

บทที่ 2

เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และผลของความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

ในรัฐที่ยึดหลักการปกครองโดยกฎหมายนั้น การกระทำทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น เรียกร้องให้การกระทำใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจเอาไว้เสมอ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยขัดกับหลักการดังกล่าวนี้ การกระทำทางปกครองนั้นก็ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองนั้นถือเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง จึงย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองอื่นๆ ดังนั้นการออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องกระทำให้ถูกต้องตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด และนอกจากนี้คำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นจะต้องมีเนื้อหาที่ไม่ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นอีกด้วย หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นมิได้เป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดหรือพบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีเนื้อหาที่ขัดต่อกฎหมาย ก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่อง แต่การที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องไม่ได้ทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไปในทุกกรณี เนื่องจากคุณลักษณะพิเศษอย่างหนึ่งของคำสั่งทางปกครองที่ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากการกระทำทางปกครองในรูปแบบอื่นก็คือ การมีผลทางกฎหมายโดยไม่ต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมาย¹ โดยเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองจะมีผลผูกพันตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตามทันที โดยไม่ต้องคำนึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีที่เป็นความบกพร่องที่รุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัดถึงขนาดที่

¹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), น 98.

วิญญูชนจะวินิจฉัยได้เอง² คำสั่งทางปกครองนั้นจะตกเป็นโมฆะและผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น ความบกพร่องที่จะถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่ทราบว่าจะออกโดยหน่วยงานใด หรือกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นต้น

2.1 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง ซึ่งความบกพร่องนั้นจะส่งผลต่อคำสั่งทางปกครองในหลายลักษณะด้วยกัน แต่โดยปกติแล้วคำสั่งทางปกครองคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์หรือคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องนั้น จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจได้

การพิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น สามารถแบ่งการพิจารณาได้เป็นสองประการ ประการแรกพิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทางเนื้อหา และประการที่สองพิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทางรูปแบบ

2.1.1 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองพิจารณาในทางเนื้อหา

การพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหาคือการพิจารณาถึงตัวเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่าออกมาโดยสอดคล้องกับเงื่อนไขตามกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติไว้ หรือออกมาโดยสอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในบ้านเมืองหรือไม่

²H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (München 1980), อ้างถึงในกมลชัย รัตนสกาววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.168.

2.1.1.1 ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจ

การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้นั้น ก็จำเป็นต้องมีกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ประการแรกจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่ากฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ออกมาโดยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่³ โดยปกติแล้วกฎหมายที่เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองมักจะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ⁴ หากพระราชบัญญัติที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองออกมาโดยมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติฉบับนั้นก็ย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้ และเมื่อพระราชบัญญัติซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองไม่สามารถใช้บังคับได้แล้ว คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นก็ถือเสมือนว่าออกไปโดยที่ไม่มีกฎหมายซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจ คำสั่งทางปกครองนั้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถถูกเพิกถอนได้โดยองค์กรผู้ทรงอำนาจซึ่งอาจจะเป็นศาลปกครองหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้วแต่กรณี

2.1.1.2 ความมีอำนาจในการใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือดำเนินการ

ในการปฏิบัติภารกิจในทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมต้องมีเครื่องมือที่จะช่วยให้ภารกิจในทางปกครองนั้นสำเร็จลุล่วงไปอยู่หลายชนิดไม่ว่าจะเป็น คำสั่งทางปกครอง กฎ ปฏิบัติการทางปกครอง หรือสัญญาทางปกครอง โดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการปฏิบัติภารกิจในทางปกครองก็มักจะระบุโดยเฉพาะเจาะจงว่าฝ่ายปกครองจะต้องใช้เครื่องมือใดในการปฏิบัติภารกิจนั้น ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องให้เจ้าพนักงาน

³ มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” ในรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินติ้งเฮ้าส์, 2531), น. 195.

ท้องถิ่นมีอำนาจดำเนินการดังนี้ (1) มีคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงาน ผู้ดำเนินการปลูกจ้าง หรือบริวารของบุคคลดังกล่าว ระงับการกระทำดังกล่าว (2) มีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใด ๆ ของอาคารหรือบริเวณที่มีการกระทำดังกล่าว และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ อาคารหรือบริเวณดังกล่าว และ (3) พิจารณามีคำสั่งตามมาตรา 41 หรือมาตรา 42 แล้วแต่กรณี ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้มีคำสั่งตาม (1)⁵

ตามตัวอย่างที่ยกขึ้นมาจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายระบุให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ ดังนั้นในกรณีนี้ฝ่ายปกครองจะต้องใช้คำสั่งทางปกครองเท่านั้นเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ จะใช้ กฎ ระเบียบทางปกครอง หรือเครื่องมืออื่น ๆ ในการดำเนินการแทนไม่ได้ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้เครื่องมือใดในการดำเนินการ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องใช้เครื่องมือนั้นในการดำเนินการ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เครื่องมือผิดไปจากที่กฎหมายกำหนดก็จะทำให้การกระทำดังกล่าวนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

แต่ก็อาจมีบางกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการเรียกร้องให้เอกชนปฏิบัติแต่มีได้ระบุไปโดยเฉพาะเจาะจงว่าจะให้ฝ่ายปกครองใช้เครื่องมือใดในการดำเนินการ หากฝ่ายปกครองใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ คำสั่งทางปกครองนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้จะต้องพิจารณาถึงตัวกฎหมายที่กำหนดเอาไว้ หากพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้เอกชนต้องปฏิบัติและองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่มีอำนาจฝ่ายเดียวในการบังคับการให้เป็นไปตามหน้าที่นั้น ก็ต้องถือว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อมาบังคับการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายได้⁶

2.1.1.3 ความสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง

โดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง จึงย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าในการออกคำสั่งทางปกครองนอกจากที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบว่ามีกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่แล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

⁵มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522.

⁶วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น 159.

ยังจะต้องตรวจสอบด้วยว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปนั้นมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองหรือไม่ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองหมายถึงกฎหมายทุกลำดับชั้นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับรอง กฎหมายแม่บท หรือรัฐธรรมนูญก็ตาม⁷ และนอกจากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว คำสั่งทางปกครองยังต้องมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับกฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไปที่มีผลใช้บังคับในบ้านเมืองอีกด้วย⁸

2.1.1.4 ความถูกต้องของการใช้ดุลพินิจ

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว จะพบว่าบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านี้มีการกำหนดระดับความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อกฎหมายเอาไว้เป็นสองประเภทด้วยกัน

ประเภทแรกกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองมีการกำหนดระดับความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อกฎหมายเอาไว้อย่างเคร่งครัด เป็นการให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เป็นอำนาจผูกพัน (Mandatory Power) อำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ยกตัวอย่างเช่น เมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ¹⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแท้ที่จริงแล้วอำนาจผูกพันนั้นก็คือ หน้าที่ (Duty) นั่นเอง¹¹

⁷ เฟิงอ๋าง, น.160.

⁸ เฟิงอ๋าง, น.160.

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 4* , น.199.

¹⁰ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478.

¹¹ S.A de Smith, *Constitution and Administrative Law* ,2 ed (penguin Education ,1975),p.530, Zaim M. Nedjatigil, “Judicial Control of Administrative Discretion : A Comparative Study” , 14 The Anglo-American Law Review, No.2.97,97 (April-may 1985), อ้างถึงใน เอกบุญวงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534) น.20.

ประเภทที่สองกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองมีการกำหนดระดับความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อกฎหมายเอาไว้ในลักษณะที่ผ่อนคลายลงและเปิดโอกาสให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสเลือกปฏิบัติและตัดสินใจได้ด้วยตนเองในขอบเขตของกฎหมาย¹² ซึ่งเป็นการให้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เรียกว่าเป็น อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

ในกรณีที่ดุลพินิจปรากฏขึ้นในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายจะเรียกว่า ดุลพินิจตัดสินใจ โดยกฎหมายจะไม่ได้บัญญัติบังคับให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่เปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการ หรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำการก็สามารถเลือกการอันใดอันหนึ่งในบรรดาการหลายๆ ประการที่แตกต่างกันออกไป¹³ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการก่อสร้างตัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องหากเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้หรือเจ้าของอาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 41 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงานหรือผู้ดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน¹⁴

กรณีตามตัวอย่างจะเห็นได้ว่ากฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการที่จะเลือกว่าหากเกิดข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะเลือกที่ดำเนินการสั่งให้มีการรื้อถอนหรือไม่ก็ได้ และในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงใจจะสั่งให้มีการรื้อถอนก็ยังสามารถเลือกต่อไปอีกได้ว่าจะสั่งให้มีการรื้อถอนทั้งหมดหรือจะสั่งให้มีการรื้อถอนบางส่วนก็สามารถทำได้

นอกจากดุลพินิจที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายแล้ว ยังมีกรณีที่ถ้อยคำของกฎหมายในส่วนที่เป็นโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งได้มีการบัญญัติเอาไว้โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมาย

¹²วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 48.

¹³Emile Giraud, "Etude sur la notion du pouvoir discretionnaire", (Rev. Gén. d'Administration, 1924), p.194. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 4*, น.200.

¹⁴มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522.

ไม่เฉพาะเจาะจง โดยถ้อยคำหรือข้อความดังกล่าวนี้มักจะเป็นถ้อยคำหรือข้อความที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าบางประการ ซึ่งวิญญูชนอาจเห็นแตกต่างกันได้ว่าข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมนั้นอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำหรือข้อความนั้นหรือไม่¹⁵ เช่นคำว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ เป็นต้น ซึ่งการใช้ถ้อยคำเหล่านี้ในทางวิชาการยังมีการถกเถียงกันอยู่ว่าถือเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจ (ดุลพินิจวินิจฉัย) แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือไม่¹⁶

ในกรณีที่กฎหมายซึ่งเป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองบัญญัติในลักษณะที่เป็นกรณให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะต้องใช้ดุลพินิจให้ถูกต้อง ไม่ก้าวล่วงกรอบของกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้นการใช้ดุลพินิจจะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดระเบียบกฎเกณฑ์ต่างๆ ขึ้นใช้บังคับ ในการใช้ดุลพินิจฝ่ายปกครองย่อมต้องผูกพันตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้นด้วย และในที่สุดแล้วต้องเป็นการใช้ดุลพินิจมีเหตุผลไม่ใช่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ¹⁷

2.1.1.5 ความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหา

เนื่องจากมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติเอาไว้ว่า “คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้” ดังนั้นเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอีกประการหนึ่งก็คือ ความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหา ความชัดเจนแน่นอนเป็นลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครอง หลักความชัดเจนแน่นอนของคำสั่งทางปกครองหมายความว่า มาตรการต่างๆ ที่กำหนดหรือต้องระบุไว้ในคำสั่งทางปกครองจะต้องชัดเจนอย่างไม่มีข้อสงสัย¹⁸ ความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองในที่นี้พิจารณาจากสภาพของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง มิใช่ นำความรู้สึกของผู้

¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 54.

¹⁶ รายละเอียดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 4*, น. 201-203. วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 53-58. และเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 11*.

¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 159-160.

¹⁸ Kopp/Ramsaer, VwVfG, พิมพ์ครั้งที่ 7 ค.ศ. 2000, § 37 Rn.5ff. อ้างถึงใน เพ็ญศรี วงศ์เสวี, "บันทึก เรื่อง การให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน", *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, ปีที่ 4 ฉบับที่ 3, (กันยายน-ธันวาคม 2547), น.96.

ออกคำสั่งมาพิจารณา¹⁹ ดังนั้นในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนเพียงพอที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือบุคคลที่สามอ่านแล้วมีความเข้าใจว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์สิ่งใด²⁰ หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สามารถเข้าใจได้ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประสงค์ให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ย่อมถือได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นบกพร่องอย่างรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ²¹

2.1.1.6 ความสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุ (principle of proportionality) เป็นหลักที่ได้มีการรับรองเอาไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยหลักการดังกล่าวเรียกร้องให้การกระทำต่างๆ ของรัฐที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องกระทำอย่างเหมาะสม กล่าวคือ รัฐจะต้องเลือกใช้มาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐสัมฤทธิ์ผล และมาตรการนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อีกทั้งความเสียหายที่ประชาชนจะได้รับจากมาตรการดังกล่าวกับผลประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับจากการใช้มาตรการนั้นจะต้องได้ดุลยภาพซึ่งกันและกัน²² โดยสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุ นั้นประกอบด้วยหลักการย่อยสามหลักการด้วยกัน ได้แก่ (1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (2) หลักความจำเป็น (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ²³

¹⁹ Mahenda P Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective* , pp.78-79. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* , (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์,2540), น.193.

²⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.165.

²¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น 160.

²² ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550) ,น. 1.

²³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น 32-35.

ในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองได้ออกมาโดยสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาเป็นขั้นตอนดังนี้ ขั้นตอนหนึ่งคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความสัมฤทธิ์ผลเป็นหลักที่เรียกร้องว่ามาตรการที่องค์กรของรัฐกำหนดขึ้น อันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวบรรลุผลได้ ดังนั้นในกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน สิ่งของรัฐจะต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกก็คือ คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นจะสามารถทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นบรรลุผลได้หรือไม่ หากพิจารณาแล้วพบว่าการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลไปได้ คำสั่งทางปกครองนั้นต้องถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีเนื้อหาขัดแย้งกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

ขั้นตอนต่อมาเมื่อได้พิจารณาแล้วว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผลแล้ว รัฐยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักความจำเป็นหรือไม่ หลักความจำเป็นเป็นหลักที่เรียกร้องให้ในกรณีที่มีมาตรการหลายมาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลได้เช่นเดียวกัน รัฐจะต้องเลือกมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หากรัฐได้มีการออกคำสั่งทางปกครองออกไปโดยขัดกับหลักความจำเป็น คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ขั้นตอนสุดท้ายในการพิจารณาว่าความสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุของคำสั่งทางปกครอง ก็คือการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบหรือไม่ หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบเรียกร้องให้รัฐจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่จะต้องสูญเสียไปว่าอยู่ในภาวะที่สาธารณะจะเรียกร้องจากปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบให้ต้องยอมรับมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นได้หรือไม่ หากปรากฏว่าผลกระทบที่ปัจเจกชนจะได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวของฝ่ายปกครองรุนแรงเกินกว่าที่จะคาดหมายจากปัจเจกชนผู้นั้นได้ และผลกระทบหรือผลร้ายที่ปัจเจกชนได้รับเห็นได้ชัดว่ามีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่ได้รับ²⁴ มาตรการนั้นก็ถือว่าเป็นมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ ในกรณีมาตรการที่รัฐเลือกใช้คือคำสั่งทางปกครอง เมื่อคำสั่งทาง

²⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้าง, น 34.

ปกครองออกมาโดยขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.1.2 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบ

การพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนอกเหนือจากการพิจารณาถึงตัวเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาไปถึงกระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือที่เรียกกันว่าเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบด้วยว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์กระบวนการและรูปแบบในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น กำหนดขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์หลักสองประการได้แก่ ประการแรกเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น เรื่องการให้เหตุผล หลักเกณฑ์เรื่องความเป็นกลาง การรับฟังความทุกฝ่าย ประการที่สองเพื่อให้ฝ่ายปกครองอยู่ในสภาพหรือฐานะที่จะพิจารณาสั่งการได้ดี เช่น การกำหนดหน้าที่ให้ต้องหารือ หรือขอความเห็นชอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะมีผลให้ฝ่ายปกครองสั่งการโดยรู้ข้อเท็จจริงและตัดสินใจได้อย่างรอบคอบยิ่งขึ้นอันจะเป็นผลดีแก่ประชาชนด้วย²⁵

โดยปกติแล้วการที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบ ย่อมส่งผลให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำนองเดียวกับความบกพร่องหรือความผิดพลาดในทางเนื้อหา แต่อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของความบกพร่องในทางรูปแบบไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง แต่ความบกพร่องดังกล่าวก็ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง กฎหมายกำหนดแต่เพียงให้ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งขยายออกไปเป็นหนึ่งปีเท่านั้น

²⁵ ฤทัย หงส์ศิริ, “นิติกรรมทางปกครอง”, หนังสือคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2540), น.285.

2.1.2.1 อำนาจหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดย “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้น”²⁶ ดังนั้นการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในเบื้องต้นก็ต้องพิจารณาด้วยว่าการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่²⁷

โดยปกติกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งมักจะบัญญัติเอาไว้เสมอว่าจะให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใดเป็นผู้ที่มีอำนาจในเรื่องนั้น การที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใดย่อมหมายความว่ากฎหมายมีความไว้วางใจบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้นเป็นพิเศษว่าอยู่ในฐานะที่จะใช้ความรู้ ความสามารถตลอดจนประสบการณ์ในการพิจารณาทางปกครองได้ถูกต้องตามกฎหมายและอย่างเหมาะสมแก่กรณี ดังนั้นโดยหลักเจ้าหน้าที่จะต้องใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเอง จะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นกระทำการแทนมิได้ แต่ในบางครั้งกฎหมายอาจบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งเป็นจำนวนมากหากจะบังคับให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำการด้วยตนเองทุกกรณีอาจทำให้บริการสาธารณะขาดความต่อเนื่องหรือหยุดชะงักลงได้²⁸ กฎหมายจึงยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถมอบอำนาจให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นกระทำการแทนได้

การมอบอำนาจนั้นจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อปฏิบัติตามหลักเกณฑ์สามประการดังนี้ ประการแรกการมอบอำนาจจะต้องมีกฎหมายบัญญัติอนุญาตให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองสามารถมอบอำนาจให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นทำการพิจารณาทางปกครองแทนได้ ประการที่สองการมอบอำนาจจะต้องมอบอำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เนื่องจากโดย

²⁶มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

²⁷ในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจในเรื่องนั้น จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เรื่องเสรีจที 78/2541 บันทึกเรื่อง อำนาจหน้าที่ของผู้รักษาการในตำแหน่งและผู้ปฏิบัติราชการแทนหัวหน้าสำนักงานจัดรูปที่ดินจังหวัด)

²⁸วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง", หนังสือรวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2541, น. 46.

ปกติกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการมอบอำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นกระทำการแทนนั้น มักจะบัญญัติระบุตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะสามารถรับมอบอำนาจเอาไว้ด้วย ดังนั้นการมอบอำนาจจึงต้องมอบให้แก่ตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เท่านั้น หากปรากฏว่ามีการมอบอำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายไม่ได้ระบุเอาไว้ การมอบอำนาจนั้นก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประการที่สามการมอบอำนาจจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งอาจมีการบัญญัติไว้ในลักษณะที่ต่างกันออกไป เช่น ให้ทำเป็นหนังสือ ให้ทำเป็นคำสั่งและประกาศในราชกิจจานุเบกษา

กฎหมายที่บัญญัติอนุญาตให้มีการมอบอำนาจได้ กำหนดเจ้าหน้าที่ที่อาจรับมอบอำนาจได้และกำหนดแบบของการมอบอำนาจดังกล่าวข้างต้น อาจเป็นกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองก็ได้ หรือเป็นกฎหมายที่บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขของการมอบอำนาจทางปกครองของรัฐไว้เป็นการทั่วไปก็ได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 มาตรา 38 - 40 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 39 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 81 - 86 เป็นต้น²⁹

คำสั่งทางปกครองจะออกได้ก็แต่โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดและต้องทำในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งเท่านั้น คำสั่งทางปกครองที่ทำลงโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนที่ตนเองจะเข้ารับตำแหน่ง หรือหลังจากที่ตนพ้นจากตำแหน่งย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่แต่งตั้งให้บุคคลเข้าดำรงตำแหน่งเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นย่อมต้องพ้นจากตำแหน่งในภายหลัง ปัญหาจึงมีอยู่ว่าคำสั่งทางปกครองที่เขาได้ทำลงไปแล้วนั้นจะมีผลเป็นอย่างไร ในเรื่องนี้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีการบัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 19 ให้คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่ถูกกระทบกระเทือนเพราะเหตุดังกล่าว³⁰ ดังนั้นแม้คำสั่ง

²⁹ เฟิงอ้วง, น. 47.

³⁰ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 .

“ ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งการพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่”

ทางปกครองจะออกมาโดยเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ก็ยังถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์

คำสั่งทางปกครองนั้นโดยส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นในการพิจารณาเพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครอง ประชาชนจะต้องได้รับการพิจารณาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความเป็นกลางปราศจากอคติ การบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองต้องเป็นกลางนี้มีประโยชน์ต่ออย่างน้อยสามประการ คือ ประการแรก ประโยชน์ต่อคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองที่จะรับหลักประกันว่าเรื่องของตนเองจะได้รับ การพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ไม่มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้อง ประการที่สองประโยชน์ต่อหน่วยงานหรือ ฝ่ายปกครองเองที่จะได้รับหลักประกันว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีจะไม่สามารถเข้ามา ดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เอื้อประโยชน์แก่คู่กรณีได้ ประการที่สามประโยชน์ต่อตัวเจ้าหน้าที่ผู้มี อำนาจหน้าที่เองเพราะการที่กฎหมายห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีเหตุว่าอาจไม่เป็นกลางเข้ามาดำเนิน กระบวนการพิจารณาก็เท่ากับคุ้มครองป้องกันเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมิให้ต้องถูกสงสัยในความเป็นกลางนั่นเอง³¹ หลักการความเป็นกลางหรือหลักการไม่มีส่วนได้เสียนี้เป็นหลักการสากล ซึ่งได้มีการบัญญัติรับรอง เอาไว้ในหลายประเทศ ในกรณีของประเทศไทยได้มีการบัญญัติรับรองเอาไว้ในมาตรา 13 และมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ในมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติ ให้เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- 1) ผู้ที่เป็นคู่กรณีเอง
- 2) ผู้ที่มีความเกี่ยวพันเป็นญาติของคู่กรณี ซึ่งได้แก่ คู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี หรือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- 3) ผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี
- 4) ผู้ที่เป็นเจ้านี่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี
- 5) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีเจ้าหน้าที่พบว่าตนเองเป็นบุคคลที่มีลักษณะตามมาตรา 13 พระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือมีคู่กรณีคัดค้านว่าเจ้าหน้าที่มีส่วนได้เสีย เจ้าหน้าที่

³¹ Ule/Laubinger, S.123 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน ,2549), น. 70.

ผู้นั้นจะต้องหยุดการพิจารณาทำคำสั่งไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นชั้นหนึ่งให้ทราบ เพื่อบังคับบัญชาจะได้มีคำสั่งต่อไป³²

นอกจากเหตุที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย ตามมาตรา 13 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังมีเหตุอื่นที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองได้ด้วยความเป็นกลาง ยกตัวอย่างเช่น มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดในทางธุรกิจ เป็นคู่แข่งทางการค้ากับคู่กรณี กรณีดังกล่าวนี้ก็ได้ถูกบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 16 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกรณีดังกล่าวก็เช่นเดียวกับกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย ก็คือ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะพิจารณาเรื่องทางปกครองต่อไปอีกไม่ได้ ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งให้ทราบ³³

ในระบบกฎหมายเยอรมันก็มีหลักที่ถือกันมานานว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง (Die Verpflichtung zu einer unparteiischen Amtsführung) หลักการดังกล่าวนี้ปรากฏอย่างชัดเจนในรัฐบัญญัติว่าด้วยกรอบของกฎหมายข้าราชการ (BRRG) มาตรา 35 และมาตรา 36 ที่บัญญัติให้ข้าราชการต้องปฏิบัติตามตำแหน่งอย่างเป็นกลางและไม่ใช้ตำแหน่งเพื่อประโยชน์ของตน นอกจากนี้ยังปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการปกครองส่วนท้องถิ่นและกฎหมายอื่นที่กำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองด้วย รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองของหน่วยงานได้เนื่องจากมีส่วนได้เสียหรือมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางเอาไว้ในมาตรา 20 และมาตรา 21 โดยมาตรา 20 บัญญัติตัดบุคคลที่มีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองมิให้เข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณา ส่วนมาตรา 21 เป็นการบัญญัติห้ามมิให้บุคคลที่มีเหตุก่อให้เกิดความกังวลในความไม่เป็นกลาง (Besorgnis der Befangtheit) ดำเนินกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง

การดำเนินกระบวนการพิจารณาของหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 20 และมาตรา 21 คือการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจทางปกครอง ด้วยเหตุนี้การห้ามมิให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียหรือมีเหตุก่อให้เกิดความกังวลในความไม่เป็นกลางเข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองจึงไม่ได้หมายถึงการห้ามเฉพาะในขั้นตัดสินใจสั่งการ แต่หมายถึงการห้ามทุกขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่อาจส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจสั่งการ

³²มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

³³มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

อย่างไรก็ตามบุคคลที่ดำเนินการในขั้นตอนที่ไม่มีผลกระทบต่ออาการตัดสินใจ เช่น พนักงานขับรถ พนักงานส่งเอกสาร หรือเจ้าหน้าที่ที่ช่วยเหลืองานทางเทคนิค ไม่ถูกห้ามตามมาตรา 20 และ 21³⁴

ในสหรัฐอเมริกาหลักความไม่มีส่วนได้เสียได้เป็นหลักสำคัญที่สุดของหลักกฎหมายวิธีพิจารณาที่หลัก “due process of law”³⁵ เรียกร้อง และศาลสหรัฐอเมริกาเอาหลักทั้งสองนี้ไปใช้ในการควบคุมวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย ถึงแม้ว่าตัวบทกฎหมายปกครองจะไม่ได้บัญญัติเอาไว้ก็ตาม³⁶

2.1.2.2 กระบวนขั้นตอนในการออกคำสั่ง

ก. การริเริ่มใช้อำนาจ

การที่เจ้าหน้าที่จะริเริ่มใช้อำนาจในการพิจารณาทางปกครองนั้น อาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ ลักษณะแรกกฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการเริ่มกระบวนการพิจารณาได้เอง ลักษณะที่สองกฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเริ่มกระบวนการพิจารณาได้ก็ต่อเมื่อมีคำขอจากเอกชนหรือมีเจ้าหน้าที่อื่นเสนอแนะ

³⁴Kopp / Ramsauer, § 20 RdNr. 3. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ* ที่ 31, น. 70.

³⁵“due process of law “เป็นศัพท์ที่ถูกนำมาใช้ในความหมายเดียวกันกับ “the law of the land” ในปี ค.ศ. 1354 “due process of law “ เป็นที่เข้าใจและยอมรับกันว่าเป็นข้อเรียกร้องพื้นฐานที่สำคัญของหลักความยุติธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน หลักนี้ได้มีอิทธิพลเผยแพร่ไปยังประเทศอาณานิคมของประเทศอังกฤษควบคู่ไปกับหลักกฎหมาย Common law อื่นๆ แต่ Magna Carta 1215 ของอังกฤษเกิดมาจากการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ ในขณะที่ Bill of Rights ของสหรัฐอเมริกาจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองหรือรัฐบาล หลัก “due process of law” ได้ถูกนำมาใช้ในอเมริกาก่อนการปฏิวัติอเมริกา 1776 ซึ่งจะพบใน The Fundamental Constitution of East New Jersey (1683) และในมาตรา 8 ของ The Celebrated Virginia Declaration of Rights แนวความคิดมาตรา 39 Magna Carta 1215 ได้ถูกนำมาใช้ในตัวบทดังกล่าวเพื่อคุ้มครองเสรีภาพ สิทธิและทรัพย์สินของประชาชน

หลัก “due process of law” ของอเมริกามีบทบาทในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกระบวนการนิติบัญญัติ ตั้งแต่ปี 1880 โดยถือเป็นข้อเรียกร้องมาตรฐานขั้นต่ำในการบัญญัติกฎหมาย และได้พัฒนามาเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานทั่วไป การกระทำของรัฐทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นนิติบัญญัติ ตุลาการ ฝ่ายปกครองและปฏิบัติการของตำรวจต้องคำนึงถึงหลักการนี้.

³⁶กมลชัย รัตนสการวงศ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ* ที่ 20 , น.101.

โดยหลักทั่วไปแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะเริ่มพิจารณาเรื่องทางปกครองหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักการเริ่มกระบวนการพิจารณาตามดุลพินิจ (Opportunitätsprinzip)³⁷ แต่ก็อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การริเริ่มออกคำสั่งทางปกครอง จะทำได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอจากเอกชน หรือมีการเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อน ในกรณีของ คำสั่งทางปกครองที่จะต้องมีคำขอของเอกชนเสียก่อนองค์กรเจ้าหน้าที่จึงจะสามารถเริ่มพิจารณาทางปกครองได้นั้น โดยส่วนใหญ่จะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น การขอสัญชาติ การขอใบอนุญาตต่างๆ นอกจากกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะสามารถริเริ่มในการพิจารณาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอจากเอกชนมาแล้ว ในบางกรณี กฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะสามารถริเริ่มในการพิจารณาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมี คำเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่น คำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเริ่มพิจารณาได้ ต่อเมื่อมีคำเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่น ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งถอนสัญชาติ

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกไปโดยไม่มีคำร้องขอจากเอกชนหรือคำเสนอแนะจาก เจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความ บกพร่อง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถถูกองค์กรผู้ทรงอำนาจเพิกถอนได้ อย่างไรก็ดีตามในกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกไปโดยไม่มีคำร้องขอจากเอกชนนั้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการยื่นคำขอในภายหลังก็ถือว่าความบกพร่องนั้น หดไป และมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์³⁸

ข. การพิจารณา

เมื่อผ่านขั้นตอนการริเริ่มใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ในขั้นตอนต่อไป ก็จะเข้าสู่ขั้นตอนการพิจารณาขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งในขั้นตอนนี้มีกระบวนการที่สำคัญดังนี้

ข.1 การปรึกษาหารือ

ในการออกคำสั่งทางปกครองบางประเภทกฎหมายอาจกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือขององค์กรอื่นเสียก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้

³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 31*, น. 51.

³⁸ มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

เหตุที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อประโยชน์สองประการด้วยกัน³⁹ ประการแรกก็คือ เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และประการที่สองเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

เมื่อกฎหมายกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองแล้ว กฎหมายย่อมต้องกำหนดตัวองค์กรที่จะเป็นผู้ให้คำปรึกษาหรือที่เรียกกันว่าองค์กรที่ปรึกษาเอาไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายฉบับนั้นด้วย โดยองค์กรที่ปรึกษาอาจมีลักษณะเป็นองค์กรเดี่ยว หรืออยู่ในลักษณะขององค์กรกลุ่มก็ได้ ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับอาจกำหนดลักษณะความผูกพันต่อคำปรึกษาหารือในลักษณะที่แตกต่างกันออกไปโดยอาจแบ่งได้ดังนี้⁴⁰

กรณีที่หนึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป (avis conforme) โดยเมื่อองค์กรที่ปรึกษามีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองไปตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษานั้นโดยจะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ การไม่ปฏิบัติตามคำปรึกษาหารือย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่สองกฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือแต่ไม่ต้องถือตามความเห็นที่องค์กรที่ปรึกษาให้ (avis simple) กรณีนี้กฎหมายบังคับว่าต้องปรึกษาหารือแต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้วจะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าได้ออกคำสั่งทางปกครองไปก่อนโดยที่ไม่ได้มีการปรึกษาหารือ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่สามกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องปรึกษาหารือ ดังนั้นฝ่ายปกครองจะหารือหรือไม่ก็ได้ (avis facultatif) และถ้าได้ปรึกษาหารือไปแล้วจะถือตามความเห็นขององค์กรที่ได้ปรึกษาหารือไปหรือไม่ก็ได้เช่นกัน ซึ่งในกรณีนี้หากเจ้าหน้าที่ผู้สั่งการได้ปรึกษาหารือและสั่งการตามความเห็น

³⁹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพ : 2538), น. 53.

⁴⁰ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 32 ฉบับที่ 2, (มิถุนายน 2549), น.265.

ขององค์กรที่ปรึกษาโดยให้เหตุผลว่าตนจำเป็นต้องออกคำสั่งไปเช่นนั้นเนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ต้องผูกพันตามคำปรึกษาหารือนั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข.2 การรับฟังคู่กรณี

หลักการรับฟังคู่กรณี (Audi Alteram Partem) เป็นหลักการคุ้มครองคู่กรณีหรือผู้ที่ถูกกระทบสิทธิให้มีโอกาสที่จะแสดงหลักฐานและความคิดเห็นโต้แย้งข้อเท็จจริงที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนได้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการย่อยของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice)⁴¹ ในรัฐที่ยึดถือหลักนิติรัฐในการปกครองประเทศโดยเฉพาะประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปนั้น หลักการรับฟังคู่กรณีถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาลอย่างเคร่งครัดในทุกกรณี ส่วนในขั้นตอนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองนั้นกฎหมายก็กำหนดให้นำหลักการรับฟังคู่กรณีนี้มาใช้ด้วยเพียงแต่ไม่ได้กำหนดให้นำมาใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองในทุกกรณี⁴²

สำหรับการนำหลักการรับฟังคู่กรณีมาใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในประเทศไทยนั้น ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติเอาไว้ว่า

⁴¹หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ประกอบด้วยหลักปราศจากอคติ (Rule Against Bias) ซึ่งห้ามเจ้าหน้าที่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ตนพิจารณา และหลักการรับฟังทุกฝ่าย (Audi Alteram Partem) ซึ่งกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับฟังคู่กรณีทุกคนทุกครั้งก่อนที่จะพิจารณาสั่งการที่มีผลทำให้เขาเสียสิทธิ (ณรงค์ สุขโสมชิต , "การปรึกษาหารือประชาชนในระบบกฎหมายอังกฤษ (Public Consultation in English Legal System)", วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 23 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2547), น.111.

⁴²สำนักงานศาลปกครอง, คดีปกครองเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท, (กรุงเทพมหานคร: ชุมทองอุตสาหกรรมและการพิมพ์, 2546), น.135-136 และ Hanns Peter Nehl, Principles of Administrative Procedure in EC Law, (OR: Hart Publishing, 1999), pp. 70 - 71 อ้างถึงใน วิษณุชัย ธรรมประดิษฐ์, "การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), น. 104.

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั่นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ให้โอกาสตามวรรคหนึ่ง ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในวรรคแรกของมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แล้ว ก็จะพบว่ากฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่จะต้องรับฟังคู่กรณีในกรณีที่ที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีเท่านั้น ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คู่กรณีมีหน้าที่ต้องกระทำการ ละเว้นกระทำการ คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการตัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิของคู่กรณี คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาวะ หรือแม้แต่คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี⁴³ แล้วแต่ต่อมาถูกยกเลิกเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิของคู่กรณีให้แย้ง⁴⁴

สิทธิในการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 สามารถแบ่งออกได้เป็นสิทธิสองประการด้วยกัน ประการแรกสิทธิของคู่กรณี

⁴³ คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น คำสั่งให้ทุนการศึกษา คำสั่งรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี ดังนั้นแม้ก่อนออกคำสั่งเจ้าหน้าที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณี คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 31*, น.62.

ในการที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และประการที่สองสิทธิของคู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ประการแรกสิทธิของคู่กรณีในการที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ เป็นสิทธิที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง การกำหนดให้สิทธิคู่กรณีที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง ก็เพื่อให้คู่กรณีได้รับทราบว่าข้อเท็จจริงใดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเหตุในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง หากพบว่าข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองนำมาเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งนั้นไม่ถูกต้อง คู่กรณีก็สามารถโต้แย้งได้ นอกจากนี้การกำหนดให้สิทธิคู่กรณีที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง ยังทำให้คู่กรณีสามารถแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนได้ถูกต้องและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้นอีกด้วย ส่วนข้อเท็จจริงที่คู่กรณีมีสิทธิรับทราบหมายถึงข้อเท็จจริงสำคัญที่เจ้าหน้าที่จะใช้เป็นเหตุผลในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่ข้อเท็จจริงปลีกย่อยที่ไม่เกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง⁴⁵ และในการแจ้งข้อเท็จจริงเจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าก่อนและให้เวลาแก่คู่กรณีตามสมควรในการชี้แจงแสดงพยานหลักฐานของตนหักล้างข้อเท็จจริง การแจ้งข้อเท็จจริงและการกำหนดให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานหักล้างข้อเท็จจริงในทันทีหรือในเวลาที่เหมาะสมได้ชัดว่าไม่อาจเตรียมตัวได้ทันย่อมถือเท่ากับว่า เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้สิทธิแก่คู่กรณี การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองและอาจทำให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบได้ แต่หากปรากฏว่ามีกรณีเข้าข้อยกเว้นตามวรรคสองของมาตรา 30 (1) ถึง (6) แล้วถือเป็นข้อยกเว้นที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งข้อเท็จจริงใดๆ ให้คู่กรณีทราบ และหากปรากฏกรณีตามวรรคท้ายของมาตรา 30 แล้ว กฎหมายห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจแจ้งข้อเท็จจริงใดๆ ให้แก่คู่กรณีทราบเลย ถ้าจะก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ⁴⁶

ประการที่สอง สิทธิของคู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน (Right to Object and Present Evidence) สิทธิประการนี้หมายถึง สิทธิที่คู่กรณีจะต้องได้รับโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอย่างเต็มที่ก่อนการ

⁴⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 176.

⁴⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เจริญธรรมที่ 1, น. 177.

ตัดสินใจทำคำสั่งทางปกครอง⁴⁷ โดยปกติแล้วในการออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีดุลพินิจในการที่จะตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมของเรื่องนั้นๆ โดยไม่ผูกพันกับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี⁴⁸ แต่เพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยสำคัญผิดในทางข้อเท็จจริง⁴⁹ เจ้าหน้าที่จึงต้องให้สิทธิแก่คู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้

วิธีการรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น สามารถแบ่งได้เป็นสองวิธี โดยใช้จำนวนของบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองเป็นเกณฑ์วิธีแรก ได้แก่การรับฟังกรณีคำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนน้อย ส่วนวิธีที่สองได้แก่การรับฟังกรณีคำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมาก หรือที่เรียกว่าการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing)

กรณีการรับฟังกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนน้อย คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนน้อยคือ คำสั่งทางปกครองที่เมื่อเจ้าหน้าที่พิจารณาออกคำสั่งไปแล้ว จะมีผลกระทบจำกัดเฉพาะต่อผู้ยื่นคำขอ ผู้คัดค้านคำขอ ผู้ที่อยู่หรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง รวมถึงตลอดถึงผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ด้วยเท่านั้น⁵⁰ การรับฟังในกรณีนี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงวิธีและรูปแบบของการรับฟังเอาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นการกำหนดรูปแบบการรับฟังคู่กรณีจึงเป็นดุลพินิจของหน่วยงาน

⁴⁷G.ISAAC,La procédure administrative non contentieuse, 1968 ,p 402.อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา , “กระบวนการต่อสู้โต้แย้ง ตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.,รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ . กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินติ้งเฮ้าส์ , 2531).น.215.

⁴⁸มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

⁴⁹M. MORISOT, "La résolution n°(77) 31 du Conseil de l'Europe sur la protection de l'individu au regard des actes de l'administration " in EDCE.' 1978-1979'p.46 et suiv, เพิ่งอ้าง .น.212.

⁵⁰จิราพร บุรินทรวานิช , "เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง : ศึกษากรณีขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครอง", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548) ,น.62.

ซึ่งหน่วยงานก็อาจกำหนดให้คู่กรณีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานด้วยวาจาหรือแถลงเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁵¹

กรณีการรับฟังกรณีที่กำลังทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมากหรือที่เรียกว่าการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing) สิทธิที่จะได้รับการรับฟังในกรณีนี้ได้ถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้บัญญัติถึงเรื่องการเข้าร่วมกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้ในมาตรา 57 โดยได้กำหนดให้ ในกรณีที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ แต่ในปัจจุบันยังมิได้มีการตรากฎหมายมารองรับบทบัญญัติดังกล่าว การจัดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจึงยังคงต้องนำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 มาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำประชาพิจารณ์ สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายที่บัญญัติให้มีการรับฟังความเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์อย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมอยู่ 3 ฉบับ⁵² ได้แก่ พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2517 และพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 โดยกฎหมายทั้งสามฉบับมิได้กำหนดถึงกระบวนการและขั้นตอนในการรับฟังความเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์เอาไว้ ดังนั้น จึงต้องนำเอาหลักเกณฑ์และกระบวนการรับฟังความเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์ ตามที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 กำหนดไว้มาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำประชาพิจารณ์

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกไปโดยไม่มีการรับฟังคู่กรณี และไม่ปรากฏว่าเป็นกรณี que เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

⁵¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 31*, น.113.

⁵² จีราพร บุรินทร์วานิช, อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 50*, น. 63.

คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสามารถถูกองค์กรผู้ทรงอำนาจเพิกถอนได้⁵³

ค การให้ความเห็นชอบ

คำสั่งทางปกครองบางประเภทอาจอยู่ในบังคับของกฎหมายหลายฉบับ หรือมีความเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ในหลายหน่วยงาน ซึ่งการจะกำหนดให้คู่กรณีต้องขออนุญาตจากทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว อาจก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่คู่กรณีเกินความจำเป็น หรือเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีความสำคัญ มีความสลับซับซ้อน หรือเป็นเรื่องทางเทคนิคโดยแท้ เช่น การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับโครงการที่มีมูลค่าการลงทุนสูง การแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง กฎหมายอาจวางข้อกำหนดให้เจ้าหน้าที่จะต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อน จึงจะออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ การออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้มีการขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการหรือรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถถูกแก้ไขเยียวยาให้กลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้โดย มาตรา 41 (4)⁵⁴ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดให้หากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง แล้วปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบ หากเจ้าหน้าที่ได้ขอความเห็นชอบในภายหลัง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะกลับเป็นคำสั่งทางปกครอง

⁵³ศาลปกครองกลางที่ 679/2547 สรุปได้ว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบและแก้ไขข้อกล่าวหาซึ่งจัดขึ้นหลังจากวันที่ได้มีการออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากการเป็นลูกจ้างชั่วคราวทำหน้าที่ครูพิเศษ เห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองมิได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนเพื่อแก้ไขข้อกล่าวหา นั้น การออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้

⁵⁴มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

๑.๓๓

๑.๓๓

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

2.1.2.3. ระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครอง

เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบอีกประการหนึ่งก็คือ ระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครอง หมายถึง ช่วงเวลาที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการพิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองตั้งแต่การเตรียมการ การดำเนินการ จนถึงการทำคำสั่งทางปกครองเสร็จสิ้น ในกรณีกฎหมายซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองเอาไว้ เช่น ให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาอุทธรณ์ของเอกชนซึ่งอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์⁵⁵ เจ้าหน้าที่ก็มีหน้าที่จะต้องพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองไม่แล้วเสร็จตามกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายฉบับเดียวกันนั้นก็อาจจะบัญญัติให้มีผลในลักษณะต่างๆ กันออกไป เช่น กฎหมายอาจกำหนดให้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่พิจารณาคำสั่งทางปกครองไม่แล้วเสร็จตามกำหนดเวลาให้ถือว่า เจ้าหน้าที่ได้พิจารณารับคำขอของคู่กรณี⁵⁶ หรือกฎหมายอาจจะกำหนดว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา ให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ปฏิเสธคำขอของคู่กรณี

ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ แล้วเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองโดยไม่เป็นไปตามกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ผลในทางกฎหมายอาจเป็นไปได้ในสองลักษณะขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการกำหนดระยะเวลาของกฎหมายฉบับนั้น

กรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองเอาไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของราษฎรโดยเฉพาะ ระยะเวลานั้นก็ถือเป็นระยะเวลาที่กฎหมายมุ่งให้มีสภาพบังคับ (Mandatory Delay) หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเมื่อพ้นระยะเวลา

⁵⁵ มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 .

⁵⁶ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535

“การพิจารณาคำขออนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้มีอำนาจอนุญาตจะต้องดำเนินการพิจารณาและแจ้งผลการพิจารณาคำขอให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในหกสิบวันนับแต่วันได้รับคำขออนุญาต และถ้ามิได้แจ้งผลการพิจารณาคำขอให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าผู้มีอำนาจอนุญาตมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอและต้องออกไปอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอนั้น”

ดังกล่าว ก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่กรณีอาจจะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้

กรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองเพื่อเร่งรัดการปฏิบัติราชการ ไม่ได้เป็นระยะเวลาที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งอาจเรียกได้ว่าระยะเวลาที่ไม่มีสภาพบังคับ (Directory Delay) หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าว ก็ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นยังถือว่าเป็นผลสมบูรณ์ แต่หากความล่าช้าในการพิจารณาแล้วทำให้เกิดความเสียหาย เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองอาจจะต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ หรืออาจต้องรับผิดทางวินัย ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

นอกจากนี้หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ละเลยไม่ทำคำสั่งทางปกครอง จนกระทั่งเลยกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเอาไว้แล้ว และก็เป็นกรณีที่กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดผลของการไม่ทำคำสั่งทางปกครองเอาไว้ ในกรณีนี้คู่กรณีอาจฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครอง โดยถือเป็นกรณีตามมาตรา 9 (2) เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร เพื่อให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองให้

2.1.2.4 แบบของคำสั่งทางปกครอง

มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองบัญญัติ ถึงเรื่องแบบของคำสั่งทางปกครองเอาไว้ว่า

“คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้”

จึงอาจสรุปได้ว่าในการทำคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นไปตามหลักเสรีภาพของเจ้าหน้าที่ในการเลือกแบบของคำสั่งทางปกครอง⁵⁷ ถือเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการกำหนดหรือวางรูปแบบคำสั่งทางปกครองในรูปแบบใดก็ได้ ดังนั้นคำสั่งทางปกครองเพียงแต่มีข้อความหรือการสื่อความหมายในลักษณะที่เข้าใจได้ก็เพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตามก็ต้องพิจารณาถึงกฎหมายเฉพาะด้วยว่าได้กำหนดแบบในการออกคำสั่งทางปกครองเอาไว้เป็นอย่างไร ซึ่งถ้าเป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้เจ้าหน้าที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ แล้วปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองโดยวาจา หรือโดยรูปแบบอื่น ย่อมถือเป็นการขัดต่อกฎหมาย

⁵⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 146.

อย่างชัดแจ้ง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นโมฆะ⁵⁸ แต่หากกฎหมายเฉพาะไม่ได้มีการกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็สามารถเลือกออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ โดยวาจา หรือจะโดยการสื่อความหมายในแบบอื่นที่สามารถเข้าใจอย่างไรก็ได้ ขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจอันเป็นความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่นั่นเอง⁵⁹

ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่เป็นหนังสือเท่านั้น กฎหมายอาจจะกำหนดรูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่จะออกเป็นหนังสือด้วยว่าจะต้องประกอบไปด้วยรายละเอียดอย่างไรบ้าง ถ้าในกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดรูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือเอาไว้ รูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือก็ต้องเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ในมาตรา 36 ซึ่งจะต้องประกอบด้วย รายการที่หนึ่ง วัน เดือน ปี ที่ออกคำสั่งทางปกครอง รายการที่สอง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น การกำหนดให้ต้องระบุชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็เพื่อความสะดวกในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้ต้องอุทธรณ์ไปยังเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง⁶⁰ รายการที่สาม ลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง การกำหนดให้มีการลงลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็เพื่อเป็นการตรวจสอบเบื้องต้นว่า คำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างแท้จริง ไม่ได้มีการปลอมแปลงคำสั่งทางปกครองขึ้นมา อย่างไรก็ตามอย่างไรก็ดีรายการเหล่านี้ อาจมีการยกเว้นไม่ต้องมีการระบุรายการใดในคำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือก็ได้ โดยการออกเป็นกฎกระทรวงมายกเว้นแต่ถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการตรากฎกระทรวงในลักษณะดังกล่าวออกมา

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เลือกที่จะออกคำสั่งทางปกครองเป็นวาจา ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถร้องขอให้เจ้าหน้าที่ยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือได้⁶¹ ซึ่งกรณีนี้เป็นเพียงการทำ

⁵⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: วิจารณ์สารพิมพ์, 2540), น.193. และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 120.

⁵⁹ Hartmut Maurer, Droit administratif allemande (traduit par Michel Fromont, 1995), p. 245, อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, เพิ่งอ้าง, น.192.

⁶⁰ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539.

⁶¹ มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539.

หนังสือยืนยันคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปโดยวาทะนั้นไม่ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองใหม่แต่อย่างใด ดังนั้นคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงมีผลนับตั้งแต่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยวาทแล้ว มิใช่ถือว่ามีผลเมื่อได้รับการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือแต่อย่างใด นอกจากการออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือและโดยวาทแล้ว คำสั่งทางทางปกครองยังอาจปรากฏในรูปแบบอื่นได้อีก เช่น การใช้สัญลักษณ์ต่าง การใช้เครื่องหมายไฟจราจร เป็นต้น

2.1.2.5 การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

ในนิติรัฐการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองไปมีผลกระทบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุมีผล มิใช่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยอำเภอใจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้นจึงได้มีการสร้างหลักการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองขึ้น เพื่อกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องแสดงเหตุผลประกอบในกรณีที่จะออกคำสั่งทางปกครองไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งการสร้างหลักการดังกล่าวนี้ขึ้นย่อมส่งผลทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความระมัดระวังในการพิจารณาข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองมากขึ้น และหากพิจารณาในแง่ของผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว การกำหนดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองย่อมทำให้ง่ายต่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการแสดงเหตุผลนี้จะทำให้คู่กรณีสามารถทราบได้ว่าตนได้รับการปฏิบัติโดยถูกต้องหรือไม่ และจะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาทบทวนในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อไป⁶²

ก. หลักเกณฑ์ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

เนื่องจากหลักการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองปกครองเป็นหลักการสำคัญที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในนานาอารยประเทศก็ได้มีการนำหลักการดังกล่าวนี้เข้ามาใช้ในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่แตกต่างกัน

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น มีหลักอยู่ว่าในการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครอง ไม่จำเป็นจะต้องแสดงเหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง ยกเว้นแต่กรณีตามที่รัฐบัญญัติว่าด้วยการแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการลงวันที่ 11 กรกฎาคม 1979 กำหนดเอาไว้

⁶² เฟิงอ๋าง, น.195.

ว่า หากเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวซึ่งมีผลเฉพาะเจาะจง (คำสั่งทางปกครอง) ที่ไม่เป็นคุณ (dègles générales) จะต้องมี การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองซึ่งอาจจำแนกได้ดังนี้

(1) บรรดาคำสั่งทางปกครองที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ (libertés publiques) หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่ามาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการเคลื่อนไหว เสรีภาพในทางศาสนา สิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารของรัฐ รวมตลอดถึงเสรีภาพขององค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น (ข้อกำหนด หรือการปฏิเสธที่ออกโดยผู้มีอำนาจกำกับดูแล) ดังที่แจกแจงไว้โดยระเบียบภายในลงวันที่ 31 สิงหาคม 1979

(2) คำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัย คำสั่งที่ลงโทษทางภาษี คำสั่งลงโทษทางปกครองแก่ผู้ใช้บริการสาธารณะ การลงโทษปรับทางปกครอง และมาตรการทางปกครองอื่นๆ เช่น การสั่งปิดหน่วยงาน เป็นต้น

(3) คำสั่งทางปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นการอนุญาตโดยมีเงื่อนไขที่จำกัด หรือที่บังคับให้ยอมรับภาระจำยอมบางประการ เช่น ข้อกำหนดหน้าที่ หรือข้อห้ามซึ่งออกใช้บังคับแก่บุคคลบางคน ทั้งนี้เพื่อปกป้องสุขภาพ ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินในส่วนของที่เกี่ยวกับทรัพย์สินก็ เช่น การเกณฑ์เอาทรัพย์สินและการเข้าครอบครองชั่วคราว

(4) คำสั่งทางปกครองซึ่งมีผลเป็นการเพิกถอน หรือยกเว้นคำสั่งทางปกครองก่อนหน้านั้นซึ่งมีลักษณะเป็นการให้สิทธิ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตต่างๆ การยกเลิกความยินยอม

(5) บรรดาคำสั่งทางปกครองซึ่งตัดสิทธิของบุคคลอื่นอันเนื่องมาจากอายุความ หรือการที่ไม่ได้ใช้สิทธิในกำหนดเวลา

(6) คำสั่งทางปกครองซึ่งมีเนื้อหาเป็นการปฏิเสธการให้ประโยชน์แก่บุคคลซึ่งตามที่ควรจะเป็นแล้วเจ้าหน้าที่มีหน้าที่จะต้องกำหนดให้ อันเนื่องมาจากการที่ผู้นั้นได้ดำเนินการครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว⁶³

ส่วนในประเทศเยอรมัน หลักเกณฑ์การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเป็นไปตามที่ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 39 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (VwVfG) ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องแสดงเหตุผลในเชิงรูปแบบ โดยมาตรา 39 วรรคหนึ่งกำหนดให้ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ หรือโดยรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์หรือยืนยันคำสั่งทางปกครองที่

⁶³พนม เอี่ยมประยูร, “การแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง (Motivation) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539” รวมบทความกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541), น.98.

ออกโดยวาจาเป็นหนังสือ หรือโดยรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีการแสดงผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง โดยการแสดงผลนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ⁶⁴ แม้กฎหมายจะกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องแสดงผลประกอบการคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ก็มีหลายกรณีที่กฎหมายยกเว้นให้ไม่ต้องแสดงผลประกอบการคำสั่งทางปกครอง เช่น กรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นไปตามคำขอของผู้ยื่นคำขอทุกประการ กรณีที่เหตุผลเป็นที่รู้จักกันอยู่แล้วหรือปรากฏในกระทรวงแล้ว กรณีที่มีการปิดประกาศคำสั่งทั่วไปโดยเปิดเผยแล้ว หรือกรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองคราวละจำนวนมากโดยอาศัยเครื่องอัตโนมัติ เป็นต้น⁶⁵

ในประเทศไทยนั้นหากเป็นกรณีที่มีได้มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติถึงเรื่องการแสดงผลประกอบการคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายเฉพาะบัญญัติถึงแต่มีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการในลักษณะที่ต่ำกว่าที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดเอาไว้แล้ว การแสดงผลประกอบการคำสั่งทางปกครองของไทยย่อมจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁶⁶ ซึ่งกำหนดให้ในการแสดงผลประกอบการคำสั่งทาง

⁶⁴ เพ็ญศรี วงศ์เสรี, "บันทึกเรื่อง การให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน", วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 4 ฉบับที่ 3 (กันยายน – ธันวาคม 2547), น.100.

⁶⁵ กมลชัย รัตนสการวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น.160

⁶⁶ มาตรา 37 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

1. ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ
2. ข้อกฎหมายที่อ้างอิง
3. ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

1. เป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น
2. เหตุผลนั้นเป็นที่รู้จักกันอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก
3. เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32

4. เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วนแต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

ปกครองจะต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อพิจารณา และสนับสนุนการใช้ดุลพินิจ

ในส่วนของหลักเกณฑ์ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองนั้น เมื่อได้มีการพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตลอดทั้งมาตราแล้ว ก็พบว่าบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีความไม่ชัดเจนว่าคำสั่งทางปกครองในกรณีใดบ้างที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง และผลของการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดจะเป็นอย่างไร⁶⁷

อย่างไรก็ดีก็อาจสรุปได้ว่าในกรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือ หรือเป็นกรณีการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ เจ้าหน้าที่ที่จะต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองด้วย หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเอาไว้หรือแสดงไว้แต่ไม่ครบถ้วน คำสั่งทางปกครองนั้นก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าเจ้าหน้าที่ได้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองมาในภายหลัง คำสั่งทางปกครองนั้นก็จักกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้⁶⁸

ข. ข้อยกเว้นของการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

ในมาตรา 37 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้บัญญัติถึงกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง กรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลอื่น ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลตรงตามคำขอของคู่กรณีทุกประการ หากเป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอเพียงบางประการก็ไม่ถือว่าเป็นกรณีตามข้อยกเว้นนี้ และนอกจากนี้เมื่อพิจารณาผลกระทบที่มีต่อบุคคลที่สามแล้ว จะต้องไม่ปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวกระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่สามแต่อย่างใด

⁶⁷รายละเอียดในเรื่องนี้ ได้มีการอธิบายไว้ในบทที่ 3 ในหัวข้อ 3.3.2.2 การแสดงเหตุผลภายหลัง

⁶⁸มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ประการที่สอง กรณีที่เหตุผลที่เป็นที่รู้กันอยู่แล้ว กรณีตามข้อยกเว้นประการที่สองนี้เป็นกรณีที่คู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแจ้งเหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครองอีก เหตุที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้กระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นไปอย่างสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น แต่เนื่องจากบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นข้อยกเว้นในการใช้บังคับจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด

ประการที่สาม เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ข้อยกเว้นในเรื่องนี้เป็นการนำเอาหลักการปฏิเสธสิทธิของคู่กรณีในการขอตรวจเอกสารมาใช้กับการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามเป็นความลับนั้นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้กำหนดไว้ด้วยเหตุนี้จึงเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีประกอบ ทั้งนี้โดยมีแนวทางการใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา 15 หนึ่ง มีข้อสังเกตว่าระบบกฎหมายไทยให้การคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ไว้เป็นพิเศษ ด้วยเหตุนี้ข้อมูลข่าวสารที่กระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์จึงเป็นความลับเสมอ ถ้าเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ส่งผลกระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะระงับเหตุผลนั้นในคำสั่งทางปกครองไม่ได้ กรณีดังกล่าวนี้ไม่เกี่ยวกับการต่อสู้คดีซึ่งอาจมีความจำเป็นที่ต้องนำข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้มาประกอบการพิจารณาในชั้นศาล⁶⁹

ประการที่สี่ กรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วน แต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ ความจริงข้อยกเว้นข้อนี้ในส่วนของ การออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ออกด้วยวาจานั้นไม่เป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองอยู่แล้ว เพราะการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นเรื่องของคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือเท่านั้นคำว่า “เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา” จึงเป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายบัญญัติถ้อยคำเกินมา ดังนั้นจึงต้องอธิบายความหมายของข้อยกเว้นในกรณีนี้ว่าการออกคำสั่งทางปกครองในกรณีเร่งด่วนประการหนึ่ง และการยืนยันคำสั่งทางปกครองที่ออกด้วยวาจาเป็นหนังสืออีกประการหนึ่งเป็นกรณีที่องค์กร

⁶⁹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น.152.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นร้องขอ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรภายในระยะเวลาอันสมควรในภายหลัง⁷⁰

2.1.2.6 การจัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้ องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์โต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือโต้แย้ง ตลอดจนระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือโต้แย้งดังกล่าวให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง หรือผู้ตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองทราบด้วย ซึ่งเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 40⁷¹ ถ้าเป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์หรือโต้แย้ง ตลอดจนระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้ง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะต้องจัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งตามหลักเกณฑ์ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะนั้นลงไว้ในคำสั่งทางปกครอง ส่วนถ้าเป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะที่เป็นฐานแห่งการออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้ กำหนดหลักเกณฑ์การอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ หลักเกณฑ์การอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่างๆ ก็จะต้องเป็นไปตามที่มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติเอาไว้⁷²

⁷⁰วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้าง, น.153.

⁷¹มาตรา 40 “คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ให้ระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งดังกล่าวไว้ด้วย

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่ง แต่ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่และระยะเวลาดังกล่าวมีระยะเวลาสั้นกว่าหนึ่งปี ให้ขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่รับคำสั่งทางปกครอง”

⁷²มาตรา 44 “ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีการกำหนดชั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย

หากกรณีนี้ไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการอุทธรณ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายให้ครบถ้วนเสียก่อนจะไม่มีสิทธินำคดีไปฟ้องศาลปกครองได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ก็มีคำสั่งทางปกครองสองประเภทที่แม้กฎหมายมิได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองของรัฐมนตรี เนื่องจากไม่มีผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่าที่จะพิจารณาอุทธรณ์ได้แล้ว และประเภทที่สอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการ เนื่องจากคณะกรรมการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองโดยเฉพาะและไม่อยู่ในระบบสายการบังคับบัญชา คำสั่งของคณะกรรมการจึงเป็นที่สุดไม่มีองค์กรใดที่สูงกว่าที่จะพิจารณาได้⁷³ ถึงแม้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการจะไม่ต้องจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้นแต่โดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ รัฐมนตรีหรือคณะกรรมการผู้ออกคำสั่งทางปกครองจึงต้องระบุนิติการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 50⁷⁴

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่จดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งโดยไม่ถูกต้องไว้ในคำสั่งทางปกครองไม่ส่งผลถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งนั้นยังคงเป็นคำสั่ง

การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง”

⁷³มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

⁷⁴คำสั่งใดที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ให้ผู้ออกคำสั่งระบุนิติการยื่นคำฟ้องและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วย

ในกรณีที่ปรากฏต่อผู้ออกคำสั่งใดในภายหลังว่า ตนมิได้ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้นั้นดำเนินการแจ้งข้อความซึ่งพึงระบุนตามวรรคหนึ่งให้ผู้รับคำสั่งทราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีนี้ให้ระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเริ่มนับใหม่นับแต่วันที่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งข้อความดังกล่าว

ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่ตามวรรคสองและระยะเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องมีกำหนดน้อยกว่าหนึ่งปี ให้ขยายเวลาสำหรับยื่นคำฟ้องเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง

ทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมาย เพียงแต่ระยะเวลาในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จะเริ่มนับก็ต่อเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้แจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองในภายหลัง ถ้าไม่มีการแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งดังกล่าวในภายหลังและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองสั้นกว่าหนึ่งปี ให้ขยายระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองเป็นหนึ่งปีนับแต่วันรับแจ้งคำสั่งทางปกครอง⁷⁵

2.2 ลักษณะและผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง

2.2.1 ลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง

ในระบบกฎหมายของไทยนั้น หากเราได้พิจารณาถึงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน จะพบว่าระบบกฎหมายได้กำหนดผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องไว้หลายลักษณะ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงของความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งเราอาจสรุปลักษณะของ “ผลในทางกฎหมาย” ของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องได้ในเบื้องต้นดังนี้

2.2.1.1 คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความผิดพลาดนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด

คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความผิดพลาดนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องการ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ถึงแม้ว่ากรณีนี้จะเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง แต่ระบบกฎหมายจะปล่อยให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายอย่างรุนแรงมีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองมุ่งประสงค์ไม่ได้ ความไม่มีผลในทางกฎหมาย (โมฆะ) ของคำสั่งในกรณีนี้ย่อมเป็นไปตามสภาพและเหตุผลของเรื่อง

⁷⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น. 154.

2.2.1.2 คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ถึงขนาดรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ถึงขนาดรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือแม้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็จะมีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอน

2.2.1.3 คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ แม้ว่าจะจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวในภายหลังตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถือว่ามีความบกพร่องเพราะเหตุดังกล่าวอีกต่อไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะนำความบกพร่องดังกล่าวมาอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้และข้ออ้างที่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องจากเหตุดังกล่าวย่อมตกไป

2.2.1.4 คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ แต่รูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการนั้นไม่ได้เป็นสาระสำคัญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายและไม่อาจถูกเพิกถอนได้เพราะเหตุดังกล่าวได้⁷⁶

⁷⁶พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ให้อำนาจศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้น กรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายโดยอาศัยหลัก argumentum e contrario

2.2.1.5 คำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดพลาดเล็กน้อย

คำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดพลาดเล็กน้อยที่เจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เช่นนั้น แม้ว่าจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอยู่บ้างกฎหมายก็ให้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.2.1.6 คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์ได้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์ได้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง แต่ความบกพร่องดังกล่าวก็ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะกฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งขยายออกไปเป็นหนึ่งปี หากไม่มีการแจ้งระยะเวลาอุทธรณ์ตามไปหลังจากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว

2.2.2 ผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง

2.2.2.1 คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ

คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด⁷⁷ หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นหมายถึงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในระบบกฎหมาย จึงไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ในประเทศไทยไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดบัญญัติถึงเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะเอาไว้ เหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายต้องการจะปล่อยให้เป็นเรื่องของพัฒนาการในการตีความกฎหมาย และแม้จะมีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ไม่ได้หมายความว่าระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยได้ปฏิเสธไม่ยอมรับ

⁷⁷ ในประเทศฝรั่งเศสจะไม่นำหลักเรื่องโมฆะกรรมมาใช้กับกรณีของคำสั่งทางปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) ได้สร้างทฤษฎี L'inexistence หรือทฤษฎีว่าด้วยการไม่มีตัวตนหรือไม่มีอยู่ขึ้นมาใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด

หลักการเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด⁷⁸ ดังนั้นในการศึกษาเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาโดยเทียบเคียงจากบทบัญญัติในกฎหมายของต่างประเทศ และจากคำพิพากษาศาลปกครองที่ได้วางแนวเอาไว้เป็นหลัก ซึ่งในการศึกษากฎหมายของต่างประเทศก็จะพบว่า มีเหตุหลายประการที่นักวิชาการเห็นตรงกันว่าน่าจะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ ซึ่งได้แก่

1. คำสั่งทางปกครองที่ได้ออกมาเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏว่าในหนังสือนั้นระบุหน่วยงานที่เป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครอง
2. คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนด
3. คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการที่ไม่อาจปฏิบัติได้จริง
4. คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและส่งผลให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้รับโทษทางอาญา
5. คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

นอกจากนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองยังไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้ การที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นตกเป็นโมฆะผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ หากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ในกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล หากปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองที่กำลังมีการพิจารณาคืออยู่นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ศาลปกครองก็อาจยกประเด็นเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองขึ้นมาพิจารณาได้เองและพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้⁷⁹

2.2.2.2 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางเนื้อหาหรือทางรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่ไม่ถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ ความบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบ

⁷⁸ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2540), น.282.

⁷⁹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 168.

ด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เนื่องจากคำสั่งทางปกครองนั้นมีคุณลักษณะสำคัญนั่นก็คือความมีผลในทางกฎหมายโดยไม่ขึ้นอยู่กับความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า แม้คำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แจ้งคำสั่งดังกล่าวไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับคำสั่งก็สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นต่อองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาต่อไป แต่ทั้งนี้ผู้รับคำสั่งไม่สามารถที่จะปฏิเสธการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้

ก. กรณีที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญนั้น ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งกรณีจะต่างกับการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากการแก้ไขคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 43 นั้นจะเป็นกรณีของความบกพร่องที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด แต่ในกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 นั้นจะเป็นกรณีของความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งส่งผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือการไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตรวจพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปนั้นมีความบกพร่องหรือเป็นกรณีที่มีการอุทธรณ์โต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และปรากฏว่าความบกพร่องนั้นเป็นความบกพร่องที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้ตามมาตรา 41 เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเอาไว้แล้ว ความบกพร่องนั้นก็ถือเป็นอันหมดไป คำสั่งทางปกครองก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ตามมาตรา 41 นั้น ก่อนที่จะได้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองก็ต้องถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นขึ้นมาเพื่อใช้ในการอุทธรณ์เพื่อให้เจ้าหน้าที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการ

อุทธรณ์ก็สามารถหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้ในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองดังเช่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีอื่นๆ

ข. กรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้

คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางเนื้อหา หรือคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ คำสั่งทางปกครองนั้นถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตรวจพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปนั้นมีความบกพร่อง หรือเป็นกรณีที่มีการอุทธรณ์โต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำได้แต่เพียงทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น⁸⁰

⁸⁰รายละเอียดในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว
เชิงอรรถที่ 1, น. 219-233