื่องอำนาจหน้าที่อาจสั่งให้หน่วยงานอื่นที่มีอำนาจในแง่พื้นที่เช่นกันดำเนินการได้ นอกจากนี้ ในกรณีหน่วยงานหลายหน่วยงานอ้างว่าตนมีอำนาจ (positiver Kompetenzkonflikt) หรือหน่วยงานหลายหน่วยงานต่างปฏิเสธว่าตนไม่มีอำนาจ (negativer Kompetenzkonflikt) หรือเกิดปัญหาเป็นที่สงสัยว่าหน่วยงานไหนกันแน่มีอำนาจ ให้หน่วยงานบังคับบัญชาที่ดูแลเรื่องอำนาจหน้าที่วินิจฉัยสั่งการ (VwVfG มาตรา 3 วรรคสอง)

หากเกิดการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับเขตอำนาจในด้านพื้นที่ของหน่วยงาน หลังจากที่ได้มีการดำเนินการทางปกครองไปแล้ว ให้หน่วยงานที่ได้ดำเนินการเรื่องทางปกครองดังกล่าวมานั้นยังคงมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการต่อไป หากการดำเนินการเช่นนั้นจะสะดวกและสมประสงค์ตามกฎหมาย และหน่วยงานอื่นที่บัดนี้มีอำนาจในด้านพื้นที่ได้ให้ความยินยอมแล้ว (VwVfG มาตรา 3 วรรคสาม)

ในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน ให้หน่วยงานใดๆ ที่อยู่ในเขตพื้นที่ที่เกิดเหตุการณ์ฉุกเฉินเร่งด่วนขึ้น มีอำนาจกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อระงับเหตุฉุกเฉิน และจะต้องแจ้งให้หน่วยงานที่มีอำนาจทราบโดยไม่ชักช้า (VwVfG มาตรา 3 วรรคสี่)⁷⁹

3.3.2 เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น

แม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น แต่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็อาจไม่มีอำนาจพิจารณาสั่งการทางปกครองในเรื่องนั้น ในบางกรณีก็ได้ หากตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ การห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย ก็เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรม⁸⁰ในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง เพราะการทำให้คู่กรณีและผู้ที่เกี่ยวข้องกลางแกลงใจในความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ย่อมไม่เป็นผลดีต่อฝ่ายปกครองในภาพรวม ดังนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

⁷⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ งาม เล่มเดิม. หน้า 32-33.

⁸⁰ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ งาม เล่มเดิม. หน้า 18.

ทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงได้กำหนดห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะไม่เป็นกลางออกคำสั่งทางปกครอง และได้กำหนดขั้นตอนการปฏิบัติไว้หากปรากฏเหตุความไม่เป็นกลางเกิดขึ้น รวมถึงข้อยกเว้นหลักในเรื่องความไม่เป็นกลางในบางกรณีด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เอกชนมั่นใจได้ว่ากระบวนการวินิจฉัยสั่งการทางปกครองจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความเป็นกลางและปราศจากอคติลำเอียง

3.3.2.1 เจ้าหน้าที่ที่มีลักษณะไม่เป็นกลาง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะไม่เป็นกลางทำการพิจารณาทางปกครองไว้ 2 กรณี กล่าวคือ มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณี หรือมีพฤติการณ์อื่นที่ชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าไม่เป็นกลาง

1) เจ้าหน้าที่ที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณี

มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณีในทางหนึ่งทางใดดังต่อไปนี้แล้ว ถือว่าบุคคลดังกล่าวมีส่วนได้เสียในเรื่องที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครอง จึงจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้ กล่าวคือ

- เป็นคู่กรณีเอง
- เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี
- เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี
- เป็นเจ้านี่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี
- กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

2) เจ้าหน้าที่ที่มีพฤติการณ์อื่นที่ชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าไม่เป็นกลาง

มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักเกี่ยวกับลักษณะของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีส่วนได้เสียโดยพิจารณาจากพฤติการณ์ทั่วไป ซึ่งแม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ในเชิงส่วนตัวกับคู่กรณีก็ตาม แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีเหตุอื่นอันมีสภาพร้ายแรงที่ชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัย

ว่าอาจระทำการทางปกครองด้วยความไม่เป็นกลางแล้ว ก็มีให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องดังกล่าว สำหรับกรณีเหตุอื่นที่ถือว่าเป็นพฤติการณ์ซึ่งมีสภาพร้ายแรงที่ชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยตามมาตรา 16 นี้ ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีๆ ไป ยกตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้ที่มีทัศนคติเป็นปฏิปักษ์กับเรื่องที่จะทำการพิจารณาหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น หรือเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ารู้ได้เห็นเหตุการณ์หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับเรื่องที่จะทำการพิจารณามาแล้ว หรือเคยแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณชนในเรื่องที่จะทำการพิจารณาออกหน้าที่การงานมาก่อน

3.3.2.2 ขั้นตอนการปฏิบัติเมื่อมีความไม่เป็นกลาง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดขั้นตอนการปฏิบัติหากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาทางปกครองมีลักษณะไม่เป็นกลาง โดยแยกพิจารณาได้ 2 กรณี กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นบุคคลธรรมดา และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นคณะกรรมการ

1) กรณีเจ้าหน้าที่เป็นบุคคลธรรมดา

มาตรา 14 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตระหนักเองว่าตนมีลักษณะต้องห้ามในเรื่องความไม่เป็นกลาง หรือเป็นกรณีที่มีผู้คัดค้านว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นต้องหยุดการพิจารณาและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบ เพื่อที่ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวจะได้มีคำสั่งต่อไป

สำหรับผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปอีกชั้นหนึ่ง ถ้าเป็นข้าราชการหรือพนักงานของรัฐวิสาหกิจตามปกติก็จะปฏิบัติตามสายบังคับบัญชา แต่บางกรณีที่เป็นหน่วยงานของรัฐพิเศษ เช่น นายกเทศมนตรีหรือหัวหน้าหน่วยงานของรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นตำแหน่งสูงสุดในหน่วยงานนั้นแล้ว มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดว่า ให้หมายความว่ารวมถึงผู้มีอำนาจกำกับหรือควบคุมดูแลด้วย เพื่อให้มีกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจได้ และหากผู้ใดไม่พอใจผลการพิจารณาคำคัดค้านของผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปก็มีสิทธิที่จะอุทธรณ์ได้อีกชั้นหนึ่ง ส่วนกรณีที่ไม่อาจอุทธรณ์ได้ก็ต้องโต้แย้งต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองตามกระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อไป

2) กรณีเจ้าหน้าที่เป็นคณะกรรมการ

มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้เมื่อกรรมการคนใดตระหนักว่าตนมีลักษณะต้องห้ามในเรื่องความไม่เป็นกลาง หรือมีผู้คัดค้านกล่าวหากรรมการคนใดว่ามีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว กรรมการผู้นั้นควรแจ้งให้

ประธานกรรมการทราบ ซึ่งประธานกรรมการต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาคำคัดค้านนั้น และในการประชุม กรรมการผู้ถูกคัดค้านจะอยู่ร่วมในที่ประชุมไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับตน โดยแท้ แต่อาจอยู่ชี้แจงข้อเท็จจริงและตอบข้อซักถามได้ หลังจากนั้นต้องออกจากที่ประชุม ในการพิจารณาออกเสียง กรรมการผู้ถูกคัดค้านต้องออกจากที่ประชุมและให้ถือว่าคณะกรรมการที่เหลือดังกล่าวมีองค์ประกอบครบองค์ประชุมเพื่อมิให้มีปัญหาเรื่ององค์ประชุม

สำหรับการประชุมพิจารณาการคัดค้าน กฎหมายกำหนดให้ใช้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการที่เป็นองค์ประชุม การลงมติต้องกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับและเมื่อมีมติเป็นอย่างใดแล้วให้ถือเป็นที่สุดตามขั้นตอนสายบังคับบัญชา โดยหากมีผู้ไม่พอใจมติคณะกรรมการแล้ว ก็อาจโต้แย้งไปยังองค์กรวินัยคดีปกครองได้

3.3.2.3 ข้อยกเว้นหลักในเรื่องความไม่เป็นกลาง

แม้หลักในเรื่องส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีความสำคัญ โดยเป็นมาตรการในเชิงป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีแนวโน้มไม่เป็นกลางเข้ามาพิจารณาทางปกครอง แต่ในบางกรณีก็มีความจำเป็นของสถานการณ์ที่บังคับให้กฎหมายต้องยินยอมเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย โดยกฎหมายจะมาตรวจสอบรายละเอียดของความไม่เป็นกลางในภายหลัง ทั้งนี้ เพื่อให้งานทางปกครองซึ่งเป็นผลประโยชน์ของส่วนรวมสามารถดำเนินการต่อไปได้อย่างไม่หยุดชะงัก โดยข้อยกเว้นกรณีสถานการณ์บังคับนี้ มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดไว้ 2 กรณี กล่าวคือ

1) กรณีจำเป็นเร่งด่วน จะคัดค้านไปไม่ได้เพราะจำเป็นที่จะต้องมีการสั่งทางปกครองเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของเอกชน ซึ่งหากปล่อยล่าช้าไปจะเกิดความเสียหายที่ไม่มีทางแก้ไขได้

2) กรณีไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นปฏิบัติหน้าที่แทน ไม่ว่าจะโดยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย เช่น ผู้ดำรงตำแหน่งมีคนเดียวและไม่มีตำแหน่งผู้ช่วยที่จะมอบหมายได้ หรือไม่อาจหาคนอื่นมาปฏิบัติหน้าที่นั้นชั่วคราวได้ หรือเป็นตำแหน่งที่มีผู้ช่วยแต่ผู้ช่วยเกิดไม่อยู่และไม่อาจหาเจ้าหน้าที่คนอื่นมาทำแทนในขณะนั้น⁸¹

⁸¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 245.

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบผลของคำสั่งทางปกครอง ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยแล้วพบว่า พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ได้กำหนดให้ คำสั่งทางปกครองย่อมเริ่มมีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่วันที่ผู้นั้นได้รับแจ้งคำสั่ง และคงมีผลใช้บังคับต่อไปตราบเท่าที่คำสั่งนั้นยังไม่ถูกลบล้างหรือสิ้นผลลง โดยไม่ได้แยกแยะว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงอาจกล่าวได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย จนกว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะถูกลบล้างหรือได้สิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น (โมฆิยะ) ทั้งนี้ เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ได้กระทำออกไปมีความศักดิ์สิทธิ์น่าเชื่อถือ อีกทั้งเป็นการคุ้มครองความเชื่อมั่นของผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครอง แต่หลักเกณฑ์นี้ก็ได้ใช้อย่างเคร่งครัดกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกกรณี เนื่องจากในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองย่อมเป็นที่เข้าใจกันว่าหากคำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนและรุนแรงจนถึงระดับที่ทำให้ไม่มีผู้ใดอ้างความคาดหวังโดยชอบด้วยกฎหมายได้แล้ว ก็ไม่สมควรให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใดๆ ในทางกฎหมายเลย (โมฆะ)

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าคำสั่งทางปกครองจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ โดยต้องเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น และไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ถือเป็นเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองประการหนึ่ง หากมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่มีประเด็นที่น่าสนใจว่าผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเช่นนี้จะเป็นอย่างไรมาก่อนเนื่องจากแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ถึงขนาดทำให้คำสั่งตกอยู่ในสภาพอันเป็น “โมฆะ” แล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังคงมีผลในทางกฎหมายต่อไปจนกว่าจะถูกเพิกถอน ซึ่งเรียกว่า “โมฆิยะ” โดยปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาผลของการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้กระทำการไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายนี้ดูเหมือนจะเป็นปัญหาใหญ่ในวงการกฎหมายไทยในปัจจุบัน ซึ่งนอกจากระบบกฎหมายไทย

จะต้องพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ “เหตุ” แห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนต่อไปแล้ว การทำความเข้าใจ “ผล” ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นเรื่องสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน⁸² ดังนั้น ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุบกพร่องในด้านวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่ง จึงต้องพิจารณาตามลักษณะความรุนแรงและความประจักษ์ชัดของการฝ่าฝืนเป็นสำคัญ โดยผู้ศึกษาขอแบ่งประเด็นการศึกษาแยกตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับตัวเจ้าหน้าที่เป็น 2 ส่วน คือ ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น และผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น

4.1 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีสาเหตุมาจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งดังกล่าวมิได้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น อาจพิจารณาตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่เป็นรายกรณีได้ 4 กรณี ดังนี้

4.1.1 กรณีบกพร่องด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่

เหตุบกพร่องด้านการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ เป็นกรณีที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการใดลงไปโดยที่ตนไม่ได้ดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่โดยชอบ ซึ่งอาจแบ่งย่อยได้อีกเป็น 2 กรณี คือ กรณีบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นปราศจากอำนาจ และกรณีที่ปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับการแต่งตั้งหรือมอบอำนาจโดยมิชอบ

4.1.1.1 กรณีบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองปราศจากอำนาจ หมายถึง การที่คำสั่งทางปกครองได้กระทำลงโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจเพราะไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือยังไม่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือการที่บุคคลดังกล่าวได้พ้นจากการดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจไปแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการพ้นจากตำแหน่งตามวาระปกติหรือเพราะคำสั่งให้การดำรงตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นถูกเพิกถอนก็ตาม

1) ในระบบกฎหมายเยอรมัน คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากขาดองค์ประกอบ

⁸² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ข เล่มเดิม. หน้า 52.

“เจ้าหน้าที่”⁸³ ตามคำนิยามในกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 35 วรรคหนึ่ง⁸⁴ และเมื่อไม่ถือว่ามีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นเสียแล้ว ผลในทางกฎหมายของการกระทำนั้นจึงไม่เกิดขึ้นตามไปด้วยโดยอัตโนมัติ⁸⁵ ซึ่งกรณีนี้แตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ เพราะคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ ในทางทฤษฎีแล้วไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวมีค่าเป็น “ศูนย์” (nullum) โดยต้องยอมรับว่าการกระทำดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้ว และเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งต้องการ ส่วนการกระทำที่ไม่เกิดเป็นคำสั่งทางปกครองเลย เช่น การสั่งการที่กระทำโดยบุคคลซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการสั่งการที่ไม่ได้แจ้งไปยังบุคคลผู้รับคำสั่ง กรณีดังกล่าวไม่ถือว่ามีคำสั่งนั้นได้เกิดขึ้นและดำรงอยู่ (exist) ในทางกฎหมาย⁸⁶

2) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเนื่องจากตัวบุคคล (ratione personae) ไม่ว่าจะเป็นกรณีการออกคำสั่งทางปกครองโดยบุคคลที่มีใช้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Usurpation de pouvoir ou de fonction)⁸⁷ หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งในเรื่องที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ถือเป็นเหตุร้ายแรงที่สุดของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง⁸⁸ โดยเรียกการกระทำดังกล่าวว่า “การแย่งชิงอำนาจ” (usurpation de pouvoir) และเรียกผู้กระทำการว่า “ผู้แย่งชิงอำนาจ” (usurpateur de pouvoir)⁸⁹ ซึ่งผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้จะไม่เป็นแต่เพียงโมฆะ (nul) เท่านั้น แต่ยังถือว่าไม่เคยเกิดขึ้นเลย (inexistant)⁹⁰ ตัวอย่างเช่น มติของคณะกรรมการบริหารเทศบาล (Conseil d'administration) ที่เกิดจากการประชุมของนายกเทศมนตรี ผู้ช่วยนายกเทศมนตรี และเจ้าหน้าที่บางคน ซึ่งมีมติกำหนดช่วงเวลาที่ไม่ต้องมาทำงาน แต่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) พิจารณาแล้ว

⁸³ คันทน์ ชัยชนะ. (2548). “ความไม่ชอบด้วยกฎหมายและความเป็นโมฆะของของคำสั่งทางปกครองในระบบเยอรมัน.” เอกสารประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง กรมการขนส่งทางบกหรือการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการขนส่งโดยรถขนาดเล็กที่สิ้นอายุแล้ว. หน้า 5.

⁸⁴ “คำสั่งทางปกครอง” คือ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการอื่นๆ ที่เป็นการใช้อำนาจปกครองของเจ้าหน้าที่เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ หรือก่อ เปลี่ยนแปลง หรือลบล้างนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชนขึ้นเฉพาะกรณี และมีผลโดยตรงต่อบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง

⁸⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ข เล่มเดิม. หน้า 42.

⁸⁶ แหล่งเดิม. หน้า 46.

⁸⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 253.

⁸⁸ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. เล่มเดิม. หน้า 242.

⁸⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค เล่มเดิม. หน้า 50.

⁹⁰ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. เล่มเดิม. หน้า 242.

เห็นว่า การกำหนดช่วงเวลาที่ไม่ต้องมาทำงานเป็นอำนาจหน้าที่ของสภาเทศบาล (Conseil Municipal) และไม่มีบทกฎหมายใดที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการดังกล่าวที่จะร่วมกันมีมติในเรื่องใดแทนที่สภาเทศบาล คณะกรรมการบริหารเทศบาลจึงเป็นองค์กรที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมาย (un organisme dépourvu d'existence légale) ดังนั้น มติที่ประชุมของคณะกรรมการจึงไม่มีกฎหมายรองรับและไม่อาจใช้บังคับได้⁹¹ หรือกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังไม่เข้ามารับมอบหน้าที่ (installation) ถ้าในระหว่างนั้นได้ออกคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดออกไปก็จะถือว่าเป็นการสั่งการโดยไม่มีอำนาจ⁹²

อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางทฤษฎีเพื่อเป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นปราศจากอำนาจไว้บางกรณี กล่าวคือ

ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริง (la théorie du fonctionnaire de fait) โดยในสภาพการณ์พิเศษ (circonstances exceptionnelles) เฉพาะอย่างยิ่งในยามสงครามหรือกรณีเกิดภัยพิบัติสาธารณะ เอกชนอาจเข้ามาปฏิบัติหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะแทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจตามกฎหมายไม่สามารถทำหน้าที่ดังกล่าวและถือว่าการกระทำต่างๆ ของเอกชนนั้นซึ่งรวมถึงการทำคำสั่งทางปกครองทั้งหลายใช้บังคับได้เช่นเดียวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ⁹³

ทฤษฎีว่าด้วยการรักษาการโดยปริยาย โดยเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง เช่น หมอฉวาระการดำรงตำแหน่ง ถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง หรือลาออกจากตำแหน่ง ฯลฯ และยังไม่มีการแต่งตั้งคนใหม่เข้ามาแทน ให้ถือว่าผู้พ้นจากตำแหน่งนั้นยังคงมีอำนาจรักษาการในตำแหน่งเป็นการชั่วคราว (interim) หรือกระทำการไปพลางก่อน จนกระทั่งผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งคนใหม่จะเข้าปฏิบัติหน้าที่แทน การรักษาการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ และไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งแต่งตั้งให้ผู้พ้นจากตำแหน่งรักษาการต่อไป การใดที่ผู้พ้นจากตำแหน่งได้กระทำให้ไประหว่างรักษาการโดยปริยายนี้ ถือว่ามีผลบังคับตามกฎหมาย ทั้งนี้ ข้อยกเว้นดังกล่าวมีขึ้นตามความจำเป็นในการรักษาไว้ซึ่งความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเพื่อมิให้การดำเนินงานของทางราชการต้องหยุดชะงักลงในระหว่างช่วงเวลาแห่งการถ่ายโอนอำนาจหน้าที่ระหว่างผู้พ้นจากตำแหน่งและผู้เข้าดำรงตำแหน่งแทน

⁹¹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 1983 คดี Searens

⁹² คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) ลงวันที่ 27 เมษายน 1973 คดี Dille Sere

⁹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 165.

การรักษาการโดยปริยายนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง หน่วยงานต้องร้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้พ้นจากตำแหน่งปฏิบัติหน้าที่รักษาการ หรือให้เห็นชอบกับการรักษาการโดยปริยาย เช่น มิได้แต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้รักษาการแทน หรือมิได้สั่งการให้ผู้พ้นจากตำแหน่งหยุดการปฏิบัติหน้าที่

ประการที่สอง การรักษาการโดยปริยายสามารถกระทำได้เฉพาะในช่วงเวลาสั้นๆ ตามความจำเป็นแห่งกรณีเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติจำเป็นต้องพิจารณาความเหมาะสมของระยะเวลาการรักษาการเป็นกรณีๆ ไป

ประการที่สาม ในระหว่างช่วงเวลารักษาการ เจ้าหน้าที่ผู้พ้นจากตำแหน่งมีอำนาจหน้าที่จำกัดเฉพาะในส่วนของการบริหารจัดการทั่วไป (affaires courantes) และงานเร่งด่วน (affaires urgentes) แต่ไม่รวมถึงงานเชิงนโยบายหรือเรื่องที่มีความสำคัญระดับสูง⁹⁴

3) ในระบบกฎหมายไทย บุคคลที่จะออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใด ต้องได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้นเป็นเบื้องต้น หากมีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์นี้ โดยบุคคลที่ไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้นเลย ไม่ว่าในเวลาใดๆ แต่ได้แอบอ้างหรือแสดงตนว่าเป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวและได้ออกคำสั่งทางปกครองไป กรณีย่อมถือว่าเป็นเหตุยกพร่องที่ชัดเจนและรุนแรง ซึ่งในสายตาของกฎหมายแล้ว ถือว่าเป็นโมฆะ⁹⁵ ดังจะเห็นได้จากในคดีหนึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “เจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่มีอำนาจโดยพลการเองที่จะสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองเคหะคนใดหรือเคหะหรืออาคาร นอกจากจะร้องขอต่อศาลตามความในพระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 มาตรา 29 ฉะนั้น ถ้าเจ้าพนักงานท้องถิ่นสั่งให้ผู้ครอบครองเคหะหรือเคหะนั้น โดยพลการด้วยตนเอง คำสั่งนั้นก็เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย จึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม”⁹⁶ หรือในอีกคดีหนึ่ง ศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 23 กำหนดให้การแต่งตั้งถอดถอนพระอุปัชฌาย์ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎมหาเถรสมาคม เมื่อจำเลยที่ 80 ไม่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นพระอุปัชฌาย์ การบวชของจำเลยทั้ง 24 คนจึงเป็นการบวชที่ไม่ชอบด้วยกฎมหาเถรสมาคมและพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ฯ จำเลยดังกล่าวจึงไม่มีสิทธิแต่งกายหรือใช้เครื่องหมายที่แสดงว่าเป็นภิกษุสามเณรใน

⁹⁴ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (2548). “อำนาจรักษาการโดยปริยายของเจ้าหน้าที่ที่พ้นจากตำแหน่ง.” เอกสารประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ข้อหาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของผู้อำนวยการองค์การสวนยางภายหลังจากที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว. หน้า 1-2.

⁹⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค เล่มเดิม. หน้า 50.

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2000/2494

พระพุทธศาสนา...”⁹⁷ นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยในทำนองเดียวกันสรุปว่า “การแต่งตั้งพนักงานของสำนักงานกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกรรมต้องเป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการบริหารกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกรรม ว่าด้วยการบริหารงานบุคคล พ.ศ. 2543 กำหนด ดังนั้น การแต่งตั้งนาย ธ. ให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยเลขาธิการ โดยที่ระเบียบคณะกรรมการบริหารกองทุนฯ ยังไม่ได้กำหนดตำแหน่งดังกล่าวไว้แต่อย่างใด จึงเป็นคำสั่งที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบใดรองรับ และเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบ ด้วยเหตุนี้ นาย ธ. จึงไม่มีฐานะเป็นผู้ช่วยเลขาธิการมาตั้งแต่ต้น จึงไม่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับการลาออกจากตำแหน่งหรือการพ้นจากตำแหน่งผู้ช่วยเลขาธิการของนาย ธ. แต่อย่างใด”⁹⁸

ส่วนในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองในขณะที่ตนได้พ้นจากการดำรงตำแหน่งไปแล้ว แม้จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบุคคลที่ปราศจากอำนาจ แต่การพิจารณาผลทางกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวจะเป็นอย่างไรนั้น ต้องพิจารณาตามความเหมาะสมเป็นเรื่องๆ ไป โดยในบางกรณีก็ถือว่าคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ ดังจะเห็นได้จากในคดีหนึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ขณะทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างทางพิเศษนั้น พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนในท้องที่เขตพระ โขนง ฯ พ.ศ. 2530 ซึ่งกำหนดให้ผู้ว่าการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าหน้าที่เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชกฤษฎีกานี้ ได้สิ้นผลบังคับใช้ไปแล้วเพราะหมดอายุ ฐานะเจ้าหน้าที่เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของผู้ว่าการทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับฐานะคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่กำหนดราคาเบื้องต้นและจำนวนเงินค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงสิ้นผลลงราคาเบื้องต้นของอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืนที่คณะกรรมการชุดนี้กำหนดก็ย่อมสิ้นผลไปด้วย ดังนั้น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้ว่าการฯ จำเลยที่ 1 ทำในขณะที่ไม่มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่แล้ว จึงเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจและไม่ถูกต้องตามขั้นตอนการเวนคืนฯ ของพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 มาตรา 10 วรรคหนึ่ง ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ...”⁹⁹ แต่ในบางกรณีเมื่อได้คำนึงถึงหลักในเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิ และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนประกอบกันแล้ว หากเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยสุจริต แม้จะเป็นการใช้อำนาจภายหลังที่ตนพ้นจากตำแหน่งไป แต่เพื่อคุ้มครองการดำเนินงานทางปกครองที่

⁹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 3699-3739/2541 นอกจากนี้ มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1718/2524 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2623/2531 ได้วินิจฉัยไว้ในแนวทางเดียวกัน

⁹⁸ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ขอรื้อปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกรรม พ.ศ. 2542 (เรื่องเสร็จที่ 397/2548)

⁹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 6851/2541

เจ้าหน้าที่นั้นได้กระทำไป จึงได้นำหลักการตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับโดยเทียบเคียง และทำให้ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนี้ไม่ถูกกระทบกระเทือนด้วยเหตุบกพร่องดังกล่าว โดยจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยเรื่องหนึ่งของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองว่า “...หลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น เป็นหลักการที่กำหนดขึ้นเพื่อรองรับผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจพิจารณาทางปกครองแต่มีเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่ง โดยให้การกระทำทางปกครองนั้นมีผลต่อไป ไม่ถูกกระทบกระเทือนเพราะเหตุดังกล่าวสำหรับกรณีตามข้อหาเรื่องนี้ แม้ว่านาย ธ. จะพ้นวาระการดำรงตำแหน่งไปแล้ว แต่ยังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่ต่อไป และผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องได้ยอมรับการปฏิบัติหน้าที่นั้น โดยไม่มีการทักท้วงว่าเป็นการดำรงตำแหน่งโดยไม่ชอบ จึงเป็นกรณีที่นาย ธ. เป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาทางปกครองในขณะที่มีเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่งเช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงสามารถนำหลักตามมาตรา 19 มาใช้โดยเทียบเคียง เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบกับการพิจารณาทางปกครองที่นาย ธ. กระทำไปในระหว่างที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งได้โดยอนุโลม...”¹⁰⁰

อนึ่ง สมควรกล่าวด้วยว่า นอกจากคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบุคคลที่ปราศจากอำนาจจะไม่มีผลบังคับตามกฎหมายแล้ว หากกรณีเป็นการกระทำผิดด้วยความจงใจ บุคคลดังกล่าวยังต้องรับผิดทางอาญาด้วย ดังจะเห็นได้จากความในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 145 วรรคแรกที่ว่า “ผู้ใดแสดงตนเป็นเจ้าพนักงาน และกระทำการเป็นเจ้าพนักงาน โดยตนเองมิได้เป็นเจ้าพนักงานที่มีอำนาจกระทำการนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”¹⁰¹

4) เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองปราศจากอำนาจแล้ว เห็นว่า ทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย มีการวินิจฉัยในแนวทางเดียวกันว่า เหตุบกพร่องที่เกิดขึ้นดังกล่าวมีลักษณะที่รุนแรงและประจักษ์ชัด โดยในระบบกฎหมายเยอรมันมองว่าการกระทำนั้นมีใช้คำสั่งทางปกครองเลยทีเดียว ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้มิได้ปฏิเสธความเป็นคำสั่งทางปกครองของการกระทำที่เกิดขึ้น แต่ก็มองว่าการกระทำนั้นไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด โดยถือว่ายังไม่เคยเกิดขึ้นเลย (inexistant) เว้นแต่จะเข้ากรณีข้อยกเว้นตามทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริง หรือทฤษฎีว่าด้วยการรักษาการโดยปริยาย สำหรับในระบบกฎหมายไทย ก็มองว่าการกระทำที่เกิดขึ้นไม่มีผลในทางกฎหมายเช่นกัน

¹⁰⁰ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องการปฏิบัติงานของผู้อำนวยการองค์การสวนยางภายหลังจากที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว (เรื่องเสรีจที่ 706/2548)

¹⁰¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ค เล่มเดิม. หน้า 50.

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า ในระบบกฎหมายไทยมีแนวโน้มที่จะคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เอกชนผู้รับคำสั่งทางปกครองได้เชื่อมั่นว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายโดยชอบ ทำนองเดียวกับทฤษฎีว่าด้วยการรักษาการโดยปริยายของฝรั่งเศส ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองข้างต้น ที่นำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับโดยเทียบเคียง ซึ่งในความเห็นส่วนตัวของผู้ศึกษา เห็นว่า การนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 19 ดังกล่าวมาใช้บังคับโดยเทียบเคียงกับกรณีนี้ เป็นการไม่ถูกต้อง เนื่องจากแม้หลักการคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กับกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว จะมีวัตถุประสงค์คล้ายกัน คือมุ่งคุ้มครองความไว้นับถือเชื่อใจของประชาชนในการกระทำของรัฐ และเพื่อไม่ให้ระบบการปกครองเกิดความยุ่งเหยิง แต่ลักษณะของเหตุบกพร่องที่ปรากฏทั้ง 2 กรณีนี้มีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยเหตุบกพร่องในกรณีแรก เป็นเรื่องที่ปรากฏขึ้นในภายหลังที่เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว ดังนั้น ในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงยังมีฐานอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งแตกต่างจากเหตุบกพร่องในกรณีหลัง ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่มีฐานอำนาจตามกฎหมายใดมารองรับเลย เนื่องจากตนได้พ้นจากการดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจเช่นนั้นไปแล้ว

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว เป็นคนละกรณีกับหลักการตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่สาเหตุที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนำบทบัญญัติดังกล่าวมาเทียบเคียง คงเนื่องมาจากต้องการให้มีบทกฎหมายมาใช้อ้างอิงในการวินิจฉัยนั่นเอง ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าสมควรให้มีการวางหลักกฎหมายเพื่อใช้คุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้เป็นการเฉพาะ ทำนองเดียวกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่แยกทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองทั้ง 2 กรณีออกจากกัน คือทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริง กับทฤษฎีว่าด้วยการรักษาการโดยปริยาย อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษามีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาการโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยสมควรปล่อยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยของศาลในการวางแนวทางดังกล่าวไปก่อน โดยขณะนี้ยังไม่สมควรกำหนดเป็นบทกฎหมายกลางในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบางตำแหน่งมีความสำคัญมาก จำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงผู้ที่

ดำรงตำแหน่งนั้นอยู่เนื่องๆ เพื่อมิให้เกิดการสร้างอิทธิพลขึ้น ซึ่งในการพิจารณาความเหมาะสมว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดจะให้มีการรักษาการโดยปริยายหรือไม่ และผู้รักษาการโดยปริยายนี้จะสามารถปฏิบัติหน้าที่ในระหว่างนั้นได้เพียงใด สมควรให้ศาลเป็นผู้พัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวต่อไป

4.1.1.2 กรณีที่ปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบ หมายถึง ในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งดังกล่าวได้รับการแต่งตั้งแล้ว และยังคงดำรงตำแหน่งเช่นนั้นอยู่ แต่ได้ปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องพ้นจากตำแหน่งไป

1) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุบกพร่องในกรณีดังกล่าวไว้ โดยกำหนดให้การกระทำของข้าราชการผู้นั้นในช่วงเวลาที่ผ่านมามีผลเสมือนปฏิบัติตามมาตรา 14 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการเยอรมัน (Bundesbeamtenengesetz (BBG)) ซึ่งทำให้บรรดาการกระทำเหล่านั้นยังคงชอบด้วยกฎหมายต่อไป¹⁰² โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

- (1) การแต่งตั้งข้าราชการย่อมตกเป็นโมฆะ ในกรณีดังต่อไปนี้
 - การแต่งตั้งข้าราชการนั้นกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ เว้นแต่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแต่งตั้งได้รับรองการแต่งตั้งข้าราชการผู้นั้นในภายหลังให้มีผลสมบูรณ์ โดยให้มีผลย้อนหลังนับแต่วันแต่งตั้ง (BBG มาตรา 11 วรรคหนึ่ง)
 - บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด (BBG มาตรา 11 วรรคสอง)

(2) เมื่อผู้บังคับบัญชาได้ทราบถึงเหตุความเป็นโมฆะของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการผู้ใด ให้ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งห้ามข้าราชการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ต่อไป เว้นแต่กรณีการแต่งตั้งข้าราชการซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ ให้ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งห้ามข้าราชการปฏิบัติหน้าที่ ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแต่งตั้งได้ปฏิเสธการรับรองการแต่งตั้งข้าราชการผู้นั้นให้มีผลสมบูรณ์ (BBG มาตรา 13 วรรคหนึ่ง)

(3) ในกรณีที่คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการผู้ใดตกเป็นโมฆะ กรณีดังกล่าวไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ใดๆ ของข้าราชการผู้นั้นที่ผ่านมาจนถึงเวลาที่มิคำสั่งห้ามการปฏิบัติหน้าที่ (BBG มาตรา 14)

¹⁰² กมลชัย รัตนสกววงศ์ ข เล่มเดิม. หน้า 145-146.

2) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางทฤษฎีเพื่อคุ้มครองผลของการกระทำทางปกครองที่ปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นได้รับการแต่งตั้งหรือมอบอำนาจโดยมิชอบ คือ ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริง (la théorie du fonctionnaire de fait) โดยยอมรับการกระทำทางปกครองใดๆ ของบุคคลที่อาจถูกแต่งตั้งเข้าไปทำงานในฝ่ายปกครองโดยไม่ถูกต้อง (irrégulièrement) ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นเองก็ไม่ทราบว่าการแต่งตั้งตนนั้นไม่ถูกต้อง อีกทั้งในขณะเดียวกันสาธารณชนก็ไม่สามารถรับทราบได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ตนเข้าไปติดต่อด้วยไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งอย่างถูกต้อง ในกรณีดังกล่าวต้องถือว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นเสมือนเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายจนกว่าจะมีการเพิกถอนการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้นั้น¹⁰³

3) ในระบบกฎหมายไทย คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ในภายหลังเขาต้องพ้นจากตำแหน่งไปก็ตาม หากในระหว่างเวลาที่ดำรงตำแหน่งจนถึงเวลาที่พ้นจากตำแหน่งได้มีการใช้อำนาจในตำแหน่งนั้นออกคำสั่งทางปกครองใด คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นก็จะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้การพ้นจากตำแหน่งเช่นนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไป คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงยังคงมีผลสมบูรณ์ทางกฎหมายต่อไป ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องหนึ่งว่า “...กรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ได้แต่งตั้งให้นาย พ. ดำรงตำแหน่งรักษาการรองเลขาธิการนั้น แม้ว่าการแต่งตั้งดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งการพ้นจากตำแหน่งเช่นนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ จึงเห็นว่า การปฏิบัติหน้าที่ของนาย พ. เป็นไปตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ”¹⁰⁴

4) เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองกรณี ที่ปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบแล้ว เห็นว่า ทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย มีหลักการคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ให้ยังคงสมบูรณ์ต่อไป

¹⁰³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 165.

¹⁰⁴ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ขอรื้อปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติ กองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกร พ.ศ. 2542 (เรื่องเสร็จที่ 397/2548)

เช่นเดียวกัน โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นการสร้างหลักกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายไทยได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในบทกฎหมาย แต่มีข้อสังเกตว่าบทกฎหมายของเยอรมัน ได้กำหนดขั้นตอนการคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองกรณีนี้ไว้อย่างน่าสนใจ คือ เมื่อปรากฏแก่ผู้บังคับบัญชาว่า เจ้าหน้าที่ในสังกัดของตนได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม ให้ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งห้ามเจ้าหน้าที่ผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว จนกว่าจะมีผลการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการแต่งตั้งดังกล่าวออกมา และหากปรากฏคำวินิจฉัยว่าการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเป็นโมฆะ กรณีก็จะไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำการในระหว่างดำรงตำแหน่งไปจนถึงเวลาที่มีคำสั่งห้ามปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งแตกต่างจากบทกฎหมายของไทย ที่มีได้กำหนดขั้นตอนดังเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้คุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองทั้งหมดจนถึงเวลาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นพ้นจากตำแหน่งเลยทีเดียว

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ในบทกฎหมายของเยอรมันมีความรัดกุมกว่าหลักเกณฑ์ในบทกฎหมายของไทย และสมควรนำหลักการดังกล่าวมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยให้มีหลักการว่า เมื่อได้ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ผู้บังคับบัญชาสั่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อน และหากเหตุดังกล่าวทำให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่จนถึงวันที่มีคำสั่งให้หยุดการพิจารณาเรื่องดังกล่าว

4.1.2 กรณีบกพร่องด้านเนื้อเรื่อง

เหตุบกพร่องด้านเนื้อเรื่อง เป็นกรณีที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่ไปล่วงล้ำสั่งการในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น เช่น นายกเทศมนตรีมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดอันมิใช่อำนาจหน้าที่ในกรอบที่ตนเองมี แต่แท้จริงแล้วเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของสภาเทศบาล เป็นต้น

1) ในระบบกฎหมายเยอรมัน การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งไปใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติงานอยู่คนละองค์กร เช่น ในกรณีที่พนักงานสอบสวนคดีอาญาไปออกคำสั่งให้คู่กรณีที่ยับรถโดยประมาทฝ่ายหนึ่งชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนไม่มี

อำนาจ คดีทำนองนี้ศาลปกครองเยอรมันเคยวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะ¹⁰⁵ ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วการออกคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นที่ไม่มีอำนาจในเนื้อหานั้นเลย จึงถือว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงและประจักษ์ชัดตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 44 วรรคหนึ่ง และด้วยเหตุนี้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ¹⁰⁶

2) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำ โดยคำสั่งทางปกครองนั้นอาจเกิดขึ้นได้แต่เป็นอำนาจของบุคคลอื่น เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรีที่ไม่มีอำนาจในเรื่องนั้นและเห็นได้ว่าเป็นอำนาจของรัฐมนตรีอื่น¹⁰⁷ หรือกฎหมายกำหนดให้การทำสัญญาสำเร็จรูปสำหรับการเช่าทรัพย์สินการเกษตรเป็นอำนาจของผู้ให้เช่าและผู้เช่าในรูปของคณะกรรมการร่วม แต่ปรากฏว่าผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งมีหน้าที่ประกาศรูปแบบสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าว กลับไปจัดทำสัญญานั้นแทนคณะกรรมการร่วม¹⁰⁸ หรือไปเพิ่มเติมข้อความบางประการเพิ่มไปจากที่คณะกรรมการร่วมกำหนดไว้¹⁰⁹ หรือการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรใช้อำนาจสั่งการให้จำกัดค่าตอบแทนบุคลากรของกองทุนสงเคราะห์เกษตรกร แต่จริงๆ แล้วอำนาจเช่นนั้นเป็นของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบบริหารกองทุนฯ ไม่ใช่ของรัฐมนตรี¹¹⁰ เป็นต้น ในกรณีนี้สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางแนวคำวินิจฉัยว่า เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจเพิกถอนได้

อีกกรณีหนึ่งที่พบได้ก็คือ การกระทำทางปกครองบางอย่างที่ต้องมีผู้กระทำร่วมกันหลายคน แต่จริงๆ แล้วกลับมีเจ้าหน้าที่เพียงคนเดียวเป็นผู้สั่งการ เช่น ในกฤษฎีกาบางเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ต้องลงนามร่วมของรัฐมนตรีหลายๆ คน แต่ปรากฏว่ามีรัฐมนตรีเพียงคนเดียวหรือบางคนลงนาม หรือรัฐมนตรีที่ต้องรักษาการตามกฤษฎีกาไม่ได้ลงนาม หรือลงนามเพียงบางคน ก็จะส่งผลให้การกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจเพิกถอนได้

¹⁰⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ข เล่มเดิม. หน้า 168.

¹⁰⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ข เล่มเดิม. หน้า 33.

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 1981 คดี Syndicat de Guyoville

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 18 พฤษภาคม 1949 คดี Association des Propriétaires Bailleurs du Lot-ET Garonne

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 17 มีนาคม 1958 คดี Gérard du Barry

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 1 ตุลาคม 1954 คดี Fédération Nationale Des Syndicats d'ingénieurs, Cadres Administratifs et Employés de L'Agriculture

เว้นแต่เป็นกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิม และการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเกี่ยวข้องกับเฉพาะความรับผิดชอบของรัฐมนตรีบางคน ดังนี้ แม้จะไม่มีลายมือชื่อของรัฐมนตรีที่แถลงนาม แต่การแก้ไขครั้งหลังรัฐมนตรีคนนั้นไม่เกี่ยวข้อง กฎฎีกาย่อมสมบูรณ์ หรืออีกกรณีหนึ่งคือ ประกาศระหว่างกระทรวง ซึ่งหมายถึงประกาศที่ต้องมีรัฐมนตรีหลายกระทรวงร่วมลงนาม ก็ต้องมีการลงนามให้ครบทุกกระทรวง ดังนั้น รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งจะไปสั่งการในรูปแบบอื่นเพื่อเลี่ยงการออกประกาศระหว่างกระทรวงไม่ได้¹¹¹ ซึ่งผลของการกระทำทางปกครองที่มีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางแนวคำวินิจฉัยว่า เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจเพิกถอนได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม หลักการเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ในด้านเนื้อเรื่องนี้มีข้อยกเว้นอยู่ในทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ (théorie des circonstances exceptionnelles) ซึ่งตามทฤษฎีนี้เป็นข้อยกเว้นทุกอย่างเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ดังจะเห็นได้ว่าในกรณีที่มีภัยธรรมชาติร้ายแรง หรือกรณีมีสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐบาลสามารถออกรัฐฎีกากำหนดมาตรการใดๆ ซึ่งปกติแล้วมาตรการดังกล่าวจะต้องออกโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือหลักเรื่องการแบ่งอำนาจระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายต่างๆ ก็ลดความเข้มงวดลงและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนหนึ่งอาจใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกคนหนึ่งได้¹¹²

3) ในระบบกฎหมายไทย การออกคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในองค์กรหนึ่งไปใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในอีกองค์กรหนึ่ง ย่อมถือว่าการณดังกล่าวเป็นเหตุบกพร่องที่รุนแรงและประจักษ์ชัด อันส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปหรือไม่มีผลทางกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากในคดีหนึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “เจ้าพนักงานจราจรมีอำนาจออกข้อบังคับหรือคำสั่งกำหนดสถานที่จอดพักรถได้ ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2477 แต่ถ้าสถานที่จอดพักรถนั้นอยู่ในความครอบครองของเอกชนและเอกชนเป็นผู้เรียกเก็บค่าบริการในการจอดรถ ก็ไม่เป็นสถานที่จอดพักรถตามความหมายของพระราชบัญญัติจราจรทางบกฯ แต่เป็นสถานีส่งตามพระราชบัญญัติการขนส่ง พ.ศ. 2497 ซึ่งบัญญัติให้เป็นอำนาจรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดสถานที่ที่ใช้เป็นสถานีส่ง เจ้าพนักงานจราจรไม่มีอำนาจกำหนด”¹¹³ หรือในอีกคดีหนึ่งศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยว่า “...อำนาจที่จะกำหนดราคาสูงของการขายส่งขายปลีกสิ่งของที่ห้ามมิให้ค้ากำไรเกินควร ตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2490 กฎหมายให้อยู่ในอำนาจ

¹¹¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 259.

¹¹² แหล่งเดิม. หน้า 261.

¹¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1322-1324/2510

ของคณะกรรมการป้องกันการค้ากำไรเกินควร ที่จะสั่งการได้ตามที่เห็นสมควร ตามความใน มาตรา 8 (1) ดังนั้น การที่ผู้อำนวยการองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก ได้ออกประกาศกำหนดราคา สูงสุดของเนื้อสุกรชำแหละ โดยห้ามมิให้ผู้ขายปลีกเนื้อสุกรชำแหละในเขตจังหวัดพระนครธนบุรี ขายปลีกเนื้อสุกรเกินกว่าราคาที่กำหนดไว้ ประกาศดังกล่าวจึงห้ามมีผลบังคับถึงจะเอาความผิดเป็น โทษอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนนั้นไม่”¹¹⁴ นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยในทำนองเดียวกัน สรุปว่า “เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท ก. ได้ดำเนินการก่อสร้างสถานที่บรรจุก๊าซและได้รับ ใบอนุญาตประกอบกิจการบรรจุก๊าซอยู่ก่อนที่จะมีกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม และการที่ บริษัทฯ ได้ขอต่ออายุใบอนุญาตฯ ย่อมแสดงให้เห็นว่าบริษัทฯ ประสงค์จะใช้ประโยชน์ที่ดิน เช่นนั้นต่อไปเมื่อมีกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมแล้ว ซึ่งในกรณีนี้มาตรา 27 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 บัญญัติให้คณะกรรมการผังเมืองมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินจะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือระงับการใช้ ประโยชน์ที่ดินเช่นนั้นต่อไปภายในระยะเวลาที่เห็นสมควรได้ หากกรมโยธาธิการเห็นว่าการใช้ ประโยชน์ที่ดินเช่นนั้นต่อไปเป็นการขัดต่อนโยบายของผังเมืองรวมในสาระสำคัญที่เกี่ยวข้อง สุขลักษณะ ความปลอดภัยของประชาชน และสวัสดิภาพของสังคม จึงไม่ควรต่ออายุใบอนุญาต ประกอบกิจการบรรจุก๊าซให้แก่บริษัทฯ แล้ว กรมโยธาธิการก็ควรจะส่งเรื่องดังกล่าวไปให้ คณะกรรมการผังเมืองพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมืองฯ ต่อไป”¹¹⁵

4) เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองใน กรณีที่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีเหตุบกพร่องด้านเนื้อเรื่องแล้ว เห็นว่า ในระบบกฎหมายเยอรมัน และระบบกฎหมายไทยมีการวินิจฉัยกรณีเหตุบกพร่องดังกล่าวในแนวทางเดียวกัน คือมองว่าเป็น เหตุบกพร่องที่รุนแรงและประจักษ์ชัด โดยอาจเทียบเคียงได้กับกรณีบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครอง ปราศจากอำนาจนั่นเอง ซึ่งแตกต่างจากในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มองว่าเหตุบกพร่องที่เกิดขึ้นนี้ มิได้รุนแรงจนถึงขนาดตกเป็นโมฆะ โดยเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับได้ต่อไปจนกว่าจะ ถูกเพิกถอน ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเข้าใจว่าอาจมีเหตุผลมาจากการที่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมิได้แบ่งแยก องค์การฝ่ายปกครองเป็นเอกเทศอย่างชัดเจน โดยองค์การฝ่ายปกครองทั้งหมดกระทำการใดๆ ในนาม ของรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลเพียงหนึ่งเดียวด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้น การล้วงล้ำอำนาจระหว่างองค์การฝ่าย ปกครองด้วยกัน จึงมิได้รุนแรงและประจักษ์ชัดหากเทียบกับกรณีของเยอรมันและไทย

¹¹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 315/2495

¹¹⁵ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การออกคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตประกอบกิจการ บรรจุก๊าซ (เรื่องเสรีที่ 628/2543)

4.1.3 กรณีปกครองด้านลำดับชั้น

เหตุปกครองด้านลำดับชั้น เป็นกรณีที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งดำรงตำแหน่งหนึ่งก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกตำแหน่งหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ทั้งสองฝ่ายต่างมีความสัมพันธ์กันในแง่การบังคับบัญชา ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะดำรงตำแหน่งระดับสูงกว่าหรือต่ำกว่าก็ตาม

1) ในระบบกฎหมายเยอรมันได้วางหลักเกณฑ์ว่า หน่วยงานฝ่ายปกครองต่างๆ ในองค์กรซึ่งสัมพันธ์กันอย่างเป็นลำดับชั้นตามสายการบังคับบัญชา หากกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานฝ่ายปกครองใดมีอำนาจที่จะปฏิบัติการกิจในเรื่องนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วหน่วยงานฝ่ายปกครองที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า (หน่วยงานบังคับบัญชา) ไม่สามารถที่จะใช้อำนาจแทนหน่วยงานที่อยู่ในลำดับต่ำกว่า (หน่วยงานใต้บังคับบัญชา) ได้ เว้นแต่เข้ากรณีข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนด¹¹⁶ หรือในกรณีจำเป็นหรือกรณีที่เกิดขึ้นได้ว่าหน่วยงานใต้บังคับบัญชาไม่สามารถปฏิบัติการตามคำสั่งได้ หน่วยงานที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่าในฐานะหน่วยงานบังคับบัญชาย่อมสามารถเข้ามาใช้อำนาจของหน่วยงานที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าในฐานะที่เป็นหน่วยงานใต้บังคับบัญชาได้โดยตรง (Selbsteintrittsrecht der höheren Behörde)¹¹⁷

แต่เมื่อกฎหมายกำหนดให้อำนาจปฏิบัติการทางปกครองแก่หน่วยงานฝ่ายปกครองใดแล้ว การที่หน่วยงานฝ่ายปกครองดังกล่าวจะแบ่งแยกอำนาจภายในกันอย่างไร เป็นเรื่องที่แต่ละหน่วยงานจะต้องไปกำหนดระเบียบภายในเองว่าจะให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดมีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานในเรื่องใด ดังนั้น การแบ่งแยกส่วนหรือแผนกย่อยในหน่วยงานเพื่อปฏิบัติการทางปกครองนั้นจึงถือเป็นเรื่องภายใน กรณีที่ส่วนหรือแผนกย่อยของหน่วยงานไม่มีหน้าที่ที่จะพิจารณาเรื่องทางปกครอง เช่น เรื่องที่พิจารณานั้นเป็นหน้าที่ของแผนก A แต่แผนก B เป็นผู้พิจารณา ต่อมาหน่วยงานได้มีคำสั่งตามการพิจารณานั้น ดังนี้ การไม่มีอำนาจของแผนก B เป็นเรื่องภายในหน่วยงานเอง ไม่อาจใช้ชั้นบุคคลภายนอกได้ คำสั่งทางปกครองที่ออกไปจึงมีผลสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีที่มีการกำหนดเอาไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดในหน่วยงานมีอำนาจกระทำการ กรณีนี้เป็นกรณีที่เรียกว่า “funktionelle Zuständigkeit” การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวจะต่างจากกรณีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ภายใน เพราะจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ได้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนดกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁸ และอาจถูกเพิกถอนได้

¹¹⁶ วรเจตน์ ภาคิรัตน์ จง เล่มเดิม. หน้า 31.

¹¹⁷ แหล่งเดิม. หน้า 28.

¹¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 31.

2) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง อันเนื่องมาจากเหตุบกพร่องด้านลำดับชั้น ไม่ว่าจะในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งทางปกครอง ในเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชา เช่น คำสั่งของอธิบดีกรมพัฒนาฝีมือแรงงานที่ล่วงล้ำอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงาน¹¹⁹ หรือคำสั่งของนายกเทศมนตรีที่ล่วงล้ำอำนาจของรัฐมนตรี¹²⁰ และในทางกลับกัน กรณีที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชา เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจของผู้อำนวยการสำนักงานเกษตรจังหวัด¹²¹ หรือผู้ว่าราชการจังหวัดแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจของนายอำเภอออกคำสั่งปลดตำรวจป่าไม้¹²² หรือรัฐมนตรีแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดออกคำสั่งปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ¹²³ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางแนวคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจเพิกถอนได้

อย่างไรก็ดี ตามหลักการบังคับบัญชาในระบบราชการ ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจที่จะสั่งการหรือให้แนวปฏิบัติแก่ผู้บังคับบัญชาในการใช้อำนาจในเรื่องที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาได้ แต่ไม่มีอำนาจกระทำการแทนผู้บังคับบัญชาเสียเอง (pouvoir de substitution) เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ผู้บังคับบัญชาก็สามารถวินิจฉัยอุทธรณ์และเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นได้

3) ในระบบกฎหมายไทย เมื่อกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในตำแหน่งใดเป็นผู้ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวก็จะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายหนึ่งแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์กันในการบังคับบัญชา ไม่ว่าจะในกรณีที่การออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง แต่ผู้ที่ดำรงตำแหน่งต่ำกว่าซึ่งมีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ดำรงตำแหน่งนั้นล่วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจดังกล่าวด้วยตนเอง หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองเป็นอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งหนึ่ง แต่ผู้ที่ดำรง

¹¹⁹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 1951 คดี Compagnie Industrielle des Téléphones

¹²⁰ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 254.

¹²¹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 มิถุนายน 1949 คดี Syndicat de la propriété agricole de la Corrèze

¹²² คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 1961 คดี Alfred Joseph

¹²³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 1947 คดี Sesseau

ตำแหน่งระดับสูงกว่าซึ่งมีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ดำรงตำแหน่งนั้นเข้าไปแทรกแซงใช้อำนาจดังกล่าวด้วยตนเอง ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจเพิกถอนได้ ซึ่งการพิจารณาผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณีผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชา เช่น กฎหมายกำหนดให้การออกใบอนุญาตเป็นอำนาจของอธิบดี แต่ผู้อำนวยการกองไปออกใบอนุญาตนั้นเสียเอง โดยที่อธิบดียังมีได้มอบหมายให้กระทำการดังกล่าว กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นเหตุบกพร่องที่รุนแรง และเมื่อปรากฏขึ้นก็สมควรต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ดังจะเห็นได้จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องหนึ่งซึ่งวินิจฉัยว่า “การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ในสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัด ออกคำสั่งทางปกครองแทนหัวหน้าสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัดในขณะที่ยังไม่มีคำสั่งแต่งตั้งให้เป็นผู้รักษาการในตำแหน่งหัวหน้าสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัดและต่อมาได้มีคำสั่งแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็นผู้รักษาการในตำแหน่งหัวหน้าสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัดโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้นั้นออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น เห็นว่า ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น” หมายความว่าในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น ในกรณีที่ยังไม่มีคำสั่งแต่งตั้งให้ผู้ใดรักษาการในตำแหน่งหัวหน้าสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัด พนักงานเจ้าหน้าที่ในสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัดจึงไม่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแทนหัวหน้าสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัดได้ ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจในเรื่องนั้นจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”¹²⁴

(2) กรณีผู้บังคับบัญชาแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจของผู้ได้บังคับบัญชา เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดไปใช้อำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ในสังกัดของส่วนราชการประจำจังหวัด ซึ่งแท้จริงแล้วอำนาจดังกล่าวเป็นของหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัดนั้น ในกรณีเช่นนี้แม้จะมองว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และโดยทั่วไปย่อมสมควรเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น แต่บางกรณีก็ไม่ถือว่าเป็นเหตุบกพร่องที่รุนแรงมากนัก และไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งนั้นก็ได้ ดังจะเห็นได้จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องหนึ่งซึ่งมีวินิจฉัยสรุปความได้ว่า “เมื่อพิจารณาคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาแล้ว จะเห็นได้ว่าโดยเนื้อหาของคำสั่งนั้นมีสาระเป็นการแต่งตั้งผู้ช่วยผู้อำนวยการกองเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่แทนผู้อำนวยการกองและเสนอความเห็นต่อเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาได้โดยตรง ซึ่งทำให้

¹²⁴ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจหน้าที่ของผู้รักษาการในตำแหน่งและผู้ปฏิบัติราชการแทนหัวหน้าสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัด (เรื่องเสรีที่ 78/2541)

ไม่สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการให้เป็นของส่วนราชการ ภายใน โดยมีผู้อำนวยการกองเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของ กอง ประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน หรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนก็ไม่ได้กำหนดตำแหน่งผู้ช่วยผู้อำนวยการกอง รวมทั้งการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้อำนวยการกองไว้แต่อย่างใด ฉะนั้น การออกคำสั่ง ดังกล่าวจึง ไม่ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินและ กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน แต่โดยที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาเป็น ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม มีเลขาธิการเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและ รับผิดชอบในการปฏิบัติราชการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด การที่เลขาธิการคณะกรรมการ อาหารและยาจะสั่งให้ข้าราชการในกองคนใดปฏิบัติราชการตามที่เลขาธิการฯ มอบหมายก็ย่อม สามารถที่จะกระทำได้ เนื่องจากเลขาธิการฯ เป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบในการ ปฏิบัติราชการของสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาให้เกิดผลสัมฤทธิ์ และเป็นไปตาม เป้าหมาย แนวทาง และแผนการปฏิบัติราชการของกระทรวง และเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ¹²⁵

4) เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีเหตุบกพร่องด้านลำดับชั้นแล้ว เห็นว่า ทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย มี แนวทางการวินิจฉัยในทำนองเดียวกัน โดยถือว่ากรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับใดมีอำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่องใดแล้ว หากเจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองระดับอื่นซึ่งอยู่ในสายบังคับบัญชาเดียวกันแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจนั้นแทนแล้ว ไม่ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะมีลำดับชั้นสูงกว่าหรือต่ำกว่าก็ตาม ผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อปรากฏเหตุบกพร่องเช่นนี้ขึ้นก็สมควรดำเนินการเพิกถอนคำสั่ง ทางปกครองนั้น

อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่าแนวทางการวินิจฉัยผลของคำสั่งทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ได้ให้น้ำหนักเหตุบกพร่องอันเนื่องมาจาก ผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชา กับกรณีผู้บังคับบัญชาแทรกแซงเข้าไป ใช้อำนาจของผู้ได้บังคับบัญชา โดยให้ความสำคัญแตกต่างกัน ซึ่งในบางกรณีได้ผ่อนคลายเป็น ผู้บังคับบัญชาสามารถเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ได้บังคับบัญชาได้ เนื่องจากในหลักการบริหารราชการ แผ่นดิน ผู้บังคับบัญชาย่อมต้องมีหน้าที่กำหนดแนวทางปฏิบัติงานให้แก่ผู้ได้บังคับบัญชาของตน

¹²⁵ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบหมายให้ข้าราชการในกองปฏิบัติงานตามที่ เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยามอบหมาย (เรื่องเสรีที่ 577/2547)

และควบคุมดูแลการปฏิบัติงานดังกล่าวให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ซึ่งหากผู้ได้บังคับบัญชาปฏิบัติงานอย่างใดผิดพลาดไป ผู้บังคับบัญชาก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในภาพรวม จึงมีความจำเป็นที่ในบางครั้งที่ผู้บังคับบัญชาจะต้องแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจของผู้ได้บังคับบัญชาด้วยตนเอง และแนวคิดทำนองนี้ ในระบบกฎหมายไทยก็ได้ยอมรับเช่นกัน โดยพิจารณาได้จากกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการขององค์กรของรัฐต่างๆ ที่กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้รับผิดชอบการปฏิบัติราชการในองค์กรของตน เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 21 (3) กำหนดให้ปลัดกระทรวงมีหน้าที่รับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของสำนักงานปลัดกระทรวง หรือมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ได้กำหนดให้อธิบดีเป็นผู้รับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของกรม ดังนั้น ผู้บังคับบัญชาจึงมีอำนาจควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของผู้ได้บังคับบัญชาให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม อีกทั้งมาตรา 49 และมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังกำหนดให้เมื่อผู้บังคับบัญชาเห็นสมควรที่ย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้ผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดก็ได้

จากเหตุผลที่กล่าวมานี้เอง ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า แม้มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างแจ้งชัดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับใดมีอำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่องใด และโดยทั่วไปสมควรให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจก็ตาม แต่หากมีความจำเป็นแล้ว ก็น่าจะเปิดช่องให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลสามารถเข้าไปใช้อำนาจดังกล่าวแทนผู้ได้บังคับบัญชาได้ แต่เมื่อพิจารณาบทกฎหมายในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว พบว่า บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของผู้บังคับบัญชาและผู้กำกับดูแลในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น จะมีเฉพาะเรื่องในเชิงการแก้ไขในภายหลังเมื่อปรากฏเหตุบกพร่องขึ้นแล้วเท่านั้น เช่น การพิจารณาอุทธรณ์ หรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า สมควรเพิ่มเติมอำนาจของผู้บังคับบัญชาและผู้กำกับดูแลในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในเชิงป้องกันไว้ด้วย โดยกำหนดเป็นมาตรา 12/1 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งมีหลักการคือ ในกรณีจำเป็นหรือกรณี que se videri ได้ว่าผู้ได้บังคับบัญชาไม่สามารถปฏิบัติภารกิจตามอำนาจหน้าที่ได้ ก็ยอมสมควรให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลเข้าไปใช้อำนาจนั้นแทนผู้ได้บังคับบัญชาได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่หากปล่อยให้ผู้ได้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวต่อไปจะส่งผลเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิของบุคคลจะเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไขได้เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลเข้าไปแทรกแซงอำนาจของผู้ได้บังคับบัญชาเกินจำเป็นนั่นเอง

4.1.4 กรณีปกครองด้านพื้นที่

เหตุปกครองด้านพื้นที่ เป็นกรณีที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนนอกเขตพื้นที่ซึ่งตนรับผิดชอบ เช่น การใช้อำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดจังหวัดหนึ่ง ก้าวล่วงเข้าไปในพื้นที่รับผิดชอบของผู้ว่าราชการจังหวัดอีกจังหวัดหนึ่ง

1) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้บัญญัติถึงผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุปกครองในอำนาจด้านพื้นที่ไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) แบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

(1) ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็นกิจกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิที่เกี่ยวพันกับสถานที่ เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเกี่ยวกับการควบคุมอาคารในเขตท้องที่ A ไปออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร หรือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารแก่ผู้รับคำสั่งในเขตท้องที่ B ใบอนุญาตหรือคำสั่งดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ¹²⁶ (VwVfG มาตรา 44 วรรคสอง (3))

(2) ส่วนคำสั่งทางปกครองกรณีอื่นที่ไม่ใช่กิจกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิที่เกี่ยวพันกับสถานที่ และอาจเยียวยาให้สมบูรณ์ได้ในภายหลัง แม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งนั้นจะไม่มีอำนาจในแง่ของพื้นที่ก็ตาม กรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นเหตุร้ายแรงที่ถึงขนาดจะทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะกรรม¹²⁷ ซึ่งหมายความว่ายอมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้นั่นเอง (VwVfG มาตรา 44 วรรคสาม (1)) และหากเหตุปกครองที่เกิดขึ้นนั้น เป็นที่ประจักษ์ชัดว่ามีได้มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองแล้ว ในกรณีนี้ก็ไม่อาจยกเหตุปกครองดังกล่าวมาเป็นเหตุผลในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ (VwVfG มาตรา 46)

2) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งเกี่ยวกับกิจการที่ไม่ได้อยู่ในเขตปกครองของตน ถือเป็นเหตุที่สามารถนำมาใช้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ประการหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจออกกฎระเบียบเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตจังหวัดของตน การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดออกมาตรการรักษาความสงบ (measure de police) เกี่ยวกับบุคคลที่อาศัยอยู่ในเขตจังหวัดอื่น จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹²⁸ และอาจเพิกถอนได้

¹²⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ข เล่มเดิม. หน้า 169.

¹²⁷ แหล่งเดิม. หน้า 171.

¹²⁸ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ ลงวันที่ 27 มกราคม 1950 คดี Perrin

อย่างไรก็ตาม กรณีการกระทำที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจด้านพื้นที่นั้นก็มีข้อยกเว้นอยู่บ้าง เช่น การใช้มุลมนนเป็นจุดแบ่งแยกเขตการปกครองท้องถิ่น ซึ่งการออกกฎหมายในบริเวณนี้ อาจจะออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบในแต่ละเขตโดยต่างฝ่ายต่างออก เพียงแต่ให้สอดคล้องกันหรือออกกฎฉบับเดียวร่วมกัน หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดมาตรการเพื่อใช้นอกเขตของตนได้ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเกี่ยวกับการดำเนินการเรื่องทรัพย์สินหรือบริการของนิติบุคคลมหาชน ซึ่งตนในฐานะผู้จัดการแทนนิติบุคคลมหาชนจะต้องดูแลรับผิดชอบ¹²⁹

4) ในระบบกฎหมายไทย การพิจารณาผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจด้านพื้นที่ อาจแยกพิจารณาได้ 2 กรณี กล่าวคือ

(1) กรณีที่มีบทกฎหมายกำหนดเขตอำนาจด้านพื้นที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจน เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจภายในเขตจังหวัด หรือพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กำหนดให้นายกเทศมนตรีมีอำนาจภายในเขตเทศบาล ซึ่งการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมมีผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจเพิกถอนได้ ดังจะเห็นได้จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องหนึ่งซึ่งวินิจฉัยสรุปความได้ว่า “การที่อธิบดีกรมสรรพากรอาศัยอำนาจตาม 38 (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทน ในการสั่งให้ข้าราชการในสำนักงานสรรพากรจังหวัดและสำนักงานสรรพากรอำเภอหรือเขต รักษาราชการแทนหรือรักษาการในตำแหน่งในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งสรรพากรจังหวัด สรรพากรอำเภอ หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ เนื่องจากผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นหัวหน้าบังคับบัญชาบรรดาข้าราชการฝ่ายบริหารซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัดตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดจะปฏิบัติราชการแทนอธิบดีกรมสรรพากรในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ และการปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่น จะต้องดำเนินการต่อข้าราชการฝ่ายบริหารซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในราชการส่วนภูมิภาคในเขตจังหวัดเท่านั้น โดยไม่อาจดำเนินการต่อข้าราชการซึ่งไม่ได้อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของตนแต่อย่างใดด้วยเหตุนี้ กรณีข้าราชการสังกัดสำนักงานสรรพากรอำเภอแม่แตง จังหวัดเชียงใหม่ (สาขา) ซึ่งอยู่ในพื้นที่รับผิดชอบของสำนักงานสรรพากรภาค 8 และได้รับคำสั่งจากสำนักงานสรรพากรภาค 8 ให้ไปช่วยปฏิบัติราชการสำนักงานสรรพากรจังหวัดแม่ฮ่องสอน ซึ่งการช่วยปฏิบัติราชการดังกล่าวหาทำให้บุคคลนั้นมีอำนาจหน้าที่แต่อย่างใดไม่ คงแต่เพียงหน้าที่ในการช่วยปฏิบัติราชการ

¹²⁹ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ข (2533). หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย. หน้า 148-149.

โดยทั่วไปเท่านั้น ข้าราชการดังกล่าวจึงยังคงเป็นข้าราชการสังกัดสำนักงานสรรพากรอำเภอแม่แตง จังหวัดเชียงใหม่ (สาขา) เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้ว่าราชการจังหวัดแม่ฮ่องสอนจึงไม่ใช่หัวหน้าบังคับบัญชา ข้าราชการผู้นั้นแต่อย่างใด การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดแม่ฮ่องสอนมีคำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการที่ไม่อยู่ ภายใต้การบังคับบัญชาให้รักษาราชการแทนสรรพากรอำเภอ 7 สำนักงานสรรพากรอำเภอปางมะผ้า จังหวัดแม่ฮ่องสอน จึงเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น อันเป็นการ ดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำ โดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น ตามบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อปรากฏว่าการออกคำสั่งของจังหวัดแม่ฮ่องสอนเป็นการ ดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำนักงานสรรพากรภาค 8 ย่อมมีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งให้ ข้าราชการผู้นั้น รักษาราชการแทนสรรพากรอำเภอ 7 สำนักงานสรรพากรอำเภอปางมะผ้า จังหวัด แม่ฮ่องสอน โดยให้มีผลย้อนหลังได้”¹³⁰

(2) กรณีที่การกำหนดเขตอำนาจด้านพื้นที่เป็นเรื่องที่หน่วยงานฝ่ายปกครอง ได้แบ่งส่วนงานภายในของหน่วยงานนั้นเอง เช่น การแบ่งส่วนราชการของหน่วยงานของรัฐใน ส่วนภูมิภาค ซึ่งการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว แม้จะมีผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่โดยส่วนใหญ่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นเหตุยกพร่องที่ร้ายแรงแต่อย่างใด เนื่องจากศาลไทยมักมองการ แบ่งพื้นที่ความรับผิดชอบของหน่วยงานฝ่ายปกครองต่างๆ เป็นเรื่องการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อให้เกิดความคล่องตัว มีประสิทธิภาพ และเหมาะสมกับสภาพการ ซึ่งเป็นเรื่องภายในของส่วน ราชการนั่นเอง ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่มีการออกคำสั่งทางปกครองล่วงล้ำแดนพื้นที่กัน ก็ไม่อาจนำ เหตุยกพร่องดังกล่าวมาใช้ยันกับเอกชนได้ ดังจะเห็นได้จากในคดีหนึ่ง ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “การ ที่มีการแบ่งส่วนราชการตามพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมสรรพากร กระทรวงการคลัง พ.ศ. 2515 ให้สำนักงานภาษีสรรพากรเขตพื้นที่ 7 รับผิดชอบเขตพื้นที่บางกอกน้อย ซึ่งเป็น ภูมิลำเนาและสถานที่ประกอบการค้าของโจทก์นั้น เป็นเรื่องการบริหารราชการแผ่นดินภายในของ จำเลยเพื่อให้เกิดความคล่องตัว มีประสิทธิภาพ เมื่องานตรวจสอบภาษีรายได้ของโจทก์เป็นงานที่ ดำเนินการค้างมาจากงานกองภาษีการค้าและยังไม่เสร็จ กองภาษีการค้าถูกยุบเลิกไป ว. เจ้าพนักงาน ตรวจสอบภาษีรายได้ของโจทก์ได้รับแต่งตั้งเป็นเจ้าพนักงานตรวจสอบภาษี 6 ฝ่ายตรวจสอบ สำนักงานภาษีสรรพากรเขตพื้นที่ 8 ย่อมมีอำนาจดำเนินการต่อไปได้จนกว่าจะเสร็จงาน...”¹³¹

¹³⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งข้าราชการเป็นผู้รักษาราชการแทน สรรพากรอำเภอ และการเบิกเบี้ยกัณดาร (เรื่องเสร็จที่ 477/2545)

¹³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5519/2534

4) เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีเหตุบกพร่องด้านพื้นที่แล้ว เห็นว่า โดยส่วนใหญ่ทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และ ไทย มองเหตุบกพร่องในกรณีนี้เป็นเพียงข้อผิดพลาดเล็กน้อย ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักว่า ถ้าเหตุบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัดว่ามีได้มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครอง และมีใช่เป็นคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมากแล้ว ก็ไม่อาจยกเหตุบกพร่องด้านพื้นที่ดังกล่าวมาเป็นเหตุผลในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ไม่ได้เคร่งครัดกับหลักในเรื่องเขตอำนาจด้านพื้นที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมากนัก โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งทางปกครองนอกเขตรับผิดชอบของตนในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะในภาพรวมได้ สำหรับในระบบกฎหมายไทยก็มีหลักการทำนองเดียวกัน โดยหากมิใช่เป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องเขตอำนาจด้านพื้นที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างแจ้งชัดแล้ว การแบ่งเขตพื้นที่รับผิดชอบจะถือว่าเป็นเรื่องภายในขององค์กรฝ่ายปกครองนั่นเอง จึงไม่อาจยกเหตุบกพร่องดังกล่าวมาใช้ยันกับเอกชนภายนอกได้

อนึ่ง ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่าในระบบกฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญกับคำสั่งทางปกครองในเรื่องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นกรณีพิเศษ โดยเห็นว่าการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจำเป็นต้องใช้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในเขตพื้นที่ที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่เป็นผู้ตัดสินใจ ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเขตท้องที่อื่นเป็นผู้ออกคำสั่งนั้นแล้ว ก็จะถือเป็นเหตุบกพร่องที่มีความรุนแรงและมีผลให้คำสั่งทางปกครองตกเป็น “โมฆะ” ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทยที่มีได้ให้ความสำคัญกับเหตุบกพร่องด้านพื้นที่ในกรณีนี้มากนัก ทั้งนี้ ผู้ศึกษาคาดว่าอาจเป็นเพราะบริบทของการบริหารราชการแผ่นดินในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน จึงทำให้การมองสภาพความรุนแรงของปัญหาในเรื่องนี้ไม่ตรงกันนั่นเอง

4.2 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุมาจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งดังกล่าวเป็นผู้ที่มีลักษณะไม่เป็นกลาง ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่นั้นมีความสัมพันธ์ในเชิงส่วนตัวกับคู่กรณี หรือเป็นกรณีที่มีพฤติการณ์อื่นที่ชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่เป็นกลางก็ตาม

1) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้บัญญัติถึงผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีส่วนได้เสียไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) แบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

(1) ในกรณีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์เรื่องส่วนได้เสียตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันฯ (VwVfG) มาตรา 20 วรรคหนึ่ง (2) ถึง (6) ซึ่งกำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะดังต่อไปนี้พิจารณาเรื่องทางปกครอง ได้แก่

- เป็นญาติของกลุ่มกรณี
- เป็นผู้แทน โดยชอบธรรมหรือตัวแทนกลุ่มกรณี
- เป็นญาติของผู้แทนกลุ่มกรณี
- เป็นลูกจ้างหรือเป็นกรรมการในคณะกรรมการบริหารของกลุ่มกรณี หรือ
- เป็นผู้ที่เคยรับปรึกษาให้ความเห็นในเรื่องเดียวกันนี้ โดยไม่ใช่เป็นการกระทำตามตำแหน่งหน้าที่

หากฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในกรณีนี้ ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียดังกล่าว ย่อมมีผลเป็นโมฆียะ (มาตรา 44 วรรคสาม (2) VwVfG)

(2) ส่วนกรณีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์เรื่องส่วนได้เสียตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันฯ (VwVfG) มาตรา 20 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งกำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาเรื่องทางปกครองที่ตนเองเป็นกลุ่มกรณีนั้น ตามกฎหมายมิได้กล่าวอย่างชัดเจนว่าจะมีผลเป็นอย่างไร แต่อาจแปลความได้จากบทบัญญัติตามมาตรา 44 วรรคสาม (2) แห่งกฎหมายเดียวกัน ซึ่งกำหนดให้เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุส่วนได้เสียตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง (2) ถึง (6) เท่านั้นที่มีผลเป็นโมฆียะ ฉะนั้น เมื่อพิจารณาอีกด้านหนึ่งจึงอาจทำความเข้าใจได้ว่า หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง (1) แล้ว เช่น เจ้าหน้าที่ออกใบขับขี่ให้กับตนเอง เป็นต้น พฤติการณ์เช่นนี้จะทำให้คำสั่งที่ออกมานั้นมีผลเป็นโมฆะ¹³²

2) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักความเป็นกลาง (principe d'impartialité) เกิดขึ้นจากแนวคิดพื้นฐานที่ว่า หากให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียแล้ว เจ้าหน้าที่นั้นก็จะต้องเสียความเป็นกลางและจะไม่อาจสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้นๆ ได้ ด้วยหลักนี้จึงนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาซึ่งนำมาสู่หลักการคัดค้านผู้พิพากษาที่มีประโยชน์ได้เสียในคดีมิให้เป็นผู้วินิจฉัยในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครองที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย¹³³ ดังนั้น หลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นกลางของผู้ออกคำสั่ง

¹³² กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ช เล่มเดิม. หน้า 172.

¹³³ บุบผา อัครพิมาน. (2548, มกราคม-เมษายน). “หลักกฎหมายทั่วไป.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 5, 1. หน้า 14-15.

ทางปกครองจึงถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องขั้นตอนและวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วินิจฉัยว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principe général du droit) ที่ผูกพันเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมาย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองและเพื่อเป็นหลักประกันเกี่ยวกับประสิทธิภาพ (qualité) และความเป็นกลาง (objectivité) อันเป็นเรื่องการประสานประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะให้ถูกต้องเป็นธรรม เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นมาตรการทางปกครองที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่ง อันเป็นไปตามหลักหลักนิติธรรมหรือหลักการปกครองโดยกฎหมาย

การห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียนั้น สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้ตีความการมีส่วนได้เสียในลักษณะอย่างกว้าง ก็นอกจากเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งหรือวินิจฉัยมีความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้ยื่นคำร้องหรือคำฟ้องในเรื่องนั้นๆ เช่น เป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน คู่สมรส หรือญาติสนิทกับผู้ยื่นคำร้องหรือคำฟ้องแล้ว ยังรวมถึงกรณีที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยเคยพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนั้นมาก่อนในโอกาสและสถานะอื่น เช่น เคยเป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาในคดีเดียวกันนั้น ในศาลอื่น หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว หรือเคยเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการในเรื่องนั้นมาก่อนในตำแหน่งหรือสถานะอื่นด้วย¹³⁴ ดังตัวอย่างคดีหนึ่ง ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง ได้วินิจฉัยลงโทษปรับนาย Dubreuil อดีตผู้อำนวยการสำนักงานอาคารสงเคราะห์ระหว่างท้องถิ่นของมณฑลหนึ่ง ฐานก่อหนี้เกินงบประมาณและอนุมัติการจ่ายเงินรายได้เพิ่มเติมให้แก่พนักงานของสำนักงานฯ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปรากฏว่าสมาชิกบางคนของศาลวินัยทางงบประมาณฯ ได้เคยพิจารณาการกระทำดังกล่าวของนาย Dubreuil มาแล้วในขณะที่ตนปฏิบัติหน้าที่ในศาลบัญชี ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลวินัยทางงบประมาณฯ จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุขัดกับหลักความเป็นกลาง กล่าวคือ การกระทำเดียวกันถูกตัดสินโดยบุคคลเดียวกันสองครั้ง สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) จึงตัดสินเพิกถอนคำวินิจฉัยของศาลวินัยทางงบประมาณฯ ดังกล่าว¹³⁵

3) ในระบบกฎหมายไทย การพิจารณาผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น เป็นตัวอย่างอีกอันหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของหลักกฎหมายปกครองที่จะต้องกำหนดขึ้นให้สอดคล้องกับสภาพของงานทางปกครอง โดยสิ่งที่

¹³⁴ บุปผา อัครพิมาน. เล่มเดิม. หน้า 15.

¹³⁵ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2003 คดี Dubreuil

สะท้อนให้เห็นถึงลักษณะพิเศษดังกล่าว ได้แก่ การแยกพิจารณาผลทางกฎหมายในกรณีที่มีคำสั่งไปแล้ว กับกรณีที่ยังไม่มีคำสั่ง¹³⁶ กล่าวคือ

(1) กรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว การพิจารณาผลทางกฎหมายของคำสั่งนั้น สมควรแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังนี้

(1.1) ในกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะไม่เป็นกลางตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติโดยตรงว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะดังกล่าวจะทำการพิจารณาทางปกครองมิได้ ดังนั้น หากได้ดำเนินการมาจนจบเป็นคำสั่งทางปกครองแล้วก็ต้องเพิกถอนทางเดียวเท่านั้นเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาคาใจ¹³⁷ ดังจะเห็นได้จากคดีหนึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติมาตรา 18 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อห้ามมิให้สมาชิกสภาเทศบาลทุกคนเข้าไปมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในสัญญาที่เทศบาลเป็นคู่สัญญาหรือในกิจการที่กระทำให้แก่เทศบาล คำว่า “ประโยชน์ทางอ้อม” นั้น นอกจากจะหมายถึงความสัมพันธ์ในเชิงทุน คือ การไปมีหุ้นโดยตรงในบริษัทฯ แล้ว ยังหมายถึงความสัมพันธ์ทางครอบครัว คือ การเป็นญาติสนิท เช่น สามี ภรรยา หรือบุตร ซึ่งถือหุ้นอยู่ในบริษัทฯ นั้นด้วย ดังนั้น กรณีนี้จึงถือว่ามีมาตรฐานเบี่ยงเบนไปจากระดับที่กฎหมายกำหนดไว้และอาจก่อให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยแก่หมู่สมาชิกสภาเทศบาลอื่นๆ นอกจากนี้แม้สมาชิกสภาเทศบาลนั้นจะมีไม่ได้อุปการะเลี้ยงดูบุตรเพราะบรรณุนิติภาวะแล้วก็ตาม แต่โดยพฤตินัยและความสัมพันธ์ทางสายโลหิตย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าจะไม่มีการสนับสนุนช่วยเหลือแก่บุตร ดังนั้น กรณีของสมาชิกสภาเทศบาลผู้นี้จึงถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยอ้อม คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดที่เห็นว่าบุคคลดังกล่าวไม่มีส่วนได้เสีย จึงเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”¹³⁸

(1.2) ในกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีพฤติการณ์อื่นที่ชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าไม่เป็นกลาง ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การพิจารณาผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้จะขึ้นอยู่กับความจริงว่าเกิดความลำเอียงขึ้นหรือไม่ โดยเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยมีความเห็นว่า “...จำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป โดยในเบื้องต้นต้องคำนึงถึงการใช้อุปินาธิษฐานที่ตัดสินว่าคู่ความในคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่ไม่อาจทำการ

¹³⁶ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ก เล่มเดิม. หน้า 24.

¹³⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์. เล่มเดิม. หน้า 249.

¹³⁸ คำพิพากษาศาลปกครองขอนแก่น ที่ 71/2546

พิจารณาทางปกครองได้ ซึ่งต้องอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายและหลักการบริหารราชการที่ดี (good governance) อีกทั้ง ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงของข้อพิพาทในแต่ละคดีเพื่อพิจารณาว่าการฟ้องคดีในแต่ละกรณีจะมีแนวโน้มในการก่อให้เกิดอคติหรือความเอนเอียงกัน อย่างรุนแรงจนอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางหรือเสียความเป็นธรรมได้มากน้อยเพียงใด¹³⁹ ทั้งนี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีแนวโน้มที่จะมีอคติไม่เป็นกลางแล้ว ย่อมเป็นผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁴⁰ และโดยทั่วไป ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองก็จะเป็นโมฆะ ดังตัวอย่างคดีการสรรหาคณะกรรมการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กสทช.) ศาลปกครองได้วินิจฉัยสรุปว่า “เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า กรรมการสรรหา กสทช. ที่มาจากผู้แทนสมาคมวิชาชีพ แม้จะเป็นผู้แทนของสมาคมนักจัดรายการโทรทัศน์ แต่ขณะเดียวกันก็ประกอบอาชีพเป็นพนักงานบริษัทที่ดำเนินกิจการเกี่ยวข้องกับธุรกิจดำเนินการออกอากาศและสื่อโฆษณา ธุรกิจการจัดหาและผลิตรายการโทรทัศน์ด้วย ดังนั้น บุคคลดังกล่าวจึงมีฐานะเป็นผู้ประกอบอาชีพที่มีส่วนได้เสียร่วมกันโดยตรงในธุรกิจด้านสื่อสารมวลชน จึงถือได้ว่าเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาไม่มีอคติเลือกผู้สมัครเป็น กสทช. ขัดต่อหลักความเป็นกลาง ตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมีคำบังคับให้เพิกถอนมติของคณะกรรมการสรรหาดังกล่าว”¹⁴¹

แต่ในทางกลับกัน หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า พฤติการณ์ที่เกิดขึ้นมิได้มีสภาพร้ายแรงที่จะส่งผลให้เกิดความลำเอียงขึ้นแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็ชอบด้วยกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากคดีหนึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่า “ตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลหรือ ส.อบต. จะต้องไม่อาศัยตำแหน่งหน้าที่การเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลทำให้ตนมีสิทธิหรือได้ประโยชน์เหนือกว่าประชาชนทั่วไปในการเข้าทำสัญญาหรือกระทำการใดให้กับองค์การบริหารส่วนตำบลที่ตนเป็นสมาชิกอยู่ อันเป็นลักษณะขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม แต่หากเป็นกรณีที่องค์การบริหารส่วนตำบลนั้นมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะหรือบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งประชาชนโดยทั่วไปรวมทั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลในเขต

¹³⁹ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ขอหารือเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง (เรื่องเสร็จที่ 165/2547) ประกอบกับ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การดำเนินการของผู้มีอำนาจในส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่มีหุ้นอยู่ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของตน (เรื่องเสร็จที่ 335/2546)

¹⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 188-189.

¹⁴¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ 4/2546

ท้องถิ่นต่างมีสิทธิได้รับประโยชน์เช่นเดียวกันแล้ว ข้อมติไม่ได้ว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลผู้นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาฉบับองค์การบริหารส่วนตำบลที่ตนสมัครรับเลือกตั้ง เพราะมิฉะนั้นจะเท่ากับว่าสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลไม่อาจได้รับประโยชน์หรือมีสิทธิ น้อยกว่าประชาชนโดยทั่วไปจากการรับบริการการจัดทำบริการสาธารณะและการบริหารราชการ แผ่นดินขององค์การบริหารส่วนตำบล การที่สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลทั้งสองได้เข้าทำ สัญญาในโครงการเศรษฐกิจชุมชน ซึ่งโครงการดังกล่าวรัฐบาลมีนโยบายเร่งด่วนที่จะฟื้นฟู เศรษฐกิจและสังคมชนบทอันเนื่องมาจากวิกฤตเศรษฐกิจของประเทศให้มีความเข้มแข็งและ ศักยภาพในการเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศได้อย่างยั่งยืน อันแสดงถึงการที่ หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะและจัดการบริหารราชการแผ่นดินในกรณีนี้ให้แก่ ประชาชนโดยทั่วไป จึงไม่ถือว่าบุคคลทั้งสองเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเข้าเป็นผู้มี ส่วนได้เสียในสัญญาฉบับองค์การบริหารส่วนตำบล¹⁴²

(2) กรณีที่ยังไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง มีปัญหาว่ากระบวนการพิจารณาที่ ได้ดำเนินไปแล้วจะสมบูรณ์ใช้ได้หรือไม่ หรือจะต้องย้อนกลับไปดำเนินการใหม่ทั้งหมดตั้งแต่ เริ่มต้น ซึ่งในปัญหานี้ มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ วางหลักไว้ว่า กระบวนการต่างๆ ที่ได้ดำเนินการไปแล้วก่อนหยุดการพิจารณาข้อมติเสียไป การที่ มีหลักกฎหมายเช่นนี้ก็เพราะคำนึงถึงว่า สภาพของงานทางปกครองนั้น ควรที่จะต้องดำเนินการให้ รวดเร็วและไม่สิ้นเปลือง ถ้าจะถือว่ากระบวนการที่ดำเนินมาเป็นอันเสียไปทั้งหมดและจะต้องมีการ ดำเนินการใหม่ทั้งหมด ข้อมติไม่สอดคล้องกับสภาพงานทางปกครองตามที่กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เห็นว่าสมควรให้มีการดำเนินการส่วนหนึ่งส่วนใดเสียใหม่จริงๆ ก็อาจดำเนินการ ในส่วนนั้นๆ ใหม่ก็ได้ ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นเพื่อให้การปฏิบัติราชการทางปกครองมีความยืดหยุ่น มากขึ้น โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้เข้าปฏิบัติ หน้าที่แทนหรือคณะกรรมการมีอำนาจดำเนินการส่วนหนึ่งส่วนใดเสียใหม่ก็ได้หากเห็นสมควร¹⁴³

4) เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียแล้ว เห็นว่า สมควรแยกการพิจารณาแนวทางการวินิจฉัยเป็น 2 กรณี คือ กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณี และกรณีที่มีพฤติการณ์อื่นที่ชวนให้ เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่เป็นกลาง

(1) กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณี เห็นว่า ทั้ง เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย มีหลักการในแนวทางเดียวกันที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองลักษณะ

¹⁴² คำพิพากษาศาลปกครองกลาง ที่ 612/2546

¹⁴³ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ก เล่มเดิม. หน้า 24.

ดังกล่าวกระทำการทางปกครอง โดยในระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการพัฒนาหลักการนี้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม คือกำหนดผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์นี้ไว้ในบทกฎหมาย โดยให้มีผลเป็นโมฆียะ และหากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นคู่กรณีเสียเองแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อขนาดให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะเลยทีเดียว ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายไทยแล้ว จะพบได้ว่า ยังมีได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมอย่างในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยการวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์นี้ยังคงเป็นอำนาจขององค์กรตรวจสอบเป็นผู้พิจารณา ซึ่งแนวทางการวินิจฉัยส่วนใหญ่ที่ผ่านมา หากปรากฏเหตุบกพร่องดังกล่าวขึ้นก็จะดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

ในส่วนข้อสังเกตของผู้ศึกษานั้น เห็นว่า มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณีทำการพิจารณาทางปกครอง โดยในบทบัญญัตินี้ได้กำหนดลักษณะของผู้มีส่วนได้เสีย ทั้งกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีเอง และกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความสนิทสนมใกล้ชิดกับคู่กรณี การฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและสมควรเพิกถอน แต่หากพิจารณาระดับความร้ายแรงของเหตุบกพร่องเรื่องส่วนได้เสียนี้แล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าอาจแบ่งแยกได้เป็น 2 ระดับคือ กรณีแรก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีเสียเอง ซึ่งถือเป็นกรณีที่ร้ายแรงมาก กับกรณีที่สอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความใกล้ชิดกับคู่กรณี เช่น เป็นคู่สมรส เป็นญาติ หรือเป็นตัวแทนของคู่กรณี ซึ่งเป็นกรณีที่ร้ายแรงรองลงมา สาเหตุที่ผู้ศึกษามีความเห็นเช่นนี้ เนื่องจากธรรมชาติของปुरुชนทั่วไปย่อมมีจิตใจที่ลำเอียงเข้าข้างตนเองอยู่เสมอ ดังนั้น ในกรณีแรกการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งให้แก่ตนเองย่อมไม่อาจเชื่อได้เลยว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมและเป็นธรรมในการพิจารณาทางปกครอง จึงถือเป็นเหตุบกพร่องที่ร้ายแรงอย่างยิ่ง และไม่สมควรปล่อยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้แก่ตนเองได้เลย ด้วยเหตุดังกล่าว สมควรเพิ่มเติมวรรคสองของมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยกำหนดให้ผลของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในกรณีนี้ตกเป็นโมฆะ ทำนองเดียวกับในระบบกฎหมายเยอรมันที่กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้แก่ตนเองตกเป็นโมฆะเช่นกัน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า หลักการที่ผู้ศึกษาได้เสนอแนะจะแตกต่างจากหลักกฎหมายเยอรมันบางประการ เนื่องจากหลักการนี้จะอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน หากปล่อยให้ล่าช้าไปจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ หรือสิทธิของบุคคลจะเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไขได้ หรือไม่มีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นปฏิบัติ

หน้าที่แทนผู้ยื่นได้แล้ว ก็จะยกเว้นให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้แก่ตนเองได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินงานทางปกครองมีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงักนั่นเอง

สำหรับกรณีที่สอง การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคนละคนกับคู่กรณี แต่มีความเกี่ยวพันกันจนกฎหมายตั้งข้อรังเกียจมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้พิจารณาทางปกครองในเรื่องดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นเหตุบกพร่องที่ร้ายแรงน้อยกว่าในกรณีแรก และบทบัญญัติปัจจุบันก็มีความเหมาะสมคืออยู่แล้ว ซึ่งผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในกรณีเช่นนี้จะเป็นอย่างไร สมควรให้เป็นดุลพินิจขององค์กรตรวจสอบเป็นผู้วินิจฉัยวางแนวทางต่อไป ผู้ศึกษาจึงไม่มีข้อเสนอแนะในเรื่องดังกล่าว

(2) กรณีที่มีพฤติการณ์อื่นที่ชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่เป็นกลาง เห็นว่า ทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย มีแนวทางการวินิจฉัยในทิศทางเดียวกันว่า สมควรต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ซึ่งหากพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีแนวโน้มที่จะกระทำการทางปกครองอย่างมีอคติลำเอียงแล้ว ก็สมควรดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

บทที่ 5

บทสรุป

จากการพิจารณาแนวทางการวินิจฉัยผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ โดยศึกษาในเชิงเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทยแล้ว พบว่าในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศที่กล่าวมาต่างก็มีแนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่สอดคล้องกัน กล่าวคือ ถือว่าคำสั่งทางปกครองใดๆ ที่ออกไปแล้ว ย่อมมีผลบังคับได้เสมอ โดยไม่ต้องคำนึงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพื่อให้การกระทำของรัฐมีความศักดิ์สิทธิ์และได้รับความยอมรับนับถือจากเอกชน ผู้อยู่ภายใต้ปกครอง อันเป็นไปตามหลักในเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิ อย่างไรก็ตาม หากคำสั่งทางปกครองใดปรากฏเหตุบกพร่องขึ้น การวินิจฉัยผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวจะพิจารณาแตกต่างกันไปตามระดับความรุนแรงและประจักษ์ชัดของเหตุบกพร่องนั้น ซึ่งทั้งในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย ต่างก็มีแนวทางการวินิจฉัยเหตุบกพร่องนี้ในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน โดยอาจสรุปภาพรวมของผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ จำแนกตามเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นรายกรณีได้ดังนี้

5.1 เหตุบกพร่องที่รุนแรงและประจักษ์ชัด จนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกอยู่ในสภาพอันเป็น “โมฆะ”

5.1.1 กรณีบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือยังมิได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย ถือเป็นแนวเดียวกันว่าเป็นเหตุบกพร่องที่ร้ายแรงที่สุดในบรรดาเหตุบกพร่องด้านเจ้าหน้าที่ทั้งหมด โดยในระบบกฎหมายเยอรมัน มองว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นคำสั่งทางปกครองเลยทีเดียว เนื่องจากขาดองค์ประกอบ “เจ้าหน้าที่” ตามคำนิยามในกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 35 วรรคหนึ่ง และเมื่อไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว ผลในทางกฎหมายของการกระทำนั้นจึงไม่เกิดขึ้นตามไปด้วย

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้มิได้ปฏิเสธความเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในกรณีดังกล่าว โดยเรียกเหตุบกพร่องนี้ว่า “การแย่งชิงอำนาจ” (usurpation de pouvoir) และเรียกผู้กระทำการว่า “ผู้แย่งชิงอำนาจ” (usurpateur de pouvoir) แต่ก็มองว่าการกระทำนั้นไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด โดยถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวยังไม่เคยเกิดขึ้นเลย (inexistant) เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริง กล่าวคือ ในสภาพการณ์ไม่ปรกติ เช่น ในยามสงคราม หรือเกิดภัยพิบัติสาธารณะ เอกชนอาจเข้ามาปฏิบัติหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะแทนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจไม่สามารถทำหน้าที่ดังกล่าว และส่งผลให้การกระทำของเอกชนนั้นใช้บังคับได้เช่นเดียวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ

สำหรับในระบบกฎหมายไทย ก็มีแนวทางการวินิจฉัยในทำนองเดียวกัน โดยมองว่าการที่บุคคลซึ่งไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลย แต่บุคคลนั้นได้กระทำการทางปกครองออกไป ย่อมเป็นเหตุบกพร่องที่ชัดเจนและรุนแรง และทำให้การกระทำเหล่านั้นไม่มีผลในทางกฎหมาย อีกทั้งหากเป็นกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีเจตนาแอบอ้างหรือแสดงตนว่าเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว ก็จะมีคามผิดในทางอาญาด้วย

5.1.2 กรณีเหตุบกพร่องด้านเนื้อเรื่อง โดยเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปสั่งการในเรื่องที่มีได้อยู่ในขอบเขตอำนาจในองค์กรของตน และแท้จริงแล้วเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครององค์กรอื่น ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายไทยมีการวินิจฉัยกรณีเหตุบกพร่องกรณีดังกล่าวในแนวทางเดียวกัน คือมองว่าเป็นเหตุบกพร่องที่รุนแรงและประจักษ์ชัด ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกไปย่อมตกเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมิได้ถือตามแนวทางเช่นนี้ โดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) วางแนวการวินิจฉัยกรณีเหตุบกพร่องดังกล่าวว่า มีผลเพียงให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและสมควรเพิกถอนเท่านั้น

5.2 เหตุบกพร่องที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ จึงสมควรต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

5.2.1 กรณีเหตุบกพร่องด้านลำดับชั้น อันเนื่องมาจากผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชา โดยเกิดจากการที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดเป็นผู้มีอำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่องใด แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งอื่นซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของผู้ดำรงตำแหน่งนั้นล่วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจดังกล่าวแทน จึงเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีได้รับมอบอำนาจ

โดยชอบ ซึ่งทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย มีแนวทางการวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องกรณีนี้ในทิศทางเดียวกันคือ ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและสมควรเพิกถอน

5.2.2 กรณีคำสั่งทางปกครองออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น
ซึ่งเหตุบกพร่องดังกล่าวอาจมีได้ 2 กรณีคือ กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะไม่เป็นกลาง เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีเอง หรือเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี หรือเป็นญาติของคู่กรณี หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้แทน โดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี หรือเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี และกรณีมีพฤติการณ์อื่นที่ชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่เป็นกลาง เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้ที่มีทัศนคติเป็นปฏิปักษ์กับเรื่องที่จะทำการพิจารณาหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น หรือเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้อ้างเห็นเหตุการณ์หรือ โดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับเรื่องที่จะทำการพิจารณาแล้ว หรือเคยแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณชนในเรื่องที่จะทำการพิจารณาออกหน้าที่การงานมาก่อนแล้ว ซึ่งการวินิจฉัยผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในกรณีนี้ ทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย มีแนวทางโดยส่วนใหญ่ใกล้เคียงกันคือ ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและสมควรเพิกถอน เนื่องจากเกรงว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองด้วยความอคติลำเอียง จึงสมควรเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเพื่อไม่ให้เกิดความเคลือบแคลงใจ

อย่างไรก็ดี ในระบบกฎหมายเยอรมันได้พัฒนาหลักการนี้อย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมมากที่สุด โดยกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันฯ (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสาม ได้บัญญัติให้ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะไม่เป็นกลางให้เป็น “โมฆะ” และหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นคู่กรณีเสียเองแล้ว ก็ให้มีผลร้ายแรงถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็น “โมฆะ” เลยทีเดียว ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและในระบบกฎหมายไทย มิได้กำหนดผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะไม่เป็นกลางให้เป็นผลเช่นไร แต่แนวทางการวินิจฉัยที่ผ่านมาได้กำหนดให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและสมควรเพิกถอน จึงมีข้อสังเกตว่า แม้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้แก่ตนเอง แนวการวินิจฉัยผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวของฝรั่งเศสและไทย ก็จะถือว่าเป็นเพียง “โมฆะ” เท่านั้น

5.3 เหตุบกพร่องเล็กน้อย ซึ่งหากมิได้มีผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง หรือสามารถแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องได้ในภายหลังแล้ว ย่อมไม่อาจยกเป็นเหตุเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้

5.3.1 กรณีเหตุบกพร่องด้านลำดับชั้น อันเนื่องมาจากผู้บังคับบัญชาแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชา โดยเกิดจากการที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งใดเป็นผู้มีอำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่องใด แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตำแหน่งอื่นซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้ดำรงตำแหน่งนั้นแทรกแซงเข้าไปใช้อำนาจดังกล่าวแทน และแม้อาจมองได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ อันส่งผลให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่บางครั้งก็ได้ผ่อนคลายหลักเกณฑ์เช่นว่านี้ โดยในกรณีที่มีเหตุสมควร ผู้บังคับบัญชาก็อาจสามารถเข้าไปใช้อำนาจกระทำการทางปกครองแทนผู้ใต้บังคับบัญชาได้ เช่น กรณีที่ปรากฏว่าผู้ใต้บังคับบัญชาไม่สามารถปฏิบัติภารกิจตามที่ผู้บังคับบัญชาได้มอบหมายไว้ ผู้บังคับบัญชาก็อาจเข้ามาใช้อำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นได้โดยตรง หรือกรณีที่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ผู้บังคับบัญชาก็สามารถวินิจฉัยอุทธรณ์และมีดุลพินิจที่จะเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นได้ ทั้งนี้เนื่องจากในหลักการบริหารราชการแผ่นดิน ผู้บังคับบัญชาย่อมต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของผู้ใต้บังคับบัญชาให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยนั่นเอง

5.3.2 กรณีเหตุบกพร่องด้านพื้นที่ โดยเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนนอกเขตพื้นที่ซึ่งตนรับผิดชอบ ทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย มักมองเหตุบกพร่องในกรณีนี้เป็นเพียงข้อผิดพลาดเล็กน้อย โดยในระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักในมาตรา 46 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน (VwVfG) ว่า ถ้าเหตุบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัดว่ามีผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง และมีใช่เป็นคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมากแล้ว ก็ไม่อาจยกเหตุบกพร่องด้านพื้นที่ดังกล่าวมาเป็นเหตุผลในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ได้วางแนวการวินิจฉัยผลของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องด้านพื้นที่ว่า ในบางกรณีเพื่อให้การดำเนินการเรื่องทรัพย์สินหรือบริการของนิติบุคคลมหาชนเป็นไปอย่างเรียบร้อย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในฐานะผู้จัดการแทนนิติบุคคลมหาชนสามารถกำหนดมาตรการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเพื่อใช้นอกเขตพื้นที่ซึ่งตนรับผิดชอบได้ สำหรับในระบบกฎหมายไทยก็มีแนวทางทำนองเดียวกัน โดยหากมิใช่เป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องเขตอำนาจด้านพื้นที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างแจ่มชัดแล้ว การแบ่งเขตพื้นที่รับผิดชอบจะถือว่าเป็นเรื่องภายในขององค์กรฝ่ายปกครองนั่นเอง จึงไม่อาจยกเหตุบกพร่องดังกล่าวมาใช้ยันกับเอกชนภายนอกได้

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าหากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมาก และมีกฎหมายกำหนดขอบเขตอำนาจด้านพื้นที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจนแล้ว การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็สมควรให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเขตพื้นที่นั้นเป็นผู้ตัดสินใจสั่งการ ด้วยเหตุนี้ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งดังกล่าวมีเหตุบกพร่องด้านพื้นที่แล้ว กรณีก็จะไม่เป็นเพียงข้อผิดพลาดเล็กน้อย แต่อาจส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นสมควรถูกเพิกถอน หรือรุนแรงถึงขนาดตกเป็นโมฆะเลยก็ได้

5.4 เหตุบกพร่องที่กฎหมายให้การคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองนั้นให้ยังคงสมบูรณ์ต่อไป

5.4.1 กรณีปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งทั้งเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย มีหลักการที่มุ่งคุ้มครองผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ให้ยังคงชอบด้วยกฎหมายต่อไปเช่นเดียวกัน แม้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งนั้นจะต้องพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุบกพร่องดังกล่าวก็ตาม โดยในระบบกฎหมายเยอรมันได้กำหนดคุ้มครองผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองกรณีนี้ไว้ในมาตรา 14 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการเยอรมัน (Bundesbeamtengesetz (BBG)) ซึ่งมีหลักเกณฑ์สรุปได้ว่า เมื่อปรากฏว่าการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใดกระทำโดยมิชอบ หรือผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามแล้ว ให้ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ต่อไป แต่กรณีเช่นนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ใดๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นที่ผ่านมาจนถึงเวลาที่มีคำสั่งห้ามการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้สร้างทฤษฎีเพื่อคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในกรณีดังกล่าวไว้ คือ ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริง (la théorie du fonctionnaire de fait) โดยยอมรับการกระทำทางปกครองใดๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต และในขณะเดียวกันสาธารณชนเองก็ไม่อาจทราบได้ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบ จึงสมควรถือว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นเสมือนเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย

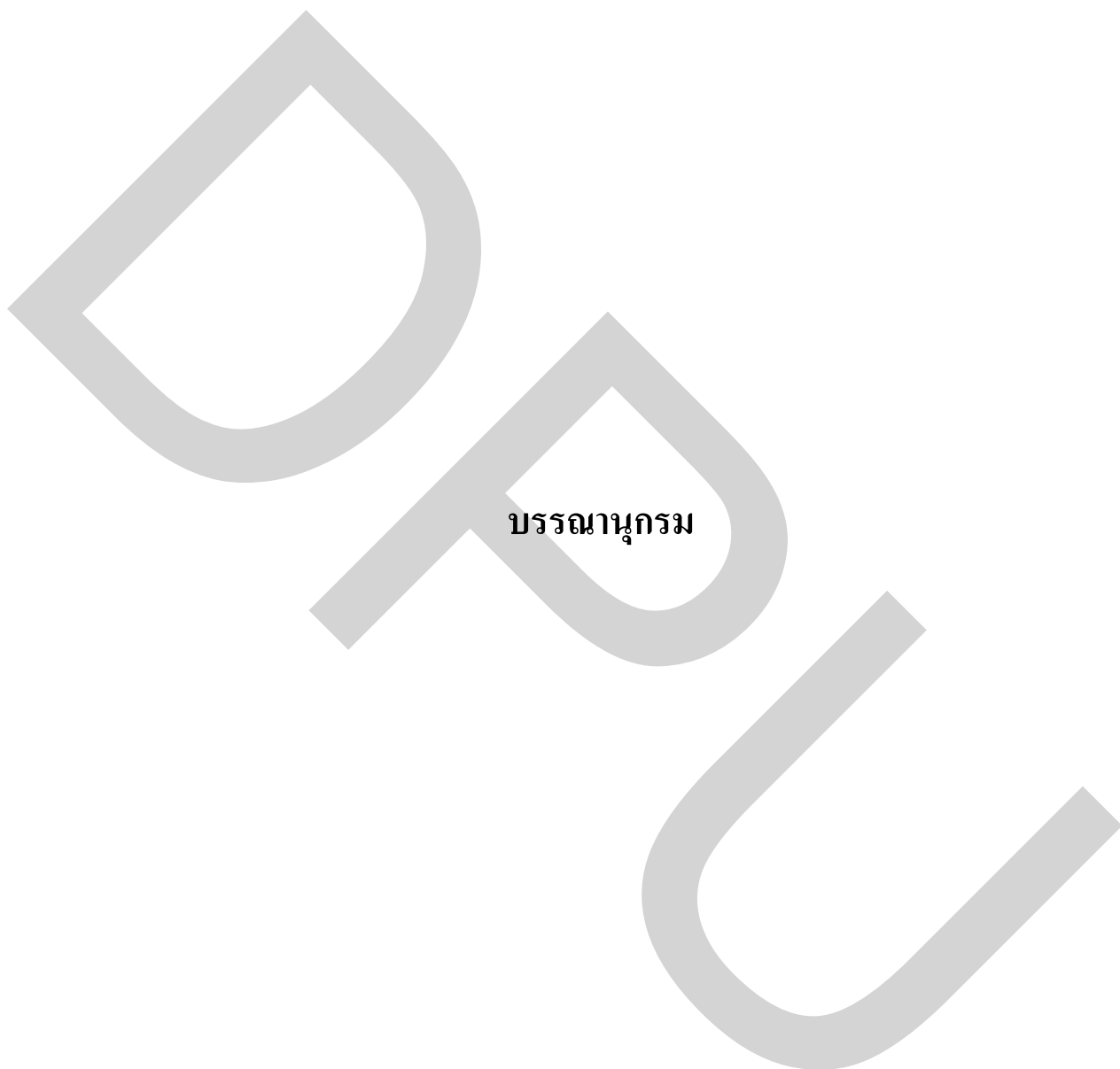
สำหรับในระบบกฎหมายไทยได้มีบทกฎหมายกลางที่บัญญัติคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 19 โดยกำหนดให้ แม้ปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวต้องพ้นจากตำแหน่งไป แต่การพ้นจากตำแหน่งเช่นนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่เจ้าหน้าที่ฝ่าย

ปกครองผู้นั้นได้ปฏิบัติไปแล้วก่อนหน้า ด้วยเหตุดังกล่าว คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นกระทำการจึงคงใช้ได้ต่อไป

5.4.2 กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พ้นจากตำแหน่งไปแล้วก่อนออกคำสั่งทางปกครอง
 โดยเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้พ้นจากตำแหน่งที่มีอำนาจกระทำการทางปกครองในเรื่องนั้นไปแล้ว แต่เนื่องจากยังไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งคนใหม่เข้ามาแทน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงคงทำหน้าที่ในตำแหน่งเดิมต่อไป โดยไม่มีบทกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรักษาการแต่อย่างใด ซึ่งหากพิจารณาตามข้อเท็จจริงแล้วจะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นกระทำการโดยปราศจากอำนาจ แต่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ยอมรับให้การกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายต่อไป โดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้สร้างทฤษฎีเพื่อคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ คือ ทฤษฎีว่าด้วยการรักษาการโดยปริยาย ซึ่งวางหลักให้เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพ้นจากตำแหน่งไปแล้ว และยังไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งคนใหม่เข้ามาแทน ให้ถือว่าผู้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าวยังคงมีอำนาจรักษาการในตำแหน่งเป็นการชั่วคราว (interim) จนกระทั่งผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งคนใหม่จะเข้าปฏิบัติหน้าที่แทน โดยการรักษาการนี้ไม่จำเป็นต้องมีบทกฎหมายกำหนดไว้ และไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งแต่งตั้งให้ผู้พ้นจากตำแหน่งรักษาการ การใดที่ผู้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าวได้กระทำไประหว่างรักษาการนี้ถือว่ามีผลบังคับตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ผู้รักษาการในกรณีนี้จะต้องใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นและมีอำนาจอย่างจำกัด โดยในการปฏิบัติหน้าที่นั้นจะไม่อาจสั่งการในเรื่องที่มีความสำคัญได้

ส่วนในระบบกฎหมายไทยก็มีแนวโน้มที่จะคุ้มครองผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วเช่นกัน โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้นำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับโดยเทียบเคียงกับกรณีที่บุคคลผู้สั่งการได้พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว และมีผลให้การกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วยังคงใช้บังคับได้ต่อไป

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าในระบบกฎหมายเยอรมันไม่ปรากฏหลักกฎหมายในเรื่องนี้ ซึ่งคาดว่าในการบริหารราชการแผ่นดินของเยอรมันได้มีการวางระบบงานไว้อย่างรัดกุม จึงทำให้ไม่ประสบปัญหาดังกล่าว



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2539). **สาระสำคัญและหลักกฎหมายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2544). **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2540). **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน ตัวแทนคำต่าง นายหน้า และจ้างทำของ (พิมพ์ครั้งที่ 4)**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์. (2540). **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: สื่อปัญญา.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2548). **คำอธิบายศัพท์กฎหมายมหาชน ฝรั่งเศส-ไทย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2548). **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2545). “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย.” **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. หน้า 1-119.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2538). **กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- _____. (2543). “การทบทวนและการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครอง.” **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์**. หน้า 235-260.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2544). **หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.
- ไพทิจิต เอกจรรย์. (2548). **ตัวแทน-นายหน้า (พิมพ์ครั้งที่ 7)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- มานิตย์ จุมปา. (2546). **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ฤทัย หงส์ศิริ. (2545). “นิติกรรมทางปกครอง.” **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. หน้า 173-361.

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2545). “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง.” ใน สมคิด เลิศไพฑูรย์. (บรรณาธิการ). *อาจารย์บูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์*. หน้า 164-186.
- _____. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2548). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2541). “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง.” ใน พนม เอี่ยมประยูร. (บรรณาธิการ). *รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. หน้า 39-67.
- _____. (2545). “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย.” *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*. หน้า 120-172.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- _____. (2545). *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.
- อิสสระ นิตินันท์ประภาส. (2525). *คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

บทความ

- กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2530, กันยายน). “องค์ประกอบของ“นิติกรรมทางปกครอง”ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” *นิติศาสตร์*, 17, 3. หน้า 35-48.
- _____. (2541, ธันวาคม). “ความพยายามในการนำแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยในภาพรวม.” *กฎหมายปกครอง*, 17, 3. หน้า 14-38.
- _____. (2548, เมษายน). “การดำเนินความคิดในการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง.” *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 23, 3. หน้า 23-29.
- บุบผา อัครพิมาน. (2548, มกราคม-เมษายน). “หลักกฎหมายทั่วไป.” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 5, 1. หน้า 1-26.

ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน). “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.”

นิติศาสตร์, 32, 2. หน้า 248-288.

พูนศักดิ์ ใสสารวจ. (2528, สิงหาคม). “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส.”

กฎหมายปกครอง, 4, 2. หน้า 269-308.

โกคิน พลกุล. (2527, ตุลาคม) “คดีปกครองในฝรั่งเศส (20).” อัยการ, 7, 82. หน้า 46-52.

_____. (2530, มีนาคม). “คดีปกครองในฝรั่งเศส (47).” อัยการ, 10, 111. หน้า 43-47.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549, มกราคม-เมษายน). “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.”

วารสารวิชาการศาลปกครอง, 6, 1. หน้า 38-52.

วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2537, กันยายน). “ศาลปกครอง กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ.” นิติศาสตร์, 24,

3. หน้า 569-582.

สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน). “การกระทำทางปกครอง.” นิติศาสตร์, 17, 3. หน้า 49-71.

เอกสารอื่นๆ

คณันท์ ชัยชนะ. (2548). “ความไม่ชอบด้วยกฎหมายและความเป็นโมฆะของของคำสั่งทางปกครองในระบบเยอรมัน.” เอกสารประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง กรมการขนส่งทางบกหรือการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการขนส่งโดยรถขนาดเล็กที่สิ้นอายุแล้ว.

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การดำเนินการของผู้มีอำนาจในส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่มีหุ้นอยู่ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของตน. (เรื่องเสร็จที่ 335/2546).

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การปฏิบัติงานของผู้อำนวยการองค์การสวนยางภายหลังจากที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว. (เรื่องเสร็จที่ 706/2548).

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ขอหารือเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง. (เรื่องเสร็จที่ 165/2547).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งข้าราชการเป็นผู้รักษาราชการแทนสรรพากรอำเภอ และการเบิกเบี้ยกัณฑ์. (เรื่องเสร็จที่ 477/2545).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมอบหมายให้ข้าราชการในกองปฏิบัติงานตามที่เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยามอบหมาย. (เรื่องเสร็จที่ 577/2547).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การออกคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตประกอบกิจการ
บรรจูก๊าซ. (เรื่องเสร็จที่ 628/2543).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ขอรื้อปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติ
กองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกร พ.ศ. 2542. (เรื่องเสร็จที่ 397/2548).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจหน้าที่ของผู้รักษาการในตำแหน่งและ
ผู้ปฏิบัติราชการแทนหัวหน้าสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัด. (เรื่องเสร็จที่ 78/2541).

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณย์. (2548). “แนวคิดเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองใน
ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.” เอกสารประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติ
ราชการทางปกครอง เรื่อง กรมการขนส่งทางบกหาหรือการเพิกถอนใบอนุญาต
ประกอบการขนส่งโดยรถยนต์เล็กที่สิ้นอายุแล้ว.

_____. (2548). “อำนาจรักษาการโดยปริยายของเจ้าหน้าที่ที่พ้นจากตำแหน่ง.” เอกสาร
ประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ขอรื้อ
เกี่ยวกับการปฏิบัติงานของผู้อำนวยการองค์การสวนยางภายหลังจากที่พ้นวาระการ
ดำรงตำแหน่งแล้ว.

วิทยานิพนธ์

จิราพร บุรินทรวานิช. (2548). **เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง: ศึกษากรณีขั้นตอน
ของการทำคำสั่งทางปกครอง.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์.
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จิรพงษ์ เกียรติธารกุล. (2543). **การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง.** วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). **หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง
ของไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ไพรัช โตสวัสดิ์. (2547). **การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของปฏิบัติการทางปกครอง.**
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อรรถวุฒิ สุวรรณมงคล. (2540). **หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

เอกพงษ์ ตั้งวิชาชาญ. (2548). **ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ และไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Brown, L. Neville and Garner, J. F. (1983). **French Administrative Law** (3 rd ed). London: Butterworths.

Maurer, Hartmut. (2002). **Allgemeines Verwaltungsrecht** (14 th ed). Munich: Kartoniert.

Rivero, Jean and Waline, Jean. (2000). **Droit Administratif** (18 th ed). Paris: Dalloz.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ปัญญา จันทร์สกุล

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2536

เนติบัณฑิตไทย สมัย 53

นักกฎหมายกฤษฎีกา 8 ว

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา