

บทที่ 2

หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับองค์ประกอบความสมบูรณ์ของนิติกรรม ทางปกครองและหลักการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง โดยอ้างเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีหน้าที่จัดทำภารกิจต่างๆ อันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยการกระทำทางปกครองนั้นอาจจำแนกรูปแบบการใช้อำนาจได้ 2 ลักษณะ¹ ได้แก่ การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายหรือการกระทำในลักษณะที่เป็นนิติกรรม(juristicact) อันเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน และกระทำทางในข้อเท็จจริง(realact)ที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” อันเป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองไม่ได้มุ่งหมายก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุได้ในทางข้อเท็จจริง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใดฝ่ายปกครองหรือรัฐ ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในบทนี้จะอธิบายถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับความหมายของคำว่านิติกรรมทางปกครอง หลักกฎหมายเกี่ยวกับองค์ประกอบความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาเพื่อให้การทำนิติกรรมทางปกครองนั้นมีความชอบด้วยกฎหมาย เมื่อฝ่ายปกครองได้พิจารณาหรือตรวจสอบเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองแล้ว หากมีข้อบกพร่องบางประการอาจดำเนินการแก้ไขภายในฝ่ายปกครองได้แต่หากยังมีความบกพร่องปรากฏอยู่ เมื่อถูกหรือคำสั่งทางปกครองนั้นถูกนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลย่อมต้องพิจารณาถึงเหตุความบกพร่องเพื่อใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง โดยที่เหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ เป็นเหตุประการหนึ่งที่ศาลอาจใช้อ้างเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

¹ สมยศ เชื้อไทย. (2555). หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. น. 227.

2.1 ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครอง มีความหมายในทางทฤษฎีอยู่หลายลักษณะอย่างน้อยใน 3 ความหมายด้วยกัน² คือ

2.1.1 นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง ในความหมายนี้มุ่งถึงการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะรายทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือเป็นการตกลงกับปัจเจกชน ด้วยเหตุนี้ “นิติกรรมทางปกครอง” ตามความเข้าใจของนักกฎหมายกลุ่มนี้จึงหมายถึง “กฎ” “คำสั่งทางปกครอง” และ “สัญญาทางปกครอง”

2.1.2 นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง ในความหมายนี้ต้องการให้นิติกรรมทางปกครองหมายความว่า การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย แต่การก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องกระทำในลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว ด้วยเหตุนี้ “นิติกรรมทางปกครอง” ตามความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มนี้ซึ่งดูเหมือนจะมีจำนวนมากกว่ากลุ่มอื่น จึงหมายถึง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง”

2.1.3 นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ ในความหมายนี้ มุ่งหมายในนิติกรรมทางปกครองหมายความว่า การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครอง และเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะราย และการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวกระทำโดยการใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองตามความเข้าใจของนักกฎหมายกลุ่มนี้จึงหมายถึง “คำสั่งทางปกครอง”

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เป็นคำที่แปลงมาจากคำว่า “acte administratif” ในภาษาฝรั่งเศส ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส acte administratif หมายถึง การแสดงเจตนาที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงถึงว่าการใช้อำนาจฝ่ายเดียวนั้นจะมีผลผูกพันบุคคลเฉพาะราย หรือผูกพันบุคคลทั่วไป ดังนั้น คำว่า acte administratif ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงมีความหมายครอบคลุมถึงกฎและคำสั่งทางปกครอง³

ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9(1) บัญญัติว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออก

² วรเจตน์ภิกษิตน์. (2554).กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. น. 119-120.

³ วรเจตน์ภิกษิตน์.เล่มเดิม. น.120.

กฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด ...” ไม่ปรากฏคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในกฎหมายฉบับนี้แต่อย่างใดมีเพียงการนิยามคำว่า “กฎ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ส่วนคำว่า “คำสั่ง” มิได้มีบทนิยามในกฎหมายดังกล่าวเช่นกัน จึงต้องพิจารณาจากคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ซึ่งหมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัย การรับรอง และการรับจดทะเบียนแต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กฎหมายกำหนดในกฎกระทรวง แต่มีข้อสังเกตว่าตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ใช้คำว่า คำสั่งจึงมีความหมายรวมทั้ง คำสั่งทางปกครอง และคำสั่งทั่วไปอื่นๆที่อาจมีเหตุบางอย่างแตกต่างไปจากกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยการอธิบายและวิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นที่คำสั่งทางปกครองตามความหมายในมาตรา 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นหลัก ประกอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนจึงนิยามนิติกรรมทางปกครองในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตามความหมายอย่างกลางคือหมายถึง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง”

2.2 เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง

ในการที่ฝ่ายปกครองจะทำนิติกรรมทางปกครอง อันจะมีผลกระทบต่อสถานภาพหรือสิทธิของบุคคลนั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นจะต้องคำนึงถึงกรอบในการกำหนดเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองนั้นๆ ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยแบ่งเป็น 2 องค์ประกอบ⁴ คือ

2.2.1 องค์ประกอบภายนอกประกอบด้วย 3 เรื่อง ดังนี้

1) อำนาจ(compétence)พื้นฐานของกฎหมายปกครอง คือ กฎหมายที่ว่าด้วยอำนาจหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะดำเนินการใดๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจการกระทำนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย อำนาจจึงเป็นเรื่องสำคัญฝ่ายปกครองจึงต้องมีอำนาจในการดำเนินการต่างๆ โดยอำนาจในที่นี้หมายถึงการกำหนดว่าบุคคลใด ตำแหน่งใด หรือผู้ใด เป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎหรือคำสั่ง โดยผู้มีอำนาจอาจอยู่ในรูปแบบ

⁴ ประสาท พงษ์สุวรรณ.(2556). *คดีปกครองเกี่ยวกับการเพิกถอนกฎ คำสั่งและสั่งห้ามกระทำการ*. เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับกลาง รุ่นที่ 16. สำนักงานศาลปกครอง.

องค์กรกลุ่มหรือองค์กรเดี่ยว ดังนั้น อำนาจจึงมุ่งหมายถึงบุคคลหรือคณะบุคคลผู้มีอำนาจทั้งนี้ ต้องแยกระหว่างเรื่องอำนาจกับเรื่องฐานทางกฎหมาย กล่าวคือ การกำหนดให้บุคคลใดมีอำนาจในการออกคำสั่งได้ออกกับการกำหนดในกฎหมายว่าความผิดฐานต่างๆ ให้ลงโทษโดยไล่ผู้กระทำความผิดออก เป็นคนละกรณี ดังนั้น นอกจากกำหนดฐานทางกฎหมายแล้ว ต้องระบุถึงบุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคลผู้มีอำนาจด้วย

เรื่องอำนาจนั้นพิจารณาในแง่บุคคลผู้ใช้อำนาจ โดยการใช้อำนาจต้องใช้ในเขตพื้นที่ที่มีอำนาจ และในระยะเวลาที่มีอำนาจกล่าวคือต้องเป็นการใช้อำนาจจากบุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ อำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองอาจแบ่งเป็น 2 ชนิดด้วยกัน กล่าวคือ อำนาจผูกพัน (compétence liée) ที่ก่อให้เกิดฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการให้สำเร็จเสร็จสิ้นโดยไม่อาจปฏิเสธได้ กับอำนาจดุลพินิจ (compétence discrétionnaire) ซึ่งเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกได้ว่า จะกระทำการหรือไม่กระทำการ อย่างไรก็ตาม อำนาจดุลพินิจนี้หาใช่เป็นอำนาจที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดของฝ่ายปกครองไม่ ฝ่ายปกครองไม่ได้มีอิสระอย่างสมบูรณ์ในการใช้ดุลพินิจเพราะอำนาจดุลพินิจที่ว่านี้ถูกกำหนดให้มีโดยกฎหมาย หาใช่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นมาเองไม่ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงยังอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยผู้ที่จะมีอำนาจจัดทำนิติกรรมทางปกครองได้นั้น จะต้องเป็นผู้ที่กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติกำหนดให้ อำนาจ อย่างไรก็ตาม ผู้มีอำนาจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองอาจมอบอำนาจให้ผู้ได้บังคับบัญชาทำการแทนได้ หากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้⁵

ทั้งนี้ การมอบอำนาจมีความหมายในหลายลักษณะ เช่นการมอบอำนาจทางปกครองจากองค์กรหนึ่งมอบให้อีกองค์กรหนึ่งโดยเด็ดขาด หรือการมอบอำนาจให้กระทำการแทน กล่าวคือสามารถใช้ดุลพินิจตัดสินใจในเรื่องต่างๆ หรือกรณีที่ผู้มอบได้มอบอำนาจในการลงนามรับรองความถูกต้องแท้จริงของนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้รับมอบอำนาจ โดยมีได้มอบอำนาจในการตัดสินใจให้แก่ผู้รับมอบไปด้วย

การมอบอำนาจให้กระทำการแทนกับการมอบอำนาจให้ลงนามมีข้อแตกต่าง คือ มอบอำนาจให้กระทำการแทนมีผลทำให้อำนาจของผู้มอบอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ หายไป โดยจะถูกมอบอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยสั่งการให้ตกแก่ผู้รับมอบโดยสมบูรณ์ จนกว่าการมอบอำนาจนั้นจะสิ้นไปตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดไว้ในคำสั่งมอบอำนาจหรือมีการยกเลิกการมอบอำนาจนั้น แต่การมอบอำนาจให้ลงนามแทน อำนาจในการตัดสินใจยังคงอยู่ที่ผู้มอบอำนาจผู้รับมอบเป็นแต่เพียง

⁵ วิษณุวรรธชัย. (2551). ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. น. 192.

⁶ แหล่งเดิม.

ลงนามแทนผู้มอบ เพื่อให้นิติกรรมทางปกครองนั้นมีความสมบูรณ์ผู้รับมอบมิได้มีอำนาจตัดสินใจ
 ใดๆทั้งนี้ ในการมอบอำนาจจะต้องพิจารณาเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการมอบอำนาจของฝ่าย
 ปกครองด้วย กล่าวคือ ต้องมีกฎหมายอนุญาตให้มีการมอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง โดยผู้รับมอบอำนาจ
 จะต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดไว้ให้และการมอบอำนาจต้องทำตามแบบที่กฎหมาย
 กำหนดไว้

นอกจากจะพิจารณาเรื่องบุคคลผู้ใช้อำนาจนั้น ว่ามีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนด หรือ
 หากเป็นผู้รับมอบอำนาจจะต้องพิจารณาถึงความสมบูรณ์ในการมอบอำนาจแล้ว จะต้องพิจารณาถึง
 เขตพื้นที่ การใช้อำนาจดังกล่าวด้วย กล่าวคือใช้อำนาจในพื้นที่ที่มีอำนาจ เช่นผู้ว่าราชการ
 จังหวัดนนทบุรีจัดทำนิติกรรมทางปกครองย่อมมีอำนาจเฉพาะในเขตจังหวัดนนทบุรีเท่านั้น จะก้าว
 ล่วงไปใช้อำนาจในเขตจังหวัดปทุมธานีไม่ได้

อีกทั้ง การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่จะต้องกระทำในระยะเวลา เช่น เจ้าหน้าที่จะต้องใช้
 อำนาจหน้าที่ในขณะที่ดำรงตำแหน่ง หากพ้นจากตำแหน่งแล้วย่อมไม่มีอำนาจในการจัดทำ
 นิติกรรมทางปกครอง

2) รูปแบบหรือแบบ(forme)

การออกนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอันจะส่งผลจาก
 ภายในฝ่ายปกครองออกไปยังภายนอกฝ่ายปกครอง จึงต้องมีการสื่อสารโดยผ่านแบบหรือรูปแบบ
 เพื่อให้เอกชนรับรู้และเข้าใจการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองว่าต้องการให้กฎหรือคำสั่งทางปกครอง
 นั้น ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิของเอกชนในเรื่องใด หรือประสงค์จะให้ประชาชน
 ดำเนินการในเรื่องใดหรือดำเนินการอย่างไร ซึ่งการสื่อสารนั้นสามารถกระทำได้หลายอย่าง ไม่ว่าจะ
 เป็นรูปแบบวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือรูปแบบอื่น แล้วแต่ความเหมาะสมของนิติกรรมนั้นๆ

3) ขั้นตอนหรือวิธีการ(procédure)

ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นหรือระเบียบแบบแผนทางราชการนี้ต้องแยกออกจาก
 กระบวนการพิจารณาทางศาลเพราะกระบวนการพิจารณาทางศาลเป็นวิธีพิจารณาในลักษณะข้อพิพาท
 ในขณะที่ระเบียบแบบแผนทางราชการเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการทางปกครอง
 อัน ได้แก่ การพิจารณาออกคำสั่งต่างๆทางปกครอง⁷ ซึ่งการดำเนินงานเพื่อออกนิติกรรมทาง
 ปกครองนั้นมีหลายขั้นตอน แตกต่างไปตามวัตถุประสงค์ของการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง
 นั้นๆ เช่น ขั้นตอนการยื่นคำขอ ขั้นตอนปรึกษาหารือ หรือขั้นตอนการโต้แย้ง เป็นต้น

⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. *วารสาร
 นิติศาสตร์*. น. 267.

2.2.2 องค์ประกอบภายใน ซึ่งต้องพิจารณาใน 3 เรื่อง ดังนี้

1) เนื้อหาของนิติกรรม

การพิจารณาว่าฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือกรณีการออกกฎจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายที่ลำดับศักดิ์ต่ำกว่าไม่ขัดกับลำดับศักดิ์สูงกว่า หลักความสอดคล้องกับกฎหมายที่ประชาชนได้รับกล่าวคือ รัฐใดก็ตาม กฎหมายของรัฐ ระบบกฎหมายรวมเป็นหนึ่งเดียวแต่แยกเป็นลำดับชั้น โดยแบ่งแยกเป็นชั้นตามลำดับศักดิ์ โดยคำสั่ง กฎ หรือกฎหมายในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่า ออกโดยอาศัยกฎหมายที่ลำดับศักดิ์สูงกว่าเสมอ พระราชกฤษฎีกาอาศัยพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติอาศัยรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และคำสั่งหรือกฎ จะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายลำดับสูงกว่ามิได้ ดังนั้น คำสั่งหรือกฎที่ลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดกฎหมายในลำดับที่ศักดิ์สูงกว่ามิได้

เนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองนั้น มีแหล่งที่มา (source) จากบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งปวง เนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวต้องถูกกำหนดขึ้นมาโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักลำดับชั้นของกฎหมาย (hiérarchie des norms หรือ hierarchy of Law) นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่สร้างขึ้นโดยฝ่าฝืนหลักในข้อนี้ย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) มูลเหตุจูงใจ (motif) ทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

มูลเหตุ หมายถึง เหตุที่ทำให้ฝ่ายปกครองมั่นใจหรือแน่ใจว่าเมื่อออกกฎ หรือคำสั่งใดๆ แล้วจะเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งข้อเท็จจริงและฐานทางกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่นตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 85 บัญญัติว่า “การละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อกันในคราวเดียวกันเป็นเวลาเกินสิบห้าวัน โดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือโดยมีพฤติการณ์อันแสดงถึงความจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ การดังกล่าว เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง” หาก นาย ก.ขาดราชการเกิน 15 วัน แล้วหน่วยงานจะต้องพิจารณาโทษทางวินัยจะต้องพิจารณาดังนี้ พิจารณาข้อเท็จจริง กล่าวคือ การไล่ข้าราชการออก เนื่องจากเหตุขาดราชการ ต้องมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าขาดราชการจริงเกิน 15 วัน และพิจารณาฐานทางกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อทราบข้อเท็จจริงจนเป็นที่แน่ใจแล้วว่า นาย ก. ขาดราชการเกิน 15 วันจริง หน่วยงานก็ต้องพิจารณาฐานทางกฎหมายที่จะลงโทษทางวินัยต่อไป โดยกรณีตามตัวอย่างได้มีกฎหมายกำหนดบทลงโทษไว้ตาม มาตรา 88 บัญญัติว่า “ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัย จะต้องได้รับโทษทางวินัย เว้นแต่มีเหตุอันควรงดโทษตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 7 การดำเนินการทางวินัย โทษทางวินัยมี 5 สถาน ดังต่อไปนี้ (1) ภาคทัณฑ์ (2) ตัดเงินเดือน

(3) ถดเงินเดือน (4) ปลดออก (5) ไล่ออก” และมาตรา 89 บัญญัติว่า “การลงโทษข้าราชการพลเรือนสามัญให้ทำเป็นคำสั่ง ผู้สั่งลงโทษต้องสั่งลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดและต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรมและโดยปราศจากอคติ” โดยในคำสั่งลงโทษให้แสดงว่าผู้ถูกลงโทษกระทำผิดวินัยในกรณีใดและตามมาตราใดเมื่อพิจารณามูลเหตุข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายจนแน่ใจ จึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองลงโทษได้

3) วัตถุประสงค์ (but-objectif)

ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ต้องมีกฎหมายกำหนดวัตถุประสงค์ในการใช้อำนาจ ทั้งนี้ กฎหมายจะกำหนดกรอบการใช้อำนาจไว้เช่นกัน เช่น ในกฎหมายสถานบริการ ให้มีอำนาจในการพิจารณาออกใบอนุญาต แต่ในขณะเดียวกันก็มีกฎหมายให้อำนาจเพิกถอนใบอนุญาต หากผู้มีอำนาจเพิกถอนเห็นว่า สถานบริการเปิดแข่งขันกับร้านตนเองจึงเพิกถอนใบอนุญาตซึ่งวัตถุประสงค์ที่แท้จริงคือการตัดคู่แข่ง แต่ในการเพิกถอนกลับอ้างเหตุที่อนุญาตให้เด็กเข้ามาใช้บริการ หากศาลตรวจสอบพบวัตถุประสงค์ดังกล่าว ย่อมต้องเพิกถอนคำสั่งนั้น

เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองทั้งที่เป็นทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในครบทั้ง 6 ประการ นิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ หน่วยงานทางปกครองในฐานะผู้ออกนิติกรรมทางปกครอง ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้ครบถ้วน โดยเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในเรื่องรูปแบบแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องดำเนินการให้ถูกต้อง จึงควรศึกษารายละเอียดเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการดังนี้

2.3 เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

รูปแบบหรือแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการให้ถูกต้อง โดยมีลักษณะของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ปรากฏและเกี่ยวข้องในกฎหมายหลายฉบับ มีรายละเอียดที่ควรพิจารณา ดังนี้

2.3.1 ที่มาของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

เนื่องจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีมากมายหลากหลายประเภท รูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการควรต้องถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนจึงจะสอดคล้องตามหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (le principe de sécurité juridique) และหลักหลักความเชื่อถือไว้วางใจ (le principe de confiance légitime) ที่เรียกร้ององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนให้รับประกันแก่ปัจเจกบุคคลที่อยู่ภายใต้

อำนาจในสองประการ ประการแรก องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนต้องประกันเสถียรภาพของสถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนตราขึ้นไว้บังคับต้องมีสถานะที่มั่นคงพอสมควรเมื่อเทียบกับเวลา กฎเกณฑ์เหล่านั้นต้องไม่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบ่อยครั้งหรือง่ายจนเกินไป ประการที่สอง องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนต้องประกันความแน่นอนและชัดเจนของกฎเกณฑ์และสถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ กฎเกณฑ์และคำสั่งทั้งหลายต้องมีความชัดเจน เข้าใจง่าย และเข้าถึงได้ง่าย⁸

รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการตามกฎหมายไทย ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับและหลายลำดับชั้น ดังนั้น จึงควรศึกษาบ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งเป็นฐานที่มาแห่งการกำหนดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการ

“บ่อเกิดของกฎหมาย” มีความหมายในหลายนัย ในทางทฤษฎีกฎหมาย บ่อเกิดของกฎหมาย หมายถึง ที่มาของกฎเกณฑ์อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง⁹ บ่อเกิดของกฎหมายมี 2 ประเภท คือ บ่อเกิดของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

ประเภทแรก บ่อเกิดของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยปกติทั่วไปแล้ว บรรทัดฐานทางกฎหมายย่อมเกิดขึ้นจากการบัญญัติ โดยผู้บัญญัติกฎเกณฑ์นั้นรู้สำนึกว่าตนมุ่งประสงค์อะไร และได้แสดงความประสงค์ของตนออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะที่เป็นประโยคทางกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรมีข้อดีตรงที่ทำให้เราสามารถรู้ได้อย่างแน่ชัดว่ากฎหมายฉบับนั้นตราขึ้นเมื่อใดและมีเนื้อหาอย่างไรถึงแม้ถ้อยคำในกฎหมายฉบับนั้นอาจมีความไม่ชัดเจนและทำให้เราต้องตีความก็ตาม แต่อย่างน้อยด้วยบทกฎหมายนั้นก็ป็นวัตถุที่แน่ชัดในการตีความ¹⁰

เมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายทั้งระบบแล้ว เราอาจแยกบ่อเกิดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยใช้องค์กรผู้บัญญัติกฎหมายเป็นเกณฑ์ได้ 4 กลุ่ม¹¹ ดังนี้

กลุ่มแรก รัฐธรรมนูญเกิดจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย โดยมีกระบวนการในการจัดทำเป็นพิเศษ รัฐธรรมนูญถือเป็นกติกากำหนดพื้นฐานทางกฎหมายของรัฐ ในความหมายอย่างแคบ รัฐธรรมนูญไม่ใช่บรรทัดฐานในทางกฎหมายปกครอง เนื่องจากไม่ได้ก่อตั้งอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองอย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็น “มาตร”

⁸ ปิยนุตร แสงกนกกุล. (2556). *กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป*. น. 123.

⁹ วรเจตน์ภาศิริรัตน์. เล่มเดิม. น. 29.

¹⁰ แหล่งเดิม. น. 30 .

¹¹ แหล่งเดิม. น. 31-34.

วัดความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง บรรทัดฐานทางกฎหมายที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญในหลายเรื่องย่อมมีผลทั้งโดยตรงและโดยอ้อมสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครอง เมื่อพิจารณาในมิตินี้ ย่อมต้องถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครอง

กลุ่มที่สองพระราชบัญญัติและกฎหมายที่เทียบเท่าพระราชบัญญัติ(กฎหมายนิติบัญญัติ)เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายที่เกิดจากอำนาจนิติบัญญัติโดยกระบวนการนิติบัญญัติที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในระบบกฎหมายไทย พระราชบัญญัติ คือ กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงอาศัยพระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ปัจจุบันระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ต้องมีพระราชบัญญัติ 2 ประเภท คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติ

นอกจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัตียังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งซึ่งแม้จะไม่ได้ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ แต่รัฐธรรมนูญก็กำหนดให้มีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ คือ พระราชกำหนด ในทางแบบพิธี พระราชกำหนด คือ กฎหมายซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัยพระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี การตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขเฉพาะที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

กลุ่มที่สาม กฎหมายลำดับรอง (กฎหมายบริหารบัญญัติ) คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจในทางบริหารอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับ โดยกำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ

กฎหมายลำดับรองมีลักษณะที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ คือ กฎหมายลำดับรองเป็นทั้งบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนและในขณะเดียวกันกฎหมายลำดับรองก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองด้วย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542เรียกกฎหมายลำดับรองว่า “กฎ” แม้ในทางรูปแบบ กฎหมายลำดับรองจะไม่ได้เกิดขึ้นตามกระบวนการนิติบัญญัติก็ตาม แต่โดยเหตุที่องค์กรผู้ใช้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองได้มอบอำนาจให้ตรากฎหมายลำดับรองได้จากกฎหมายแม่บท นอกจากนี้ ในทางเนื้อหาถือว่ากฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการกำหนดขึ้นในลักษณะที่เป็นนามธรรมและใช้บังคับบุคคลทั่วไปโดยไม่ระบุตัวบุคคล กฎหมายลำดับรองหรือกฎจึงเป็น “กฎหมายตามเนื้อความ”

ในระบบกฎหมายไทยกฎหมายลำดับรองมีอยู่เป็นจำนวนมากและมีลักษณะที่หลากหลายอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่ขององค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองแล้ว เราอาจแยกกฎหมายลำดับรองออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายลำดับรองที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรขององค์กรปกครองส่วนกลาง และกฎหมายลำดับรองที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ซึ่งไม่ตกอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนกลาง

กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรขององค์กรปกครองส่วนกลางมีหลายประเภท แต่ที่สำคัญได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และประกาศกระทรวง

พระราชกฤษฎีกา คือ กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญประกอบกับบทบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ตราขึ้นใช้บังคับโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นรายละเอียดที่จำเป็นแก่การบังคับให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ

กฎกระทรวง คือ กฎหมายที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับทั้งนี้ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

ประกาศกระทรวง คือ กฎหมายที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ตราขึ้นใช้บังคับตามดุลพินิจของตนภายในกรอบของกฎหมายที่ใช้อำนาจนั้น ทั้งนี้ โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเหมือนกฎกระทรวง แต่ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาจึงจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย

ข้อบังคับต่างๆ คือกฎเกณฑ์ซึ่งพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าพนักงานตามกฎหมายหรือคณะกรรมการซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายเพื่อวางข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไข เพื่อปฏิบัติตามกฎหมายหรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎข้อบังคับเหล่านี้มีชื่อเรียกแตกต่างกันไป เช่น ข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ กฎ เป็นต้น ข้อบังคับเหล่านี้ต้องเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้บังคับแก่ประชาชนซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายจึงจะมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ได้แก่ กฎหมายที่องค์กรของรัฐซึ่งไม่ได้ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี อาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ตราขึ้นเพื่อ

บังคับการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและเพื่อให้ภารกิจขององค์กรอิสระของรัฐบรรลุผล กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เช่น ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา เป็นต้น

กลุ่มที่สี่ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์กรปกครองตนเองหรือองค์การมหาชน (กฎหมายขององค์การบัญญัติ) กฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองหรือองค์การมหาชน คือ กฎเกณฑ์ซึ่งนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองหรือองค์การมหาชนอาศัยอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนหรือกฎหมายอื่นตราขึ้นใช้บังคับในเขตท้องที่ขององค์กรการปกครองตนเองหรือใช้บังคับกับสมาชิกขององค์การมหาชน เช่น เทศบัญญัติที่เทศบาลตราขึ้นใช้บังคับในเขตเทศบาลหรือข้อบังคับของมหาวิทยาลัยที่อยู่ในกำกับของรัฐที่ใช้บังคับกับนักศึกษาในมหาวิทยาลัยของตน เป็นต้น มีข้อสังเกตว่ากฎหมายในกลุ่มนี้คือ “กฎ” ตามที่กล่าวถึงในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วยเหมือนกับกฎหมายลำดับรอง

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองออกบทบัญญัติต่างๆ อันมีฐานะเป็นกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้นั้น เพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจกำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติไว้ล่วงหน้าได้ทุกเรื่องในพระราชบัญญัติ ทั้งไม่มีความรอบรู้ในเทคนิคของงานฝ่ายปกครองด้วย จึงได้วางหลักใหญ่ๆ ไว้ในพระราชบัญญัติ แล้วมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียดได้เองภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อให้พระราชบัญญัติใช้บังคับได้ถูกต้องตรงกับความจริงและพฤติกรรม¹²

ประเภทที่สอง บ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร มีอยู่ 2 ประเภท¹³ คือ กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป

กฎหมายจารีตประเพณีหรือบางครั้งก็เรียกว่ากฎหมายประเพณี เป็นบ่อเกิดทางกฎหมายประเภทเดียวที่ผู้ก่อให้เกิดคือบุคคลที่ต้องตกอยู่ใต้บังคับของกฎหมายประเพณีนั่นเอง กฎหมายจารีตประเพณีถือกันว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งหมายความว่ากฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจเกิดขึ้นโดยชัดหรือแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้องค์ประกอบแห่งการเกิดขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณี มี 2 ประเภท คือ 1. องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ นานาน เรียกกันในภาษาละตินว่า “longa consuetudo” และ 2. องค์ประกอบภายใน ซึ่งได้แก่ ความรู้สึกสำนึกอย่างมั่นคงของ

¹² ประยูร กาญจนกุล. (2549). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. น. 96-97.

¹³ วรเจตน์ภิกษิณ. เล่มเดิม. น. 35-36.

ผู้ประพจน์ปฏิบัติทั่วไปว่าตนผูกพันต้องประพจน์ปฏิบัติเช่นนั้น เรียกกันในภาษาละตินว่า “opinion necessitatis” หรือ “opinion iuris”

ในระบบกฎหมายไทย แนวการประพจน์ปฏิบัติที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายประเพณีทางปกครองก็คือ การตรากฎกระทรวงที่รัฐมนตรีผู้มีอำนาจจะนำร่างกฎกระทรวงเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบก่อนที่ตนจะลงนาม ถึงแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ต้องกระทำเช่นนั้นก็ตาม ดังนั้น หากในอนาคตรัฐมนตรีคนใดไม่ปฏิบัติตามกฎหมายประเพณีดังกล่าว ก็ย่อมถือว่ากฎกระทรวงนั้นได้รับการตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน อันเป็นสาระสำคัญ และต้องถือว่ากฎกระทรวงดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลักแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์การฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมารองรับกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย¹⁴

ส่วนหลักกฎหมายทั่วไป คือ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายทั้งระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ ในการอ้างหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศไทยนั้น วงการนิติศาสตร์ยังไม่ได้พัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้เป็นเครื่องมือจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองเหมือนอย่างในตะวันตก¹⁵ หลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่งในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป นักนิติศาสตร์ไทยยังคงมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ว่าจะค้นหาจากที่ใด สามารถค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง โดยอาศัยหลักตรรกะพีนิจพีเคราะห์หลักการอันเป็นเสมือนโครงสร้างใหญ่ที่ยึดโยงกฎหมายลายลักษณ์อักษรของระบบกฎหมายทั้งระบบไว้ ในทางกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายทั่วไปมักจะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความเสมอภาค ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 30 เป็นต้นอย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปบางประการอาจต้องสืบสาวออกมาจากการอ่านบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายมาตราหรือหลายฉบับประกอบกัน เช่น หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่ง ดังเช่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

¹⁴ แหล่งเดิม. น. 52

¹⁵ วรพจน์วิศรุตพิชญ์. เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15.

พ.ศ. 2539 มาตรา 49 ถึงมาตรา 53 เป็นต้น¹⁶ นอกจากนี้ ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับขั้นตอนการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ได้แก่ หลักการฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (audi alteram partem) ที่เป็นการให้สิทธิแก่บุคคลในอันที่จะปกป้องนิติฐานะของตนจากการใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองก่อนที่จะตัดสินใจใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใด หากการออกคำวินิจฉัยสั่งการเช่นนี้มีมูลเหตุจูงใจมาจากการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่ตนใช้เป็นเหตุผลในการออกคำวินิจฉัยสั่งการให้บุคคลนั้นทราบ และให้เขามีโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้นและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน การใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการไปโดยไม่เคารพและไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไปนี้ ย่อมทำให้คำวินิจฉัยสั่งการไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁷

เมื่อพิจารณาประกอบหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง มีความหมายว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มา และข้อจำกัดของอำนาจกระทำการต่างๆ ของฝ่ายปกครอง¹⁸

ทั้งนี้ มีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางประเภทปรากฏในลักษณะของหนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองโดยสภาพแล้วมิได้เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายเนื่องจากมิได้เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติรวมทั้งมิได้เกิดจากการประพฤติปฏิบัติจนกลายเป็นจารีตประเพณี ในกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่า แม้หนังสือเวียนเป็นเพียงมาตรการภายในหรือการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หนังสือเวียนจึงมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือกระทบสิทธิของประชาชนหนังสือเวียนมิใช่ที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่หนังสือเวียนก่อให้เกิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตาม¹⁹ ในปัจจุบันศาลปกครองฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัยในคดี Mme Duvignères ค.ศ. 2002 โดยเห็นว่าหนังสือเวียนใดแม้เป็นการตีความกฎหมายหรืออธิบายกฎหมายก็ตาม แต่ถ้ามีลักษณะบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามหนังสือเวียนดังกล่าว หนังสือเวียนที่มีลักษณะเช่นนี้อาจถูกนำมาฟ้อง

¹⁶ แหล่งเดิม.น. 35-36

¹⁷ แหล่งเดิม. น. 67

¹⁸ แหล่งเดิม. น. 46

¹⁹ ชาญชัย แสงวงศ์.(2555).คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.

คดีต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนได้²⁰ และตามระบบกฎหมายไทยเห็นว่า โดยปกติหนังสือเวียนไม่ใช่กฎหมาย เว้นแต่ในหนังสือเวียนมีเนื้อหาซึ่งเข้าหลักเกณฑ์ตามคำนิยามของกฎหมาย กล่าวคือเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยหนังสือเวียนที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ามีลักษณะเป็นกฎหมายที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 550/2547 หนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0526.6/ว.22 ลงวันที่ 21 มีนาคม 2543 ซึ่งปลัดกระทรวงการคลังได้แจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการจัดทำสัญญาอนุญาตให้ข้าราชการไปศึกษาฝึกอบรมหรือปฏิบัติการวิจัย ณ ต่างประเทศเพิ่มเติมทุกครั้งเมื่อมีการอนุมัติให้ขยายระยะเวลาการศึกษา เป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงมีลักษณะเป็นกฎหมาย เป็นต้น

โดยส่วนใหญ่รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองจึงปรากฏบทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเนื่องจากจำต้องให้เกิดความชัดเจนต่อเจ้าหน้าที่ รวมถึงประชาชนว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร แต่ในบางกรณีรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอาจปรากฏอยู่ในกฎหมายที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรได้เช่นกัน นอกจากนี้ยังปรากฏในหนังสือเวียนและแนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครองซึ่งศาลปกครองได้มีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับที่มาของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการตามบ่อเกิดแห่งกฎหมายในประเภทต่างๆ โดยจะกล่าวต่อไปในบทที่ 4

2.3.2 รูปแบบหรือแบบ

1) ความหมายของรูปแบบ คือ ลักษณะการสื่อสารจากฝ่ายปกครองไปยังภายนอกฝ่ายปกครองเพื่อให้รับทราบและดำเนินการอย่างใดตามวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ ด้วยภารกิจของฝ่ายปกครองมีหลากหลายแบบฝ่ายปกครองย่อมมีอิสระในการเลือกรูปแบบการดำเนินการได้ตามความเหมาะสม เพียงแต่รูปแบบต้องมีความชัดเจนให้ผู้รับทราบคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายเข้าใจความหมายได้

2) ลักษณะของรูปแบบ การใช้อำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองเพื่อปฏิบัติการกิจที่มีอยู่อย่างหลากหลาย ฝ่ายปกครองจึงมีรูปแบบในการจัดทำคำสั่งทางปกครองในหลายลักษณะโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 34 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงอาจแบ่งลักษณะของแบบได้ใน 3 ลักษณะคือ

²⁰ คำบรรยายของศาสตราจารย์ Sophie Théron เรื่อง การนำมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมาฟ้องต่อศาลปกครองในฝรั่งเศสทำได้เพียงใด. ณ สำนักงานศาลปกครอง วันที่ 15 ธันวาคม 2553 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์.(2555).คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. น. 195.

(1) แบบที่ทำด้วยวาจา ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เลือกที่จะจัดทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา ถ้าผู้รับคำสั่งร้องขอภายใน 7 วันนับแต่วันที่มิคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่จะต้องออกหนังสือยืนยันคำสั่งทางปกครองของตนให้ กรณีนี้มีใช้กรณีการออกคำสั่งใหม่ หากแต่เป็นการจัดทำหนังสือเพื่อยืนยันคำสั่งที่ออกโดยวาจานั้น ว่าคำสั่งด้วยวาจาที่เจ้าหน้าที่ได้ทำไปก่อนหน้านี้มีเนื้อหาของคำสั่งอย่างไร และมีเหตุผลอย่างไร แต่ผลของคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมเกิดตั้งแต่วันที่มิคำสั่งด้วยวาจา ทั้งนี้การร้องขอให้ออกหนังสือยืนยันนี้ย่อมเป็นหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่จะต้องจัดทำให้ หากผู้รับคำสั่ง (1) ร้องขอโดยมิเหตุอันควร และ (2) ร้องขอภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่มิคำสั่ง กรณีมิเหตุอันควรนั้นหมายความว่ามิใช่การขอโดยไร้สาระ แต่หากผู้ขอต้องการใช้ประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดก็ถือว่ามิเหตุอันควรแล้ว²¹ เช่น จะเอาไปปรึกษาทนายความว่าจะอุทธรณ์หรือโต้แย้งหรือไม่ หรือนำไปใช้อ้างกับบุคคลอื่นว่าตนมีภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้นอย่างไร เป็นต้น เมื่อมีกำหนดเวลาขึ้นคำขอให้ออกหนังสือยืนยันตามมาตรา 35 นั้น ย่อมมีผลเท่ากับว่าเมื่อพ้นกำหนดคนั้นแล้วเจ้าหน้าที่ไม่มีหน้าที่ต้องทำหนังสือยืนยันให้อีก อย่างไรก็ตาม การมิคำสั่งโดยวาจานั้น โดยสภาพจะขาดความชัดเจนและยากต่อการบังคับตามคำสั่ง ปกติเจ้าหน้าที่จึงควรทำคำสั่งเป็นหนังสือมากกว่า เว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนเช่น คำสั่งของเจ้าหน้าที่ในการจราจร เป็นต้น โดยที่การออกคำสั่งด้วยวาจาปกติต้องกระทำในกรณีเร่งด่วนและมีได้มีสิ่งใดเป็นหลักฐานนอกจากบางครั้งอาจมีพยานบุคคลบ้างเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 37 วรรคหนึ่ง(4) จึงยกเว้นให้ไม่ต้องระบุเหตุผลด้วย แต่หากผู้รับคำสั่งขอให้ยืนยันคำสั่งนั้นเป็นหนังสือ เมื่อใดจึงจะต้องให้เหตุผลไว้ในหนังสือยืนยัน

(2) แบบที่ทำเป็นหนังสือ คือการออกคำสั่งโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 36 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสืออย่างน้อยต้องระบุ วัน เดือนและปีที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งมีลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นและมาตรา 37²² กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ทำ

²¹ ชัยวัฒน์วงศ์วัฒนสถานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. น. 194.

²² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539.

มาตรา 37 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

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

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้

เป็นหนังสือจะต้องระบุวัน เดือนและปี ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองพร้อมทั้งลงลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น และต้องมีการระบุเหตุผลของการทำคำสั่งด้วย

(3) แบบอื่นๆ คำสั่งทางปกครองอาจสื่อความหมายโดยวิธีการใดนอกจากหนังสือหรือวาจาก็ได้ เช่น ไฟสัญญาณจราจรก็เป็นคำสั่งให้เคลื่อนไปได้หรือให้หยุดสัญญาณรอหรือไฟกระพริบของชาวเรือ เป็นต้น ถ้าการสื่อความหมายนั้นมีความชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ตามเจตนาของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 34 ซึ่งบัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้”

ส่วนแบบในกรณีของกฎนั้น ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดว่า กฎจะต้องได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร แต่เนื่องจากโดยเหตุผลของเรื่องแล้ว กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลไม่จำกัดจำนวน และลักษณะของกฎเกณฑ์เป็นนามธรรมครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก กรณีเป็นเรื่องที่บังคับอยู่ในตัวเองว่า การออกกฎต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กรณีจึงต่างจากคำสั่งทางปกครองที่หากไม่มีกฎหมายบัญญัติแบบไว้โดยเฉพาะแล้วการทำคำสั่งทางปกครองอาจกระทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้²³ ดังนั้น แบบพิธี กระบวนการ และขั้นตอนในการออกกฎจึงเป็นไปตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการออกกฎตลอดจนกฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฟังผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ได้รับผลกระทบในกฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

2.3.3 ขั้นตอนหรือวิธีการ

ในการจัดทำนิติกรรมทางปกครองประกอบไปด้วยลำดับขั้นตอนจำนวนมากกว่าที่จะออกเป็นกฎ หรือคำสั่งอันกระทบสิทธิของประชาชนหากแบ่งขั้นตอนหรือวิธีการตามลำดับการดำเนินการสามารถแบ่งได้เป็น 3 ขั้นตอนหลัก คือ ขั้นตอนการเตรียมการ ขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และขั้นตอนดำเนินการภายหลังการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง การแบ่งใน

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช่บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) เป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น

(2) เหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยไม่ต้องระบุอีก

(3) เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32

(4) เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วนแต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์

อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

²³ วรเจตน์ภิกษิตน์, แหล่งเดิม.น. 273.

ลักษณะนี้จะกล่าวถึงโดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป หรือหากแบ่งตามลักษณะหรือเนื้อหาของขั้นตอนหรือวิธีการนั้น อาจแบ่งเป็นสองขั้นตอนใหญ่ คือ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน นอกจากนี้ยังขั้นตอนอื่นๆ ซึ่งเป็นขั้นตอนปลีกย่อยที่แตกต่างไปตามนิติกรรมแต่ละประเภท หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับที่มีความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิของประชาชนแตกต่างกัน ในการศึกษาตามหัวข้อนี้จะกล่าวถึง 2 ขั้นตอนหลัก คือ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ และขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน โดยพิจารณาจากลักษณะเนื้อหาของขั้นตอนหรือวิธีการแต่ละประเภทรวมถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

1) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ

การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องขออนุมัติหรือขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองนั้นมีความมุ่งหมาย²⁴ ประการแรก เพื่อประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพของการใช้อำนาจออกคำสั่ง โดยคำสั่งที่ออกไปแต่ละเรื่องแต่ละฉบับจะต้องดำเนินการไปเพื่อประโยชน์มหาชน (public order) และก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด และประการที่สองเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรไม่ให้ต้องถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจออกคำสั่งเกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน (public interest)

ในกฎหมายบางฉบับที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองทำนิติกรรมทางปกครองจะกำหนดอำนาจในการจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาต่างๆ ขึ้นมา แต่มิได้มีการกำหนดหรือระบุอย่างชัดเจนว่าขั้นตอนหรือวิธีการปรึกษาหารือจะต้องดำเนินการอย่างไร โดยสามารถที่จะจำแนกขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารืออย่างกว้าง ได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) กรณีกฎหมายบังคับให้ปรึกษาหารือการที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีการปรึกษาหารือ เช่นนี้ เนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองจะออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นๆ เป็นเรื่องที่สำคัญกระทบประชาชนจำนวนมาก หรือมีข้อยุ่งยากทางเทคนิค จึงต้องขอคำปรึกษาหารือจากองค์กรที่ปรึกษาที่จัดตั้งขึ้นมาโดยกฎหมายฉบับนั้น หรือกฎหมายฉบับอื่นตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อขอข้อแนะนำหรือความเห็นจากคณะกรรมการที่มีความชำนาญเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ ซึ่งการปรึกษาหารือนั้น เมื่อปรึกษาหารือแล้วฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายที่ได้รับความเห็น เช่น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 จะกำหนดองค์กรที่ปรึกษา

²⁴ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับผังเมืองพร้อมด้วยพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 และกฎหมายประกอบ*. น. 53 อ้างถึงใน จิราพร บุรินทร์วานิช.(2548). *เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง: ศึกษาขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 51.

ตามมาตรา 9²⁵ โดยในการดำเนินการตามมาตรา 8²⁶ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวต้องกระทำโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ หรือพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร มาตรา 8 ทวิ บัญญัติในการต้องปรึกษาหารือหากจะออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับสิ่งปลูกสร้าง²⁷ เป็นต้น

²⁵ พระราชบัญญัติยาเสพติด พ.ศ. 2522

มาตรา 9 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการควบคุมยาเสพติดให้โทษ” ประกอบด้วยปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นประธานกรรมการอธิบดีกรมการแพทย์หรือผู้แทน อธิบดีกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์หรือผู้แทน อธิบดีกรมศุลกากรหรือผู้แทน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือผู้แทน เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดหรือผู้แทน อธิบดีกรมการแพทย์หรือผู้แทน อธิบดีกรมศุลกากรหรือผู้แทน ผู้แทนกระทรวงกลาโหม และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกไม่เกินเจ็ดคนซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งเป็นกรรมการ และให้เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาเป็นกรรมการและเลขานุการ และหัวหน้ากองควบคุมวัตถุเสพติด สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ

²⁶ พระราชบัญญัติยาเสพติด พ.ศ. 2522

มาตรา 8 ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(1) ระบุชื่อยาเสพติดให้โทษว่า ยาเสพติดให้โทษชื่อใดอยู่ในประเภทใดตามมาตรา 7

(2) เพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงชื่อหรือประเภทยาเสพติดให้โทษตาม (1)

(3) กำหนดมาตรฐานว่าด้วยปริมาณ ส่วนประกอบ คุณภาพ ความบริสุทธิ์ หรือลักษณะอื่นของยาเสพติดให้โทษตลอดจนการบรรจุและการเก็บรักษายาเสพติดให้โทษ

(4) กำหนดจำนวนและจำนวนเพิ่มเติมซึ่งยาเสพติดให้โทษที่จะต้องใช้ในการทางการแพทย์และทางวิทยาศาสตร์ทั่วราชอาณาจักรประจำปี

(5) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดปริมาณยาเสพติดให้โทษที่ผู้อนุญาตจะอนุญาตให้ผลิต นำเข้า จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองได้

(6) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษในประเภท 3 ตามมาตรา 7 (3)

(7) จัดตั้งสถานพยาบาล

(8) กำหนดระเบียบข้อบังคับ เพื่อควบคุมการบำบัดรักษาและระเบียบวินัยสำหรับสถานพยาบาล

²⁷ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522

มาตรา 8 ทวิ เพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยของประชาชน ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดประเภทหรือลักษณะของสิ่งก่อสร้างขึ้นเพื่อใช้ในการขนส่งบุคคลในบริเวณใดในลักษณะกระเช้าไฟฟ้าหรือสิ่งอื่นใดที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันหรือออกกฎกระทรวงกำหนดประเภทหรือลักษณะของสิ่งก่อสร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องเล่นในสวนสนุกหรือในสถานที่อื่นใดเพื่อประโยชน์ในลักษณะเดียวกันเป็นอาคารตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงตามวรรคหนึ่งต้องกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการก่อสร้าง การอนุญาตให้ใช้ การตรวจสอบ มาตรฐานการรับน้ำหนัก ความปลอดภัย และคุณสมบัติของวัสดุหรืออุปกรณ์ที่จำเป็นเกี่ยวกับสิ่งนั้น ทั้งนี้ ตามความเหมาะสมของสิ่งก่อสร้างขึ้นแต่ละประเภทหรือแต่ละลักษณะโดยอาจกำหนดให้แตกต่างจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ได้

เราจะพบจากเนื้อหาของกฎหมายฉบับต่างๆ โดยจะใช้คำว่า “ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของ ...” หรือ “ให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบโดยความเห็นของ ...” หรือ “ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของ ...” หรือ ใช้คำอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายกัน ซึ่งจากถ้อยคำดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งประสงค์เป็นการบังคับฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองว่าก่อนที่จะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่ ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการ

(2) กรณีไม่มีกฎหมายบังคับให้ปรึกษาหารือหรือการปรึกษาหารือโดยสมัครใจ

นอกจากการบังคับให้มีการปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาแล้ว ยังมีการปรึกษาหารืออีกรูปแบบหนึ่งที่กฎหมายจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาขึ้นมาและให้อำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหารือแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง แต่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะต้องปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาก่อนจึงจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่ของตน การขอคำปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาเป็นความสมัครใจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเองว่าตนจะทำการปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาหรือไม่ ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง การสมัครใจปรึกษาหารือนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นการขอคำปรึกษาหารือในด้านการบริหาร เช่น พระราชบัญญัติหอการค้าไทย พ.ศ. 2509 ได้บัญญัติให้หอการค้ามีหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือแก่รัฐบาลเกี่ยวกับการพัฒนาประเทศ ดังนี้

มาตรา 28 หอการค้ามีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ส่งเสริมการค้า การบริการ การประกอบวิชาชีพอิสระ อุตสาหกรรม เกษตรกรรม การเงินหรือเศรษฐกิจโดยทั่วไป เช่น รวบรวมสถิติ เผยแพร่ข่าวสารการค้า วิจัยเกี่ยวกับการค้าและการเศรษฐกิจ ส่งเสริมการท่องเที่ยว การออกไปรับรองแหล่งกำเนิดของสินค้า การวางมาตรฐานแห่งคุณภาพของสินค้าการตรวจสอบมาตรฐานสินค้า จัดตั้งและดำเนินการสถานการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการค้าและเศรษฐกิจ พิพธิภัณฑ์สินค้า การจัดงานแสดงสินค้า การเป็นอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาททางการค้า

(2) รับปรึกษาและให้ข้อเสนอแนะแก่สมาชิกเกี่ยวกับการค้า การบริการ การประกอบวิชาชีพอิสระ อุตสาหกรรม เกษตรกรรม การเงินหรือเศรษฐกิจ และช่วยอำนวยความสะดวกต่างๆ ในการดำเนินธุรกิจของสมาชิก

(3) ให้คำปรึกษาและเสนอข้อเสนอแนะแก่รัฐบาลเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

(4) ประสานงานในทางการค้าระหว่างผู้ประกอบการค้ากับทางราชการ

(5) ปฏิบัติกิจการอื่นๆ ตามแต่จะมีกฎหมายระบุให้เป็นหน้าที่ของหอการค้า หรือตามที่ทางราชการมอบหมาย

จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 28 (3) ได้กำหนดไว้อย่างกว้างระบุให้หอการค้ามีหน้าที่ให้คำปรึกษาในด้านการพัฒนาเศรษฐกิจซึ่งมิได้กำหนดว่าต้องให้ความเห็นชอบ

2) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน เป็นการให้สิทธิแก่คู่กรณีในการที่ได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน ซึ่งเป็นกระบวนการที่ได้รับอิทธิพลมาจากกระบวนการพิจารณาคดีในศาลที่เรียกว่า “สิทธิในการต่อสู้คดี” (droits de la défense) ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ โดยเนื้อหาอาจมีรายละเอียดในขั้นตอนแตกต่างกันไป และในกรณีที่ไม่มีความหมายเฉพาะเรื่องได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวใช้เฉพาะกรณีคำสั่งทางปกครอง มิได้ให้ใช้กับการออกกฎ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

(1) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ขั้นตอนในการให้สิทธิโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของคู่กรณีนั้นเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดขั้นตอนหนึ่งในการเป็นหลักประกันการกระทบสิทธิของเอกชนโดยมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดหลักการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยการให้สิทธิคู่กรณีมีโอกาสดำเนินการข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนโดยมีเจตนารมณ์สำคัญ²⁸ 2 ประการ คือ

ประการแรก เพื่อประกันความเป็นธรรมให้กับบุคคลที่เป็นคู่กรณี โดยการให้โอกาสคู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของตน

ประการที่สอง เพื่อประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการเปิดโอกาสจะทำให้เจ้าหน้าที่ได้รับทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องที่จะออกคำสั่งอย่างรอบด้านและสมเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันถือเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพ ขณะเดียวกันก็กระทบกับสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของปัจเจกชนน้อยที่สุด

หลักการสำคัญของขั้นตอนนี้ คือ การให้โอกาสแก่คู่กรณีที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่

²⁸ มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง. (2552). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. น. 99.

ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน จากบทบัญญัติดังกล่าว เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงหลักการที่ถือเป็นเงื่อนไขสำคัญ คือ ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริง โดยข้อเท็จจริงที่คู่กรณีมีสิทธิรับทราบหมายถึง ข้อเท็จจริงที่สำคัญที่เจ้าหน้าที่จะใช้เป็นเหตุผลในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิคู่กรณีนั้น ไม่ใช่ข้อเท็จจริงปลีกย่อยที่ไม่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครอง²⁹ และต้องให้สิทธิในการรับทราบข้อเท็จจริงนั้น อย่างเพียงพอ คือ จะต้องให้โอกาสด้วยการแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงสิทธิของตนล่วงหน้า เพื่อให้มีระยะเวลาเตรียมตัวรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ พอสมควรด้วย ซึ่งหากได้ให้โอกาสเช่นนั้นแล้ว คู่กรณีไม่ได้ใช้โอกาสนั้นหรือไม่รักษาสหสิทธิของตนก็ต้องถือว่าฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว ซึ่งก็ย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมีผลสมบูรณ์และชอบด้วยกฎหมาย³⁰ ทั้งนี้ ขั้นตอนการให้สิทธิโต้แย้งคัดค้านใช้บังคับสำหรับคำสั่งทางปกครองที่ “อาจกระทบถึงสิทธิ” ของคู่กรณี การให้โอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานไม่ได้หมายถึงคำสั่งทางปกครองทุกประเภทดังนั้น หากคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ใช่คำสั่งที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี ฝ่ายปกครองผู้ทำคำสั่งก็ย่อมมีอำนาจที่จะทำคำสั่งโดยไม่จำเป็นต้องให้โอกาสดังกล่าวแก่คู่กรณีแต่อย่างใดเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งจึงต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่า เป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีดังกล่าวหรือไม่แต่ในบางกรณีอาจมีข้อยกเว้น มาตรา 30 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 เจ้าหน้าที่อาจไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีได้ในกรณีดังต่อไปนี้ คือ

- 1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วน หากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ กรณีนี้เป็นกรณีเร่งด่วนที่การรับฟังคู่กรณีอาจทำให้เจ้าหน้าที่แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ทันการณ์ และอาจก่อให้เกิดความเสียหาย
- 2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎหมายกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป กรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองเอาไว้
- 3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง กรณีนี้เป็นกรณีที่คู่กรณีต้องรับผิดชอบกับข้อมูลที่ให้ไว้กับ
- 4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ กรณีนี้อาจจะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่พบตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองแต่จำเป็นต้องออกคำสั่งทางปกครองนั้น

²⁹ วรเจตน์ภิกษิ์รัตน์. เล่มเดิม.น. 172.

³⁰ มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง. เล่มเดิม.น. 101.

อนึ่ง กรณีที่คำสั่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครองซึ่งบังคับใช้กับบุคคลทั่วไป กรณีย่อมเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้เช่นกัน

5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองเป็นมาตรการที่เจ้าหน้าที่กำหนดขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง มาตรการบังคับทางปกครองบางมาตรการอาจเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองได้

6) กรณีอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ปัจจุบันมีกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้คำสั่งทางปกครองดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือโต้แย้งก่อนการทำการคำสั่งทางปกครอง คือ

1. การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขึ้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อนหรือการให้พ้นจากตำแหน่ง
2. การแจ้งผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล
3. การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ
4. การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว
5. การไม่ออกใบอนุญาตหรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว
6. การสั่งให้เนรเทศ

นอกจากกรณีทีกล่าวนำข้างต้น หากปรากฏว่าการแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบและการให้โอกาสคู่กรณีในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน อาจก่อให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่รับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง

(2) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านตามกฎหมายเฉพาะ

เนื่องจากขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านนั้น จุดมุ่งหมายเพื่อให้บุคคลผู้ที่ถูกระทบสิทธิหรืออาจถูกระทบสิทธิได้มีโอกาสแสดงพยานหลักฐาน ทั้งนี้ ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น ต้องอาศัยฐานที่มาจากอำนาจตามกฎหมาย หรือปฏิบัติการที่แตกต่างหลากหลาย จึงทำให้ขั้นตอนวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านปรากฏในกฎหมายหลายฉบับ จึงจะนำมายกตัวอย่างบางกรณีเท่านั้น

ก. กฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการฝ่ายต่างๆ ได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 92³¹ และมาตรา 93³² ได้กำหนด ขั้นตอนและวิธีการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิในชั้นคณะกรรมการสอบสวน ให้แก่ข้าราชการพลเรือนสามัญที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง หรือที่ถูกกล่าวหาว่าหย่อนความสามารถด้วยเหตุใดในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการของตน หรือประพฤติดนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือบกพร่องในหน้าที่ด้วยเหตุใด

นอกจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติแล้ว ยังมีการกำหนดหลักเกณฑ์การสอบสวนไว้ในกฎหมายลำดับรองด้วย ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มาตรา 132 นั้นบัญญัติให้นำกฎ ก.พ.ที่ให้อยู่เดิมมาบังคับใช้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ดังนั้นในการสอบสวนทางวินัยจึงยังคงนำ กฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณาใช้บังคับกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 นั้นได้กำหนดขั้นตอนอันเกี่ยวกับการสอบสวนตั้งแต่ขั้นตอนการแต่งตั้งคณะกรรมการการสอบสวนทางวินัย หลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวนทางวินัยการพิจารณาความผิด

³¹พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

มาตรา 92 ในกรณีที่ผลการสืบสวนหรือพิจารณาตามมาตรา 91 ปรากฏว่ากรณีมีมูลว่าความผิดนั้น มิใช่เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง และได้แจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ พร้อมทั้งรับฟังคำชี้แจงของผู้ถูกกล่าวหาแล้วผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดตามข้อกล่าวหา ให้ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษตามควรแก่กรณีโดยไม่ตั้งคณะกรรมการสอบสวนก็ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ถ้าผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กระทำผิดตามข้อกล่าวหา ให้ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวสั่งยุติเรื่อง

³² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

มาตรา 93 ในกรณีที่ผลการสืบสวนหรือพิจารณาตามมาตรา 91 ปรากฏว่ากรณีมีมูลอันเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนในการสอบสวนต้องแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ พร้อมทั้งรับฟังคำชี้แจงของผู้ถูกกล่าวหา เมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการเสร็จ ให้รายงานผลการสอบสวนและความเห็นต่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57

ถ้าผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กระทำผิดตามข้อกล่าวหา ให้สั่งยุติเรื่อง แต่ถ้าเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดตามข้อกล่าวหา ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 96 หรือมาตรา 97 แล้วแต่กรณี

การพิจารณาโทษ และการรายงานการดำเนินการทางวินัยโดยขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านกำหนด เช่น ข้อ 14³³ ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18

³³ กฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ.2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณา

ข้อ 14 เมื่อได้พิจารณาเรื่องที่กล่าวหาและวางแนวทางการสอบสวนตามข้อ 6 แล้วให้คณะกรรมการสอบสวนเรียกผู้ถูกกล่าวหาามาเพื่อแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาที่ปรากฏ ตามเรื่องที่กล่าวหาให้ทราบให้ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการใด เมื่อใด อย่างไร ในการนี้ ให้คณะกรรมการสอบสวนแจ้งด้วยว่าผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะได้รับแจ้งสรุปพยานหลักฐาน ที่สนับสนุนข้อกล่าวหา และมีสิทธิที่จะให้ถ้อยคำหรือชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา ตลอดจนอ้างพยานหลักฐานหรือนำพยานหลักฐานมาสืบแก้ข้อกล่าวหาได้ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 15

การแจ้งตามวรรคหนึ่ง ให้ทำบันทึกมีสาระสำคัญตามแบบ สว.2 ทำยกฎ ก.พ. นี้ โดยทำเป็นสองฉบับเพื่อมอบให้ผู้ถูกกล่าวหาหนึ่งฉบับ เก็บไว้ในสำนวนการสอบสวน หนึ่งฉบับ และให้ผู้ถูกกล่าวหาลงลายมือชื่อรับทราบไว้เป็นหลักฐานด้วย

เมื่อได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่งและวรรคสองแล้ว ให้คณะกรรมการสอบสวน ถามผู้ถูกกล่าวหาว่า ได้กระทำการตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ อย่างไร

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาให้ถ้อยคำรับสารภาพว่าได้กระทำการตามที่ถูกกล่าวหาให้คณะกรรมการสอบสวนแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบว่าการกระทำตามที่ถูกกล่าวหาดังกล่าวเป็นความผิดวินัยกรณีใดหรือหย่อนความสามารถในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือบกพร่องในหน้าที่ราชการหรือประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการตามมาตรา 115 อย่างไรหากผู้ถูกกล่าวหาขังขุ่นขันตามที่รับสารภาพไว้บันทึกถ้อยคำรับสารภาพรวมทั้งเหตุผลในการรับสารภาพ (ถ้ามี) และสาเหตุแห่งการกระทำไว้ด้วยในกรณีเช่นนี้คณะกรรมการสอบสวนจะไม่ทำการสอบสวนต่อไปก็ได้หรือถ้าเห็นเป็นการสมควรที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์อันเกี่ยวกับเรื่องที่กล่าวหาโดยละเอียดจะทำการสอบสวนต่อไปตามควรแก่กรณีก็ได้แล้วดำเนินการตามข้อ 30 และข้อ 31 ต่อไป

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้ให้ถ้อยคำรับสารภาพ ให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อกล่าวหาแล้วดำเนินการตามข้อ 15 ต่อไป

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาามาแล้วแต่ไม่ยอมลงลายมือชื่อรับทราบข้อกล่าวหาหรือไม่มารับทราบข้อกล่าวหาให้คณะกรรมการสอบสวนส่งบันทึกมีสาระสำคัญตามแบบ สว.2 ทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับไปให้ผู้ถูกกล่าวหาคนที่อยู่ของผู้ถูกกล่าวหาซึ่งปรากฏตามหลักฐานของทางราชการหรือสถานที่ติดต่อของผู้ถูกกล่าวหาแจ้งให้ทราบพร้อมทั้งมีหนังสือสอบถามผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่การแจ้งข้อกล่าวหาในกรณีเช่นนี้ให้ทำบันทึกมีสาระสำคัญตามแบบ สว.2 เป็นสามฉบับเพื่อเก็บไว้ในสำนวนการสอบสวน หนึ่งฉบับ ส่งให้ผู้ถูกกล่าวหาสองฉบับ โดยให้ผู้ถูกกล่าวหาเก็บไว้หนึ่งฉบับและให้ผู้ถูกกล่าวหาลงลายมือชื่อและวันเดือนปีที่รับทราบส่งกลับคืนมารวมไว้ในสำนวนการสอบสวนหนึ่งฉบับเมื่อล่วงพ้นสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้นำดำเนินการดังกล่าวแล้วแม้จะไม่ได้รับแบบ สว.2 คืนให้ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาได้ทราบข้อกล่าวหาแล้วและให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการตามวรรคห้าต่อไป

นอกจากการรับรองสิทธิการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนแล้ว ยังมีการกำหนดขั้นตอนการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานข้าราชการฝ่ายต่างๆ ตามพระราชบัญญัติอื่น เช่น พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตำรวจ พ.ศ. 2521 เป็นต้น หากกฎหมายฉบับใด มิได้มีการบัญญัติในเรื่องขั้นตอนโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานไว้อย่างครบถ้วน ยังคงต้องนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในส่วนของการรับรองสิทธิตามหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิมาใช้บังคับ ในฐานะที่เป็นกฎหมายกลาง เช่น การให้โอกาสคู่กรณีชี้แจงโต้แย้งคัดค้าน หรือ พิสูจน์ข้อเท็จจริงสิทธิที่จะมีทุนความหรือที่ปรึกษาเข้าร่วมในการพิจารณา และสิทธิขอตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น

ข. กฎหมายเกี่ยวกับการชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

การดำเนินการทางวินัยในบางกรณีมิได้เกิดจากระบวนการสอบสวนทางวินัยของหน่วยงานต้นสังกัดของผู้ถูกลงโทษโดยตรง แต่เป็นองค์กรพิเศษที่มีหน้าที่ตรวจสอบการทุจริต และมีอำนาจในการสอบสวนการทุจริต มีลักษณะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) โดยองค์กรนี้มีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550³⁴ มาตรา 250 บัญญัติว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้(1) ได้สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเข้าใจเกี่ยวกับการถอดถอนออกจากตำแหน่งเสนอต่อวุฒิสภามาตรา 272 และมาตรา 279 วรรคสาม(2) ได้สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเข้าใจกับการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองส่งไปยังศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามมาตรา 275 (3) ได้สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่า ที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวหรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นสมควร

³⁴ในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลงชั่วคราว ตามข้อ 1 แห่งประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 5/2557 แต่ศาลและองค์กรอิสระยังปฏิบัติหน้าที่ต่อไปตาม ข้อ 4 และ ข้อ 5 แห่งประกาศฉบับเดียวกัน

ดำเนินการด้วย ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (4) ตรวจสอบความถูกต้องและความมีอยู่จริงรวมทั้งความเปลี่ยนแปลงของทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 259 และมาตรา 264 ตามบัญชีและเอกสารประกอบที่ได้ยื่นไว้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนด (5) กำกับดูแลคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (6) รายงานผลการตรวจสอบและผลการปฏิบัติหน้าที่พร้อมข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาทุกปี ทั้งนี้ ให้ประกาศรายงานดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาและเปิดเผยต่อสาธารณะด้วย (7) ดำเนินการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ทั้งนี้ จากบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการทางวินัยจึงต้องพิจารณาอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตประกอบ พ.ศ.2542³⁵ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2554 ประกอบด้วย ตามมาตรา 19 (2) (3) และ (4) บัญญัติว่า “คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (1) ... (2) ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเพื่อส่งไปยังอัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามหมวด 6 การดำเนินคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามมาตรา 275 ของรัฐธรรมนูญ (3) ไต่สวนและวินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่นซึ่งมิใช่บุคคลตาม (2) และเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายวผิดปกติเพื่อร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ (4) ไต่สวนและวินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่นซึ่งมิใช่บุคคลตาม(2)หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองร้ายวผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมหรือความผิดที่เกี่ยวข้องกันรวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่าที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว หรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรดำเนินการด้วย ตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมูลความผิดทางวินัยแล้ว จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตประกอบ

³⁵ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ยังคงมีผลใช้บังคับตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 24/2557

พ.ศ. 2542 มาตรา 92³⁶ และมาตรา 93³⁷ โดยผู้บังคับบัญชาจะต้องมีคำสั่งลงโทษทางวินัยตามฐานความผิดโดยมิต้องตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอีกขึ้นก่อนการสอบสวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้น ได้มีระเบียบเกี่ยวกับการสอบสวน ได้แก่ ระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวนข้อเท็จจริงของพนักงานไต่สวนพ.ศ. 2550 ขึ้นก่อนการให้สิทธิในการโต้แย้งคัดค้านกำหนดไว้ เช่น ข้อ 20³⁸ และข้อ 21³⁹ ระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยการ

³⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

มาตรา 92 ในกรณีมีมูลความผิดทางวินัย เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้พิจารณาพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดแล้วมีมติว่าผู้ถูกกล่าวหาผู้ใดได้กระทำความผิดวินัย ให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นเพื่อพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยมิต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก ในการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหา ให้ถือว่ารายงานเอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัย ตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นๆ แล้วแต่กรณี

กรณีผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ข้าราชการตุลาการศาลปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองหรือข้าราชการอัยการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ ให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นไปยังประธานคณะกรรมการตุลาการ ประธานคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง หรือประธานคณะกรรมการอัยการ แล้วแต่กรณี เพื่อพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการโดยเร็ว โดยให้ถือเอารายงานและเอกสารของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นส่วนหนึ่งของสำนวนการสอบสวนด้วย และเมื่อดำเนินการได้ผลประการใดแล้วให้แจ้งให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้มีคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือวันที่ได้มีคำวินิจฉัยว่าไม่มีความผิดวินัย

สำหรับผู้ถูกกล่าวหาซึ่งไม่มีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับเกี่ยวกับวินัยเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่าผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวได้กระทำความผิดในเรื่องที่ถูกกล่าวหาให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไปยังผู้บังคับบัญชา หรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนเพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป”

³⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

มาตรา 93 เมื่อได้รับรายงานตามมาตรา 92 วรรคหนึ่งและวรรคสามแล้ว ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนพิจารณาลงโทษภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง และให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนส่งสำเนาคำสั่งลงโทษดังกล่าวไปให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้ออกคำสั่ง

³⁸ ระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวนข้อเท็จจริงของพนักงานไต่สวน พ.ศ. 2550 ข้อ 20 เมื่อพนักงานไต่สวนเห็นว่า มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนข้อกล่าวหาให้พนักงาน

ปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการไต่สวน พ.ศ. 2547 ซึ่งกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เช่น ข้อ 15⁴⁰ ของระเบียบดังกล่าว กำหนดให้การแจ้งข้อกล่าวหาต้องทำเป็นหนังสือ

ไต่สวนเรียกผู้ถูกกล่าวหามาพบ และแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ โดยให้ออกาสผู้ถูกกล่าวหาที่จะชี้แจงข้อกล่าวหา และนำสืบแก้ข้อกล่าวหาภายในเวลาอันสมควร แต่อย่างช้าไม่เกินสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับทราบข้อกล่าวหา

ในการแจ้งข้อกล่าวหาตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานไต่สวนจัดทำเป็นบันทึกตามแบบที่คณะกรรมการกำหนด ระบุข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเท่าที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาเข้าใจข้อกล่าวหาได้ดี โดยทำเป็นสองฉบับ และให้ผู้ถูกกล่าวหาลงลายมือชื่อรับทราบไว้เป็นหลักฐาน

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้รับทราบข้อกล่าวหา แต่ไม่ยอมลงลายมือชื่อรับทราบข้อกล่าวหาให้พนักงานไต่สวนจดแจ้งเหตุที่ไม่ยอมลงลายมือชื่อไว้ในบันทึกแจ้งข้อกล่าวหา และให้รวมไว้ในสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริง หากผู้ถูกกล่าวหาไม่มารับทราบข้อกล่าวหา ให้พนักงานไต่สวนส่งบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับไปให้ผู้ถูกกล่าวหา ณ ที่อยู่ของผู้ถูกกล่าวหาซึ่งปรากฏตามหลักฐานของทางราชการ หรือสถานที่ติดต่อที่ผู้ถูกกล่าวหาแจ้งให้ทราบ การแจ้งในกรณีนี้ให้ทำบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาเป็นสามฉบับเพื่อเก็บไว้ในสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงหนึ่งฉบับ ส่งไปให้ผู้ถูกกล่าวหาสองฉบับ โดยให้ผู้ถูกกล่าวหาเก็บไว้หนึ่งฉบับ และให้ผู้ถูกกล่าวหาลงลายมือชื่อและวันเดือนปีที่รับทราบ ส่งกลับคืนมารวมไว้ในสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงหนึ่งฉบับ เมื่อล่วงพ้นสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว แม้จะไม่ได้รับบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาคืน หรือ ไม่ได้รับคำชี้แจงจากผู้ถูกกล่าวหา ก็ให้ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาได้รับทราบข้อกล่าวหาและไม่ประสงค์ที่จะแก้ข้อกล่าวหา

ถ้าผู้ถูกกล่าวหาขอให้ถ้อยคำ หรือยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา หรือขอให้นำสืบพยานหลักฐานแก้ข้อกล่าวหา ก่อนที่พนักงานไต่สวนจะสรุปสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงเสนอประธานกรรมการและพนักงานไต่สวนเห็นว่ามิเหตุผลอันสมควร พนักงานไต่สวนอาจพิจารณาให้ออกาสแก่ผู้ถูกกล่าวหาตามที่อยู่ของผู้ถูกกล่าวหา ร้องขอก็ได้

³⁹ระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวนข้อเท็จจริงของพนักงานไต่สวน พ.ศ. 2550 ข้อ 21 ในการชี้แจงข้อกล่าวหาผู้ถูกกล่าวหาอาจแก้ข้อกล่าวหาโดยทำเป็นหนังสือหรือชี้แจงด้วยวาจาก็ได้ และผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธินำพยานหลักฐานหรือบุคคลที่ไว้วางใจเข้าฟังการชี้แจงหรือให้ปากคำของตนได้ ทั้งนี้ พยานหลักฐานหรือบุคคลที่ผู้ถูกกล่าวหาไว้วางใจดังกล่าวต้องมีชื่อพยานในเรื่องที่กล่าวหา

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาด้วยวาจา ให้นำข้อ 27 และข้อ 29 มาใช้บังคับโดยอนุโลม การนำสืบแก้ข้อกล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาจะนำพยานหลักฐานมาเอง หรือจะอ้างพยานหลักฐานแล้วขอให้พนักงานไต่สวนเรียกพยานหลักฐานนั้นมาก็ได้ ทั้งนี้ หากพนักงานไต่สวนเห็นว่า เพื่อประโยชน์แห่งความเป็นธรรมจะขยายระยะเวลาชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา หรือนำสืบแก้ข้อกล่าวหาออกไปตามที่เห็นสมควรก็ได้

ในกรณีที่พนักงานไต่สวนเห็นว่า พยานหลักฐานใดที่ผู้ถูกกล่าวหาอ้าง ไม่เกี่ยวกับประเด็นที่กล่าวหา หรือเป็นการประวิงให้ชักช้า พนักงานไต่สวนจะไม่ทำการไต่สวนพยานหลักฐานนั้นก็ได้

⁴⁰ระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการไต่สวน พ.ศ. 2547

โดยระบุข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเพียงพอเท่าที่ผู้ถูกกล่าวหาจะเข้าใจได้ และในข้อ 16⁴¹ ระบุว่า ผู้ถูกกล่าวหาอาจแก้ข้อกล่าวหาโดยทำเป็นหนังสือหรือชี้แจงด้วยวาจาก็ได้ ทั้งนี้

ข้อ 15 เมื่อคณะกรรมการได้ส่วนเห็นว่าพยานหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนข้อกล่าวหาให้คณะกรรมการได้ส่วนเรียกผู้ถูกกล่าวหามาพบ และแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ และให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาที่จะชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาและนำสืบแก้ข้อกล่าวหาภายในเวลาอันสมควร แต่อย่างช้าไม่เกินสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับทราบข้อกล่าวหา

ในการแจ้งข้อกล่าวหาตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการได้ส่วนจัดทำเป็นบันทึกตามแบบที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด ระบุข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเท่าที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาเข้าใจข้อกล่าวหาได้ดี โดยทำเป็นสองฉบับ เพื่อมอบให้ผู้ถูกกล่าวหาหนึ่งฉบับ เก็บไว้ในสำนวนการได้ส่วนข้อเท็จจริงหนึ่งฉบับ และให้ผู้ถูกกล่าวหาลงลายมือชื่อรับทราบไว้เป็นหลักฐานด้วย

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้รับทราบข้อกล่าวหาแต่ไม่ยอมลงลายมือชื่อรับทราบข้อกล่าวหา ให้คณะกรรมการได้ส่วนจดแจ้งเหตุที่ไม่ยอมลงลายมือชื่อไว้ในบันทึกแจ้งข้อกล่าวหา และให้รวมไว้ในสำนวนการได้ส่วนข้อเท็จจริง หากผู้ถูกกล่าวหาไม่มารับทราบข้อกล่าวหา ให้คณะกรรมการได้ส่วนส่งบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับไปให้ผู้ถูกกล่าวหา ณ ที่อยู่ของผู้ถูกกล่าวหาซึ่งปรากฏตามหลักฐานของทางราชการหรือสถานที่ติดต่อที่ผู้ถูกกล่าวหาแจ้งให้ทราบ การแจ้งในกรณีนี้ให้ทำบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาเป็นสามฉบับ เพื่อเก็บไว้ในสำนวนการได้ส่วนข้อเท็จจริงหนึ่งฉบับ ส่งไปให้ผู้ถูกกล่าวหาสองฉบับ โดยให้ผู้ถูกกล่าวหาเก็บไว้หนึ่งฉบับ และให้ผู้ถูกกล่าวหาลงลายมือชื่อและวันเดือนปีที่รับทราบ ส่งกลับคืนมารวมไว้ในสำนวนการได้ส่วนข้อเท็จจริงหนึ่งฉบับ เมื่อล่วงพ้นสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว แม้จะไม่ได้รับบันทึกแจ้งข้อกล่าวหาคืน หรือไม่ได้รับคำชี้แจงจากผู้ถูกกล่าวหาถือว่าผู้ถูกกล่าวหาได้รับทราบข้อกล่าวหาและไม่ประสงค์ที่จะแก้ข้อกล่าวหา

ถ้าผู้ถูกกล่าวหาขอให้ถ้อยคำหรือยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาหรือขอให้นำสืบพยานหลักฐานแก้ข้อกล่าวหาก่อนที่คณะกรรมการได้ส่วนจะสรุปสำนวนการได้ส่วนข้อเท็จจริง เสนอประธานกรรมการและคณะกรรมการได้ส่วน เห็นว่ามีเหตุผลอันสมควรอาจพิจารณาให้โอกาสแก่ผู้ถูกกล่าวหา ตามที่ผู้ถูกกล่าวหาร้องขอก็ได้

⁴¹ ระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการได้ส่วน พ.ศ. 2547

ข้อ 16 ในการชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาอาจแก้ข้อกล่าวหาโดยทำเป็นหนังสือหรือชี้แจงด้วยวาจาก็ได้ และผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธินำพยานหลักฐานหรือบุคคลที่ไว้วางใจเข้าฟังการชี้แจงหรือให้ปากคำของตนได้ ทั้งนี้ พยานหลักฐานหรือบุคคลที่ผู้ถูกกล่าวหาไว้วางใจดังกล่าว ต้องมิใช่พยานในเรื่องที่กล่าวหา

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาด้วยวาจา ให้หน้าข้อ 22 และข้อ 24 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การนำสืบแก้ข้อกล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาจะนำพยานหลักฐานมาเองหรือจะอ้างพยานหลักฐานแล้วขอให้คณะกรรมการได้ส่วนเรียกพยานหลักฐานนั้นมาก็ได้ ทั้งนี้ หากคณะกรรมการได้ส่วนเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความเป็นธรรมจะขยายระยะเวลาชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา หรือนำสืบแก้ข้อกล่าวหาออกไปตามที่เห็นสมควรก็ได้

ในกรณีที่คณะกรรมการได้ส่วนเห็นว่าพยานหลักฐานใดที่ผู้ถูกกล่าวหาอ้าง ไม่เกี่ยวกับประเด็นที่กล่าวหาหรือเป็นการประวิงให้ชักช้า คณะกรรมการได้ส่วนจะไม่ทำการได้ส่วนพยานหลักฐานนั้นก็ได้

ระเบียบทั้งสองฉบับถูกยกเลิกตามข้อ 3 ของระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการไต่สวนข้อเท็จจริง พ.ศ. 2555 ในปัจจุบันรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เกี่ยวกับการไต่แย้งคัดค้านจะต้องปฏิบัติตามระเบียบฉบับดังกล่าว เช่น ข้อ 37⁴² ระบุว่า เมื่อองค์คณะอนุกรรมการไต่สวนเห็นว่า จากทางไต่สวนข้อเท็จจริงมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการอันมีมูลความผิด คณะอนุกรรมการไต่สวนจะต้องมีหนังสือเรียกผู้ถูกกล่าวหามาพบและแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ และให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาที่จะชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาและนำสืบแก้ข้อกล่าวหาภายในเวลาอันสมควร เป็นต้น

ค. กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบวิชาชีพพาณิชยกรรมได้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลการประกอบวิชาชีพ หากมีการประกอบอาชีพโดยผิดจรรยาบรรณย่อมมีมาตรการในการลงโทษบุคคลนั้นจำเป็นต้องมีการสอบสวนข้อเท็จจริง ดังนั้น ในขั้นตอนการ

⁴² ระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการไต่สวนข้อเท็จจริง พ.ศ. 2555

ข้อ 37 เมื่อองค์คณะอนุกรรมการไต่สวนเห็นว่า จากทางไต่สวนข้อเท็จจริงมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนข้อกล่าวหาว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการอันมีมูลความผิด ให้คณะอนุกรรมการไต่สวนมีหนังสือเรียกผู้ถูกกล่าวหามาพบและแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ และให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาที่จะชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาและนำสืบแก้ข้อกล่าวหาภายในเวลาอันสมควร แต่อย่างช้าไม่เกินสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับทราบข้อกล่าวหา

ในการแจ้งข้อกล่าวหาตามวรรคหนึ่ง ให้คณะอนุกรรมการไต่สวนจัดทำเป็นบันทึกการแจ้งข้อกล่าวหาระบุการกระทำและพฤติการณ์ทั้งหลายที่อ้างว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิด ข้อเท็จจริงและรายละเอียดเกี่ยวกับเวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้น ๆ อีกทั้งบุคคลหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องด้วยพอสมควรที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาเข้าใจข้อกล่าวหาได้ดี โดยให้ทำขึ้นเป็นสองฉบับเพื่อมอบให้ผู้ถูกกล่าวหาหนึ่งฉบับและเก็บไว้เป็นหลักฐานในสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริงหนึ่งฉบับ โดยให้ผู้ถูกกล่าวหาลงลายมือชื่อรับทราบการแจ้งข้อกล่าวหาไว้เป็นหลักฐานด้วย

การแจ้งข้อกล่าวหาในกรณีร้ายแรงผิดปกติ นอกจากจะต้องกระทำตามวรรคสองแล้ว ให้ระบุข้อเท็จจริงและรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบหรือพฤติการณ์ที่เป็นเหตุแห่งการร้ายแรงผิดปกติให้ชัดเจนด้วยเพื่อที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาเข้าใจข้อกล่าวหาได้ดี

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหามารับทราบข้อกล่าวหาแต่ไม่ยอมลงลายมือชื่อรับทราบข้อกล่าวหาให้คณะอนุกรรมการไต่สวนจดแจ้งเหตุที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ยอมลงลายมือชื่อไว้ในบันทึกการแจ้งข้อกล่าวหาด้วยและให้รวมไว้ในสำนวนการไต่สวนข้อเท็จจริง

ในการแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ ผู้ถูกกล่าวหาอาจมอบอำนาจให้บุคคลอื่นมารับบันทึกการแจ้งข้อกล่าวหาแทน โดยให้ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาได้รับทราบการแจ้งข้อกล่าวหาแล้วก็ได้บันทึกการแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ ให้เป็นไปตามแบบ ตส. ป.ป.ช. 15

สอบสวนจึงมีกฎหมายกำหนดขึ้นตอนไว้ เช่นพระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543⁴³ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525⁴⁴ พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528⁴⁵ พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556⁴⁶ เป็นต้น

นอกจากการได้แย่งแสดงหลักฐานที่มีลักษณะเป็นสิทธิส่วนบุคคลแล้วยังมีกรณีกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมากจึงจำเป็นต้องให้โอกาสบุคคลเหล่านั้นในการโต้แย้งสิทธิของตนที่อาจจะถูกระงับจากกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นได้ โดยการให้รับฟังบุคคลเป็นจำนวนมากนั้น อาจเป็นกรณีที่จะอนุญาตให้มีการอนุญาตให้ดำเนินกิจการขนาดใหญ่ซึ่งจะมีผลกระทบต่อบุคคลเป็นจำนวนมากฝ่ายปกครองซึ่งต้องดำเนินการรับฟังที่เรียกว่า การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing) โดยในกฎหมายไทยได้มีการกำหนดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะด้วยวิธีประชาพิจารณ์เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินงานตามโครงการของรัฐที่มีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมากตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2539

3) ขั้นตอนหรือวิธีการอื่นๆ

นอกจากขั้นตอนดังได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว การทำนิติกรรมทางปกครองนั้นยังมีรายละเอียดปลีกย่อยเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการอีกจำนวนมากซึ่งแตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น คำสั่งทางปกครองบางประเภทต้องมีการยื่นคำขอจากเอกชนก่อนจึงจะทำคำสั่งทางปกครองได้ ขั้นตอนการประกาศราชกิจจานุเบกษาของกฎ เป็นต้น

2.3.4 การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ต่อนิติกรรมทางปกครองที่บกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

หากนิติกรรมทางปกครองที่บกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเมื่อมีผลออกไปนอกฝ่ายปกครองแล้วนั้น หากเจ้าหน้าที่พบความบกพร่องหรือเอกชนพบความบกพร่องเหตุบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางประการสามารถดำเนินการแก้ไขเยียวยาในชั้นฝ่ายปกครองได้และทำให้นิติกรรมทางปกครองที่บกพร่องนั้นชอบด้วยกฎหมายแต่ในบางกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้หรือกรณีแก้ไขเยียวยาได้แต่มิได้ดำเนินการแก้ไข หากฝ่ายปกครองประสงค์จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น ก็สามารถดำเนินการได้แต่ฝ่ายปกครองยังคงเป็น

⁴³ พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543, มาตรา 60.

⁴⁴ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, มาตรา 38.

⁴⁵ พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528, มาตรา 39.

⁴⁶ พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556, มาตรา 43.

นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะมีผลต่อการพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่แตกต่างกัน เมื่อพบเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการแล้ว เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการได้ดังนี้

1) การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

เมื่อฝ่ายปกครองไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ข้อบกพร่องบางประการฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเยียวยาได้ในชั้นของเจ้าหน้าที่โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41.⁴⁷ กำหนดกรณีที่สามกรณีที่สามารถแก้ไขเยียวยาไว้ได้แก่ กรณีแรกฝ่ายปกครองออกคำสั่งปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

กรณีที่สอง คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 แล้วมิได้มีการระบุเหตุผล ต่อมาได้มีการจัดให้มีเหตุผลในภายหลัง

กรณีที่สาม การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

กรณีที่สี่ คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

⁴⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิมให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น

เมื่อมีการดำเนินการแก้ไขเรียบร้อยแล้ว หากเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิม ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้บนหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิม และต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

โดยกรณีที่สองถึงกรณีที่สี่ จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้นหรือกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น กล่าวคือต้องดำเนินการแก้ไขเยียวยา ก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองนั้นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ส่วนในเรื่องกฎนั้น มิได้มีกฎหมายใดบัญญัติ เรื่องการแก้ไขเยียวยาได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากมีข้อบกพร่องในรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการในการออกกฎนั้น จะกระทำได้เพียงการออกกฎใหม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่ากฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าไปโดยปริยาย การออกกฎใหม่เพื่อยกเลิกกฎเก่ากระทำได้โดยการออกกฎในลำดับชั้นสูงกว่าหรือในลำดับชั้นเดียวกัน

ทั้งนี้ มีข้อพิจารณาต่อไปว่า หากข้อบกพร่องในเรื่อง รูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ มิได้มีการเยียวยาให้สมบูรณ์ หรือการเยียวยาจนคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายแล้ว หากฝ่ายปกครองมีความประสงค์ที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเหล่านั้น ผลในการเพิกถอนจะมีความแตกต่างกันหรือไม่ประการใด

โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่นั้น ต้องพิจารณาตามมาตรา 49 ถึงมาตรา 52 ส่วนที่ 6 เรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ในการเพิกถอนชั้นเจ้าหน้าที่นั้น ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจของตนได้ทุกเรื่อง แต่ยังคงต้องอยู่ภายในกรอบพิจารณาตามเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง หากไม่ครบเงื่อนไข คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันจะส่งผลต่อการพิจารณาหลักเกณฑ์การเพิกถอนต่อไป ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาในขณะที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะมีผลแตกต่างกันในการเพิกถอนของชั้นเจ้าหน้าที่ ดังจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

2) การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเนื่องจากบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่นั้น ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายฝ่ายปกครองมีอำนาจในการเพิกถอนได้เสมอ เพียงแต่ความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองนั้นจะส่งผลในเรื่องของการพิจารณาคืนสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

เป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองชั้นเจ้าหน้าที่จึงมีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่แตกต่างกันดังนี้

กรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหากคำสั่งทางปกครองบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการและไม่ได้มีการแก้ไขเยียวยาส่งผลให้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณาเพิกถอนฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในกรณีนี้โดยตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 50 กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ และจะกำหนดให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนด⁴⁸

หากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีการให้ประโยชน์ที่เป็นเงินหรือทรัพย์สิน ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51⁴⁹ ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์โดยกรณีที่เพิกถอน

⁴⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 50 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ แต่ถ้าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับการเพิกถอนต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 51 และมาตรา 52

⁴⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 51 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

ความเชื่อโดยสุจริตตามวรรคหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี

ในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้

- (1) ผู้นั้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (2) ผู้นั้นได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ
- (3) ผู้นั้นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในกรณีที่เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ไปให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยถ้าเมื่อใดผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือควรได้รู้เช่นนั้นหากผู้นั้นมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป และในกรณีตามวรรคสาม ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวน”

โดยให้มีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับไปให้นำ บัญญัติ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ว่าด้วยลาภมิควรได้

ส่วนกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ได้ให้ประโยชน์ที่เป็นเงิน หรือทรัพย์สิน ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การเพิกถอนตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 52⁵⁰ คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เช่น คำสั่งบรรจุแต่งตั้ง คำสั่งอนุญาต ก่อสร้างอาคาร เป็นต้นอำนาจในการตัดสินใจว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายซึ่งไม่ได้ให้ประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ เป็นอำนาจดุลพินิจ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยที่การใช้ดุลพินิจดังกล่าว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้อง คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ดังกล่าวด้วย ทั้งนี้โดยจะต้องชั่งน้ำหนักความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองกับ ประโยชน์สาธารณะประกอบกัน⁵¹

ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่มีการให้ประโยชน์ ต้องดำเนินการเพิกถอนตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ต้องกระทำ ภายในเก้าสิบวันนับแต่ได้รู้ ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่คำสั่งทางปกครอง จะได้ทำขึ้นเพราะการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือการ ข่มขู่หรือการชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

กรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหากฝ่ายปกครองดำเนินการ แก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมกลายเป็นคำสั่ง ทางปกครองที่สมบูรณ์ในการพิจารณาเพิกถอนฝ่ายปกครองต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติ

⁵⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 52 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 51 อาจถูกเพิกถอน ทั้งหมดหรือบางส่วนได้ แต่ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทน ความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และให้นำความในมาตรา 51 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น

ค่าทดแทนความเสียหายตามมาตรานี้จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทาง ปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน”

⁵¹ วรเจตน์ภิกษิ์รัตน์. เล่มเดิม. น. 256.

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 53⁵² ซึ่งได้แยกการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ ชอบด้วยกฎหมายไว้สองกรณี

⁵² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 53 คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทาง ปกครองอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่เพิกถอนหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใด ขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ต้องทำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกันนั้นอีก หรือ เป็นกรณีที่การเพิกถอนไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุอื่น ทั้งนี้ให้คำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลภายนอกประกอบด้วย

คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจถูก เพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่เพิกถอนหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่ กำหนดได้เฉพาะเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

- (1) มีกฎหมายกำหนดให้เพิกถอนได้หรือมีข้อสงวนสิทธิให้เพิกถอนได้ในคำสั่งทางปกครองนั่นเอง
- (2) คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติแต่ไม่มีการปฏิบัติภายในเวลาที่

กำหนด

(3) ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เช่นนี้ในขณะที่ทำ คำสั่งทางปกครอง แล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหาย ต่อประโยชน์สาธารณะได้

(4) บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีบทกฎหมายเช่นนี้ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่ คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่การเพิกถอนในกรณีนี้ให้กระทำได้เท่าที่ผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อ ประโยชน์สาธารณะได้

(5) อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกัน หรือขจัดเหตุดังกล่าว

ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพราะเหตุตามวรรคสอง (3) (4) และ (5) ผู้ได้รับประโยชน์ มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และ ให้นำมาตรา 52 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจ แบ่งแยกได้ อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่มีผลย้อนหลังหรือมีผลในอนาคต ไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง
- (2) ผู้ได้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของ

คำสั่งทางปกครอง

ทั้งนี้ ให้นำความในมาตรา 51 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

กรณีแรกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับนั้น โดยหลักฝ่ายปกครองไม่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้มีผลย้อนหลังได้ รวมทั้งไม่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวในกรณีที่ยังคงต้องนำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกันอีก หรือการเพิกถอนไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุอื่น อีกทั้งต้องพิจารณาถึงประโยชน์บุคคลภายนอกด้วย

กรณีที่สองคำสั่งปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองโดยหลักไม่อาจเพิกถอนย้อนหลังได้ แต่มีเหตุที่จะเพิกถอนได้เพียง 5 กรณี คือ กรณีแรก มีกฎหมายกำหนดพร้อมข้อสงวนให้เพิกถอนได้ กรณีที่สอง มีข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติแต่ไม่ปฏิบัติตามในกำหนด กรณีที่สาม ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีในขณะทำคำสั่งทางปกครองจะไม่ทำคำสั่งนั้น และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ กรณีที่สี่ บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป และหากไม่เพิกถอนจะเกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ และกรณีที่ห้า อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นให้ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้เพียง 2 กรณีเท่านั้น คือ กรณีผู้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองและกรณีผู้ได้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง

จึงเห็นได้ว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีข้อจำกัดและเคร่งครัดมากกว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แสดงให้เห็นว่าเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองนั้น มีความสำคัญอย่างยิ่งที่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องคำนึงถึงในแง่หนึ่งเป็นกรอบในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนวิธีการ และถูกต้องในเนื้อหาด้วย และในอีกแง่หนึ่งเป็นการพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง รวมทั้งการกำหนดผลหรือระยะเวลาของการสิ้นสุดผลในระยะเวลาใด รวมถึงการคืนประโยชน์ต่างๆ ด้วย

การปกครองในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหากฝ่ายปกครองประสงค์จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวในชั้นเจ้าเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาการเพิกถอนและการคืนสิทธิประโยชน์ในลักษณะของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นหลัก

เมื่อคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายมีความบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการโดยมิได้มีการแก้ไขเยียวยาหรือมิได้มีการเพิกถอนในชั้นเจ้าหน้าที่ จนกระทั่งถูกนำมาฟ้องคดีต่อศาลหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้พิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น ก็มีลักษณะเป็นการพิจารณาในเรื่องเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลจะต้องพิจารณาหาเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนหรือเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นหลักในทางทฤษฎี ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.4 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยอ้างเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือที่เรียกในภาษาฝรั่งเศสว่า *Cas d'ouverture* หมายถึง เหตุที่ผู้ฟ้องคดีต้องยกขึ้นในการสนับสนุนคำขอท้ายฟ้องของตนเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและเป็นเหตุที่ศาลยกขึ้นใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว⁵³ โดยประเทศไทยได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติในกฎหมายฉบับต่างๆ ดังนี้

ความเป็นมาในกฎหมายไทยเกี่ยวกับเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น พบว่าก่อนการจัดตั้งศาลปกครองนั้น เดิมแนวความคิดเรื่องเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองปรากฏในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 19⁵⁴

⁵³ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น. 248.

⁵⁴ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

มาตรา 19 เรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้พิจารณาได้ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) เป็นเรื่องที่ผู้ร้องทุกข์ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และ

(2) ความเดือดร้อนหรือความเสียหายตาม (1) นั้น เนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(ก) ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

(ข) ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(ค) กระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

(ง) กระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น

หรือ

(จ) กระทำการโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ความใน (2) (ง) และ (จ) จะใช้เมื่อใดกับหน่วยงานของรัฐใดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

และมาตรา 48⁵⁵ โดยในการเพิกถอนคำสั่งนั้นเป็นอำนาจพิจารณาของนายกรัฐมนตรี และในช่วงเวลาเดียวกันศาลยุติธรรมก็ได้มีบทบาทในการพิจารณาการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ต่อมาประเทศไทยได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งบัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบจากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ศาลปกครองเป็นองค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่ในการพิจารณา

⁵⁵ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

มาตรา 48 เมื่อมีข้อเสนอแนะของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามมาตรา 47(5) นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจสั่งการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร มีคำสั่งให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องดำเนินการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในสังกัดปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่กำหนด

(2) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือกระทำการขัดหรือ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือกระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับกรณีนั้น หรือกระทำการโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร มีคำสั่งให้เพิกถอนการกระทำนั้นหรือสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่สั่งเพิกถอนการกระทำนั้น

(3) ในกรณีที่มีความรีบด่วนและจำเป็นไม่ว่าจะเป็นกรณี(1) หรือ(2) มีคำสั่งใหม่หรือคำสั่งเปลี่ยนแปลงการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ

ในการเสนอข้อเสนอแนะเพื่อให้นายกรัฐมนตรีสั่งการตามวรรคหนึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะต้องให้เหตุผลและหลักฐานสนับสนุนข้อเสนอแนะอย่างชัดเจน ถ้าเป็นกรณีเสนอให้นายกรัฐมนตรีสั่งการตามวรรคหนึ่ง(2) จะต้องระบุด้วยว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่เพียงใดหรือมีเงื่อนไขอย่างใด และถ้าเป็นกรณีเสนอให้นายกรัฐมนตรีสั่งการตามวรรคหนึ่ง(3) จะต้องแสดงให้นายกรัฐมนตรีเห็นได้ชัดแจ้งว่า การมีคำสั่งใหม่หรือคำสั่งเปลี่ยนแปลงการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวมีความรีบด่วนและจำเป็นอย่างไร และสมควรให้คำสั่งดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่เมื่อใดหรือมีเงื่อนไขอย่างใด นอกจากนี้ในกรณีเสนอให้นายกรัฐมนตรีสั่งการตามวรรคหนึ่ง(3)นี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะต้องคำนึงด้วยว่าการมีคำสั่งใหม่หรือมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยนายกรัฐมนตรีนี้จะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความรับผิดชอบโดยตรงของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องอันจะเป็นผลเสียหายแก่ระบบบริหารราชการแผ่นดินหรือไม่เพียงใด

เหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแทนศาลยุติธรรม สามารถอธิบายบทบัญญัติดังกล่าวในทางทฤษฎีได้ดังนี้

2.4.1 เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบภายนอก(l'illégalité externe)ต้องพิจารณาใน 3 กรณี ดังนี้

1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจ(l'incompétence de l'auteur de l'acte)

เหตุที่ศาลปกครองใช้อ้างในการเพิกถอนกรณีทำนิติกรรมทางปกครองโดยปราศจากอำนาจนั้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติโดยใช้คำว่า การกระทำโดยไม่มีอำนาจ การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ การกระทำโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence) นั้นเป็นเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองสาเหตุแรกที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้พัฒนาขึ้นมาตั้งแต่ปี ค.ศ.1807(C.E.,28mars 1807,Dupuy-Briacé)และเป็นสาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลตรวจสอบอย่างเคร่งครัดและเป็นสาเหตุที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (moyend'ordre public)⁵⁶

การกระทำโดยปราศจากอำนาจ อาจแบ่งออกได้ 4 ประเภท⁵⁷

ประเภทแรก กรณีปราศจากอำนาจเนื่องจากตัวบุคคล เป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองนั้นทำลงโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้รับแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่หรือการทำหน้าที่ในตำแหน่งสิ้นสุดลงแล้ว โดยผลของการกระทำโดยปราศจากอำนาจประเภทนี้ทำให้เกิดผลว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีตัวตนอยู่เลย มิใช่เพียงแต่เป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ประเภทที่สอง กรณีปราศจากอำนาจตามเนื้อหาของเรื่อง หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจกระทำการในนามของนิติบุคคลมหาชน แต่ไปสั่งการในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ เช่น กรณีผู้ได้บังคับบัญชาการหรือผู้ได้การควบคุมกำกับล่วงล้ำอำนาจผู้บังคับบัญชา กรณีผู้ได้บังคับบัญชาล่วงล้ำอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปภายใต้การมอบอำนาจ หรือการล่วงล้ำอำนาจของเจ้าหน้าที่คนหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ทั้งสองไม่มีความสัมพันธ์กันทั้งในแง่บังคับบัญชาและการกำกับดูแล เป็นต้น

ประเภทที่สาม กรณีปราศจากอำนาจในเรื่องเขตพื้นที่ คือ การที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจนอกเขตพื้นที่ที่ตนมีอำนาจรับผิดชอบ

⁵⁶ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น.252.

⁵⁷ แหล่งเดิม. น. 253.

ประเภทที่สี่ กรณีปราศจากอำนาจเพราะเวลา อาจเกิดได้ในหลายกรณี เช่น เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจในขณะที่ยังไม่ได้รับแต่งตั้งหรือใช้อำนาจภายหลังจากที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว

ทั้งนี้ การพิจารณาเหตุเพิกถอนในเรื่องอำนาจนั้นคือการพิจารณาจากตัวเจ้าหน้าที่ผู้ออกนิติกรรมทางปกครองเป็นหลัก ว่าบุคคลที่ออกนิติกรรมทางปกครองนั้นดำเนินการภายใต้เนื้อหาที่กฎหมายกำหนด ภายในเขตพื้นที่ที่กำหนดและในระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งหรือไม่ กล่าวคือ ศาลต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีอำนาจในการตัดสินใจเพื่อก่อนิติกรรมทางปกครองนั้นอย่างแท้จริงหรือไม่

โดยนิติกรรมทางปกครองที่กระทำไปโดยปราศจากอำนาจย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจให้สัตยาบันได้(valide) หรือแก้ไขโดยยอมรับในภายหลังได้⁵⁸

2) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยผิดแบบ (le vice de form)

แบบนั้นมีหลายลักษณะไม่ว่าจะเป็นแบบที่เป็นหนังสือ แบบที่เป็นวาจา หรือแบบที่เป็น การสื่อสารด้วยลักษณะอื่นๆ ทั้งนี้ กรณีกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบอาจมีลักษณะคาบเกี่ยวกับการกระทำที่ปราศจากอำนาจได้ในกรณีแบบที่ทำเป็นหนังสือที่จะต้องมีการลงลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หากในคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่มีการลงลายมือชื่อของผู้ทำคำสั่งทางปกครองก็จะเป็นเรื่องของแบบ แต่หากพิจารณาในแง่ว่าผู้ที่ลงนามนั้นมีอำนาจหน้าที่ในการลงนามหรือไม่ก็จะเป็นการพิจารณาในเรื่องอำนาจซึ่งหากพิจารณาในอีกแง่หนึ่งหากผู้ลงนามไม่มีอำนาจ ก็ถือเสมือนว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งอาจเป็นเรื่องบกพร่องในเรื่องแบบได้เช่นกัน หรือในกรณีการลงนามและการลงนามกำกับหรือรับสนองพระบรมราชโองการ (contresigné) ถ้ามองรูปแบบภายนอกว่ามีการลงนามหรือลงนามรับสนองฯ หรือไม่ ก็ถือเป็นเรื่องของแบบ (forme) แต่ถ้าเป็นปัญหาว่าการลงนามนั้นกระทำโดยผู้มีอำนาจหรือไม่ หรือการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการกระทำโดยผู้ที่มิหน้าที่ต้องรับผิดชอบหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องการกระทำโดยปราศจากอำนาจ(incompétence)⁵⁹

3) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ(le vice de procédure)

ขั้นตอนหรือวิธีการเป็นระเบียบแบบแผนของทางราชการหรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง Maurice Hauriou แห่งมหาวิทยาลัย Toulouse กล่าวว่า ในแง่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองหมายถึง การใช้สิทธิต่างๆของบุคคลมหาชนที่มีการจัดระเบียบภายใต้กระบวนการ

⁵⁸ C.E., 15 juin. 1958, Bonanni, Rec.447 อ้างถึงในประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน)เหตุที่ใช้
อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์. น.262.

⁵⁹ ประสาธ พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม.น. 262.

ต่างๆที่กำหนดขึ้นไว้⁶⁰ จึงเป็นเรื่องการให้ความสำคัญแก่กระบวนการในการดำเนินการทางปกครองหรือ “ระเบียบแบบแผนทางราชการ” หรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ฝ่ายปกครองต้องเคารพในระเบียบแบบแผนทางราชการเพราะถือเป็นหลักประกันที่ประชาชนจะพึงได้รับ มิเช่นนั้นแล้วฝ่ายปกครองก็อาจทำตามอำเภอใจได้ขึ้นตอนหรือวิธีการมีเพื่อกำหนดแนวทางในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ต้องแยกออกจากกระบวนการพิจารณาทางศาล เนื่องจากกระบวนการพิจารณาทางศาลเป็นวิธีพิจารณาในลักษณะข้อพิพาท ในขณะที่ระเบียบแบบแผนทางราชการเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการทางปกครองอันได้แก่การพิจารณาออกคำสั่งต่างๆทางปกครองHauriou ยังกล่าวอีกว่า การดำเนินการทางปกครองย่อมก่อให้เกิดขึ้นตอนหรือวิธีการซึ่งจะถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือแม้กระทั่งหนังสือเวียน⁶¹

ทั้งนี้ มีความคล้ายคลึงกันระหว่างการกระทำที่ไม่มีอำนาจกับการกระทำที่ผิดขั้นตอน นั้น กรณีที่เป็นการผิดขั้นตอนแต่ก็ยังถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจด้วย เช่น รัฐบาลไม่เคารพในกฎเกณฑ์ที่บังคับให้รัฐบาลต้องออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งภายหลังจากที่ได้ปรึกษาสภาแห่งรัฐแล้วขึ้นต้นว่า รัฐบาลไม่ได้ส่งร่างกฎหมายให้สภาแห่งรัฐพิจารณาก่อน⁶²หรือรัฐบาลตรากฎหมายขึ้นก่อนได้รับทราบความเห็นของสภาแห่งรัฐเป็นต้น ซึ่งกรณีเหล่านี้สภาแห่งรัฐไม่ลังเลใจที่จะพิพากษาว่ารัฐกฤษฎีกาเหล่านั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุเป็นการกระทำไปโดยไม่มีอำนาจ เพราะเมื่อรัฐบาลไม่เคารพในกฎเกณฑ์ที่บังคับให้รัฐบาลต้องปรึกษาสภาแห่งรัฐก่อนการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งก็เท่ากับว่ารัฐบาลละเลยต่ออำนาจพิจารณาของสภาแห่งรัฐที่มีอยู่ควบคู่กันกับการดำเนินการนั้นๆ⁶³โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่อาจให้สัตยาบรรณนิติกรรมที่ผู้กระทำได้ทำไปโดยไม่มีอำนาจให้กลับเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นได้⁶⁴

⁶⁰ Auby et Drago, *Traité de contentieux administratif*, T.II 2^e éd., 1975, p.83 อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์. น. 267.

⁶¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น. 267.

⁶² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 26 เมษายน 1974, Villatte, p.283. อ้างถึงใน บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย*(วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. น.150.

⁶³ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ(ที่ประชุมใหญ่) 9 มิถุนายน 1978, SCI bdArago, p.237 อ้างถึงใน บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย*(วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. น.150.

⁶⁴ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย*(วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. น.151.

2.4.2 เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบภายใน(l'illégalité interne)ต้องพิจารณาใน 2 กรณี ดังนี้

1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)เป็นเหตุที่ศาลนำมาใช้เพื่อตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในทางทฤษฎีแบ่งเป็น 2 กรณี คือ กรณีการฝ่าฝืนของกฎหมายโดยตรง เป็นกรณีที่ศาลพบเหตุฝ่าฝืนกฎหมายได้อย่างชัดเจน เช่น การออกพระราชกฤษฎีกาไปโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการออกกฎนั้น หรือกรณีผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง เป็นสาเหตุที่เกิดจากมูลเหตุจูงใจที่เป็นสาเหตุในการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง เช่น การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองเกิดจากการตีความหมายผิด ซึ่งเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบต่อตัวเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง โดยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ในกรณีต่อไปนี้

ก. การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หมายถึง การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกระทำการหรือดำเนินการไปโดยไม่ตรงตามเนื้อความหรือหลักเกณฑ์ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ รวมถึงกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือสำคัญผิดในข้อกฎหมาย หรือการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายผิดพลาด เช่น การออกคำสั่งอนุมัติให้ข้าราชการลาออกทั้งที่ข้าราชการผู้นั้นมิได้ยื่นเรื่องเพื่อขอลาออก หรือการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องจากการกระทำละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งที่มีใช้ผู้กระทำละเมิด เป็นต้น

ข. การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หมายความว่า การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการทางปกครองโดยขัดต่อหลักความเสมอภาค มีความลำเอียง อคติ หรือใช้ความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ ความเชื่อทางศาสนาฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม มาเป็นหลักเกณฑ์ในการเลือกปฏิบัติที่แตกต่างกันแก่บุคคลในสถานะทางกฎหมายและข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ทั้งๆ ที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้กระทำได้อันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น การเปิดรับสมัครข้าราชการโดยระบุคุณสมบัติว่าต้องเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีและได้รับเกียรติคุณ เป็นต้น

ค. การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้กำหนดขั้นตอนหรือหลักเกณฑ์อันเป็นภาระเกินความจำเป็นแก่ประชาชนหรือเอกชนเกินสมควร เช่น การที่หน่วยงานรัฐกำหนดว่าผู้มาติดต่อราชการต้องแต่งกายสุภาพโดยการใส่สูทผูกเนกไท เป็นต้น

ง. การกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร ซึ่งการกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรนั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น เพียงแต่ในเหตุกรณีนี้จะพิจารณาว่าฝ่ายปกครองได้สร้างภาระที่เกิดกับประชาชน และเป็นภาระที่เกินสมควรหรือไม่ เช่น อาจกำหนดค่าธรรมเนียมในการขอตรวจเอกสารคัดถ่ายเอกสารในราคาสูง ซึ่งเป็นภาระทางด้านค่าใช้จ่ายของประชาชน เป็นต้น

จ. การกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ดุลพินิจ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำ หรือกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่ถูกกฎหมายให้ทางเลือกหลายทาง⁶⁵ และโดยปกติย่อมเป็นเรื่องที่ศาลไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยแท้ดังกล่าว เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายไว้วางใจให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกกฎหมายให้อำนาจเป็นผู้เลือกตัดสินใจ การเข้าไปตรวจสอบจะเท่ากับว่าศาลทำตนเป็นเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่เสียเองอย่างไรก็ตาม หากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการไปโดยที่มิได้ใช้ดุลพินิจ ทั้งที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจดุลพินิจไว้หรือใช้ดุลพินิจไปอย่างไรเหตุผลหรือผิดพลาดอย่างชัดเจน ถือเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาโยกย้ายเจ้าหน้าที่โดยไม่มีเหตุอันสมควร เป็นต้น

2) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) หรือ บิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบภายในที่มีมูลเหตุมาจากวัตถุประสงค์ในการออกนิติกรรมทางปกครอง (l'illégalité en raison du but de l'acte) โดยแบ่งเป็น 2 กรณี กรณีแรก ทำนิติกรรมทางปกครองโดยบิดเบือนอำนาจ หมายถึง กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ (but) อื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ถูกกฎหมายให้อำนาจนั้นไว้ และกรณีที่สอง ทำนิติกรรมทางปกครองโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure) หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการที่ต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้กับเรื่องนั้นเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย (but) ได้ง่ายกว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้⁶⁶ จึงหมายถึงกรณีการกระทำโดยไม่สุจริตตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

ทั้งนี้ การกระทำโดยไม่สุจริต หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจกระทำการโดยมีวัตถุประสงค์แตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การที่ข้าราชการเคยทำ

⁶⁵ ฤทัย หงส์ศิริ. (2555). ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง. น. 25.

⁶⁶ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น.281.

หนังสือร้องเรียนผู้บังคับบัญชา ฝ่ายผู้บังคับบัญชาไม่พอใจจึงแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงข้าราชการรายนั้น โดยอ้างว่าการกระทำดังกล่าวของข้าราชการนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อภาพพจน์และชื่อเสียงของหน่วยงานอันเป็นมูลความผิดวินัยอย่างร้ายแรง การกระทำดังกล่าวเกิดจากเจตนาเพื่อกลั่นแกล้งจึงเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต

อนึ่ง ในการตรวจสอบเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลจะตรวจสอบเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกก่อนแล้วจึงจะพิจารณาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในต่อไป และเมื่อศาลตรวจพบเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลมีอำนาจเลือกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น ทั้งนี้ ตามที่ศาลจะเห็นว่าเหมาะสม และถ้าพบเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายเหตุศาลจะยกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเหตุเดียวขึ้นอ้างเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นก็ได้ทั้งนี้ เป็นไปตาม “หลักการประหยัดเหตุผลในการพิพากษา” (le principe de l'économie des moyens) อย่างไรก็ดี ศาลจะยกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายเหตุขึ้นอ้างประกอบกันเพื่อให้เหตุผลในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นหนักแน่นขึ้น และเป็นการให้ความรู้และหลักในการปฏิบัติราชการต่อฝ่ายปกครองก็ได้ในกรณีที่ศาลพบทั้งเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกและภายใน ศาลควรจะเลือกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ดินติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) หรือกรณีที่นิติกรรมทางปกครองออกไปโดยบิดเบือนอำนาจหรือขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de pouvoir ou de procédure) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมิให้ฝ่ายปกครองกลับไปออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองฉบับใหม่ โดยเพียงแค่แก้ไขแบบหรือผู้มีอำนาจออกกฎหรือคำสั่งเท่านั้น แต่เนื้อหาของกฎหรือคำสั่งยังคงเดิมซึ่งสุดท้ายก็อาจมีการนำนิติกรรมดังกล่าวมาฟ้องขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาใหม่และศาลก็ต้องพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง⁶⁷

เมื่อศาลได้พิจารณาพบเหตุที่จะใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแล้ว ในการพิพากษาศาลยังคงต้องพิจารณาถึงกรอบในการใช้อำนาจของศาลหรือหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองด้วย ทั้งนี้ ระบบวิธีพิจารณาของศาลปกครองนั้นได้แยกออกจากระบบของศาลยุติธรรม ส่งผลให้กระบวนการวิธีพิจารณาของศาลปกครองแตกต่างกัน แต่มีบางเรื่องที่สามารถนำมาปรับใช้ในฐานหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดี

⁶⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2553). เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง หลักกฎหมายที่สำคัญบางประการในการพิพากษาศาลที่ฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. หลักสูตรนักบริหารการยุติธรรมทางปกครองระดับสูง รุ่นที่ 1 สำนักงานศาลปกครอง. น. 5.

2.5 หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองในการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

ในการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ศาลปกครองจะต้องมีกรอบแนวทางการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดี โดยศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาคัดสินข้อพิพาทในทางปกครองกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการในการใช้สิทธิทางศาลปกครองไว้เฉพาะปรากฏตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 ระบุว่า “วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้

ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวอธิบายสามารถอธิบายลักษณะสาระสำคัญของวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ดังนี้

2.5.1 หลักการพิจารณาคดีโดยใช้ระบบไต่สวน

ลักษณะคดีปกครองนั้น เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง โดยคู่ความฝ่ายปกครองย่อมอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าคู่ความฝ่ายที่เป็นเอกชน เนื่องจากฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชนเพื่อดำเนินการในด้านบริการสาธารณะ คู่ความจึงอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกันดังนั้น เอกสารพยานหลักฐานต่างๆ ที่จำเป็นต้องใช้ในการโต้แย้งกันในคดีก็มักจะอยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครอง เอกชนย่อมมีโอกาสที่จะชนะคดีได้ยาก เนื่องจากฝ่ายปกครองสามารถอ้างเอกสิทธิ์ในการรักษาความลับของทางราชการ และฝ่ายปกครองเป็นองค์กรที่มีขนาดใหญ่และมีอำนาจมากกว่าฝ่ายเอกชน ด้วยเหตุผลดังกล่าวอาจทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานโดยเอกชนผู้มาฟ้องคดีทำได้ยากหรือทำไม่ได้เลยศาลปกครองต้องใช้ระบบไต่สวนดังที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 “วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้” เพื่อให้ศาลเป็นผู้ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงจากหน่วยงานรัฐหรือองค์กรใดๆ มาประกอบการพิจารณาในสำนวนอีกทางหนึ่งด้วย

เมื่อศาลรับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้วในขั้นตอนของการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีก็จะถูกควบคุมและดำเนินการโดยศาล ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 55 วรรคสามบัญญัติว่า “ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลปกครองอาจ

ตรวจสอบและแสวงหาข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม ในการนี้ ศาลปกครองจะรับฟังพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกจากพยานหลักฐานของคู่กรณี “ได้ตามที่เห็นสมควร” และตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 50⁶⁸ อันเป็นบทบัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการแสวงหาข้อเท็จจริง ดังนั้น ศาลจะต้องวิเคราะห์คำฟ้องและข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีมีคำขออย่างไร และมีข้ออ้างสนับสนุนคำฟ้องของตนอย่างไร กำหนดว่าศาลจะต้องส่งคำฟ้องไปให้บุคคลใดเพื่อทำการให้การหรือกำหนดว่าใครเป็นผู้ถูกฟ้องนั่นเอง กำหนดระยะเวลาที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องทำการให้การหรือส่งเอกสารต่างๆ ในสำนวน และหากพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อเท็จจริงในสำนวนยังไม่เพียงพอศาลย่อมมีอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมโดยไม่จำกัดอยู่เพียงพยานหลักฐานที่คู่กรณีเสนอมาในสำนวนคดีเท่านั้น และเมื่อศาลเห็นว่าการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะพิพากษาได้แล้ว ศาลก็สามารถที่จะยุติการแสวงหาข้อเท็จจริง และดำเนินการเพื่อพิพากษาคดีต่อไปได้

จะเห็นได้ว่า ระบบไต่สวนถือเป็นลักษณะเฉพาะของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้น เป็นวิธีพิจารณาที่ศาลหรือตุลาการมีหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริง รวมทั้งหน้าที่ในการควบคุมหรือกำหนดทิศทางการแสวงหาข้อเท็จจริงทั้งหลายที่เกี่ยวกับคดี ตลอดจนมีอำนาจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาอย่างแท้จริง ทั้งนี้เพื่อให้ทราบและมีข้อเท็จจริงในคดีที่สมบูรณ์ ถูกต้อง ครบถ้วน และให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างยุติธรรม เกิดความเสมอภาคกันระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่ายที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน

บทบาทในการรวบรวมและแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีนั้นจะเน้นไปที่ตุลาการเจ้าของสำนวน จะเห็นได้ว่า กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยใช้ระบบไต่สวน เพื่อให้ศาลปกครองสามารถรวบรวมข้อเท็จจริงแห่งคดีและพยานหลักฐานที่จำเป็นแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้ได้มากที่สุดและอย่างรอบด้านที่สุด อันจะทำให้ศาลปกครองสามารถพิพากษาคดีปกครองได้อย่างยุติธรรม กล่าวคือ ก่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนนั่นเอง

⁶⁸ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ข้อ 50 ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม ในการนี้ ศาลอาจแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีที่ปรากฏในคำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้าน คำให้การ หรือคำให้การเพิ่มเติม ในการแสวงหาข้อเท็จจริงเช่นนั้น ศาลอาจดำเนินการตามที่กำหนดในส่วนนี้หรือตามที่ศาลเห็นสมควร

ในการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล ถ้าต้องมีการให้ถ้อยคำของคู่กรณี พยาน หรือบุคคลใดๆ ให้ศาลเป็นผู้ซักถาม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าโดยหลักแล้วระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองจะเป็นระบบไต่สวนก็ตาม แต่ก็มีการนำลักษณะบางประการในกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหามาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีทั่วไป เช่น การที่ศาลจะต้องพิจารณาพิพากษาให้ตรงตามคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้อง เว้นแต่จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เป็นต้น

2.5.2 หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

การนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง(Principes généraux de la procédure administrative contentieuse)มาใช้บังคับ เป็นหลักในการพิจารณาคดีปกครองตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 วรรคสองซึ่งกำหนดว่า “ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” การกำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับเป็นการกำหนดที่มีประโยชน์สำคัญ 2 ประการ⁶⁹ คือ ประการแรก เป็นการสอดคล้องกับปรัชญาของกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองที่หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้นเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลและพัฒนาไปเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ฉะนั้น การวางข้อกำหนดยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปไว้จึงเป็นการสอดคล้องกับวิวัฒนาการในอดีตของกฎหมายนี้และเปิดช่องให้วิธีพิจารณาคดีปกครองไทยพัฒนาไปอย่างรวดเร็วขึ้น และประการที่สอง เป็นการยืนยันหลักความแตกต่างและความเป็นเอกเทศจากวิธีพิจารณาความแพ่งเพราะไม่เช่นนั้นหากมีช่องว่างขึ้นมาในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็จะมีความพยายามนำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่คุ้นเคยอยู่มาใช้บังคับอันจะเกิดความขัดแย้งกับระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองและอาจส่งผลกระทบต่อวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้

สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรของวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้น โดยได้รับอิทธิพลจากระบบประชาธิปไตยมีผลใช้บังคับตั้งแต่การปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 และได้มีการบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและในบทนำของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 และปี ค.ศ. 1958 มีวัตถุประสงค์สำคัญที่จะปกป้องประชาชนจากความเสี่ยงที่เกิดจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครองและได้นำมาใช้ในระบบวิธีพิจารณาคดี⁷⁰

⁶⁹ ประสาท พงษ์สุวรรณ.(2545, พฤษภาคม-สิงหาคม). หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง.วารสารวิชาการศาลปกครอง,2(2). น. 96.

⁷⁰ แหล่งเดิม. น.120.

ในปัจจุบันพบว่ามีการใช้ทฤษฎีหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่เพียงสองหลักเท่านั้น คือ (1) หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และ(2) หลักการฟังความทุกฝ่าย

1) หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Garantie de L'existence d'un contrôle de légalité)

ในเรื่องหลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายนี้อาจแยกพิจารณาได้เป็นสองประการ⁷¹ คือ

ประการแรกสิทธิในการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิดังกล่าวนี้เป็นของบุคคลที่มีส่วนได้เสียที่จะโต้แย้งนิติกรรมที่มีลักษณะของคำสั่งที่ออกโดยฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการรับคดีไว้พิจารณาตามที่ศาลกำหนดไว้ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติในเรื่องนี้

ประการที่สอง สิทธิในการอุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด สิทธิที่จะฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลชั้นสุดท้ายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสิทธิในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักที่ได้สกัดขึ้นโดยคำพิพากษาในสมัยเดียวกับการสกัดหลักว่าด้วยสิทธิในการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรม และหลักดังกล่าวก็มีขึ้นเพื่อโต้แย้งคำสั่งของศาลปกครอง แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดให้มีการฟ้องคดีได้ก็ตามและแม้จะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มีลักษณะสูงสุดหรือเด็ดขาดหรือไม่สามารถฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้ การแสดงออกอย่างชัดเจนที่จะยกเว้นไม่ให้การฎีกาต่อสภาแห่งรัฐเท่านั้น ที่จะทำให้ไม่สามารถยื่นคำฟ้องต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลชั้นสุดท้าย

2) หลักการฟังความทุกฝ่าย(contradictoire)⁷²

หลักการฟังความทุกฝ่ายถือเป็นหลักที่สัมพันธ์กับหลักความยุติธรรมอย่างแท้จริง ซึ่งสอดคล้องกับสำนวนลาตินที่ว่า *audialterampartem* หลักการฟังความทุกฝ่ายความหมายว่าศาลต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ทราบข้ออ้างข้อเถียงตลอดจนพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของอีกฝ่ายหนึ่ง และให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน โดยศาลจะต้องให้ฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีได้ทราบคำฟ้องและพยานหลักฐานประกอบคำฟ้อง ตลอดจนมีโอกาสได้ให้การแก้ข้อกล่าวหาและเสนอพยานหลักฐานสนับสนุนคำให้การของตน และที่สำคัญก็คือ เฉพาะแต่ข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสทราบ

⁷¹ แหล่งเดิม.น.122.

⁷² แหล่งเดิม. น. 125.

และมีโอกาสโต้แย้งแล้วเท่านั้นที่ศาลจะนำมาใช้เป็นฐานในการพิพากษาคดี ศาลไม่อาจนำข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีโอกาสรับทราบและมีโอกาสโต้แย้งมาใช้ประกอบการพิจารณาได้⁷³

หลักการฟังความทุกฝ่ายยังหมายความว่า เมื่อศาลพิจารณาดำฟ้องแล้วพบว่ามิบุคคลที่สามซึ่งไม่ได้เป็นผู้ถูกฟ้องคดี แต่อาจจะได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาของศาลในคดีนั้น ศาลก็ต้องแจ้งให้เขาทราบถึงคำฟ้องเพื่อให้โอกาสเขาเข้ามาเป็นคู่กรณีในฐานะผู้ร้องสอด เช่น มีผู้ฟ้องเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งนาย ก. ให้ดำรงตำแหน่งอธิบดี โดยอ้างว่าคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้ศาลเพิกถอน ศาลไม่เพียงแต่ต้องแจ้งคำฟ้องให้ผู้ออกคำสั่งแต่งตั้งทราบเพื่อให้แก้ข้อกล่าวหาเท่านั้น แต่ศาลจะต้องแจ้งคำฟ้องไปยังนาย ก. ผู้ได้รับแต่งตั้งด้วย เพื่อให้ผู้ได้รับแต่งตั้งได้ทราบว่าคำสั่งแต่งตั้งเขาถูกฟ้องว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีคำขอให้เพิกถอนเขาจะได้มีโอกาสร้องเข้ามาในคดีในฐานะผู้ร้องสอด เพราะเขาจะเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาของศาลเช่นเดียวกัน หากศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่ง⁷⁴

หลักดังกล่าวนี้ไม่ได้มีตัวบทกฎหมายที่บัญญัติถึงโดยเฉพาะ แต่มีที่มาจากบทบัญญัติที่ทราบโดยทั่วไปในหลายๆ แห่ง และเป็นหลักที่ต้องบังคับอย่างเคร่งครัดในแต่ละศาลไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองชั้นต้น ศาลบัญชี สภาแห่งรัฐ สำหรับศาลอื่นที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ในคำพิพากษาก็จะได้มีการกำหนดวิธีปฏิบัติขึ้นจากการวางแนวของศาล เช่น พิพากษาว่าศาลวินัยทุกศาลต้องรับฟังคู่กรณีก่อนที่จะพิพากษาคดีนั้นๆ การกำหนดให้ต้องมีหลักการฟังความทุกฝ่ายในกระบวนการวิธีพิจารณาถือเป็นหลักทั่วไปของการเคารพสิทธิในการโต้แย้ง⁷⁵ ต่อมาคำพิพากษาดังกล่าวสร้างขึ้นสำหรับศาลที่พิจารณาคดีวินัยก็ได้ขยายออกไปโดยใช้กับศาลปกครองทุกศาลแม้จะเป็นคดีที่ไม่ใช่คดีวินัยก็ตาม จนในที่สุดหลักดังกล่าวก็ได้เกิดเป็นข้อความขึ้น จึงเป็นข้อความที่ปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 1961 โดยวางหลักว่า “หลักทั่วไปที่ใช้บังคับในศาลปกครองทุกศาล คือ กระบวนการวิธีพิจารณาจะต้องมีลักษณะฟังความทุกฝ่าย”(le principe du contradictoire) โดยเป็นสิทธิคุ้มครองให้บุคคลที่ได้รับแจ้งข้อเท็จจริงหรือข้อโต้แย้งในสำนวนคดีทั้งหมด มีโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นหรือโต้แย้งข้อเท็จจริงต่างๆ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของ

⁷³ วรพจน์วิศรุตพิชญ์. (2547, 19 พฤษภาคม). *คำบรรยายวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไป*. โครงการพัฒนาความรู้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของพนักงานคดีปกครอง. น. 15.

⁷⁴ แหล่งเดิม. น. 16

⁷⁵ คำพิพากษาศาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 มิถุนายน 1913, คดี Tery, หน้า 736. อ้างในประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2545, พฤษภาคม-สิงหาคม). หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 2(2). น. 126.

ศาลดังกล่าว หลักการฟังความทุกฝ่ายไม่ได้ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเหมือนหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองอื่นที่มีลักษณะเป็นบทสำรองที่จะนำมาใช้ในกรณีที่ไม่มียกเว้นของกฎหมายหรือกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่แนวคำพิพากษาดังกล่าวถือว่าหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีค่าบังคับเหนือกว่า และจะมีเฉพาะรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะยกเว้นไม่ให้นำหลักนี้มาใช้บังคับ⁷⁶

หลักเกณฑ์แรกที่ได้จากหลักการฟังความทุกฝ่าย คือ หลักที่กำหนดให้ต้องมีการแจ้งแก่คู่กรณีถึงกระบวนการวิธีพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เนื่องจากการแจ้งนี้จะทำให้บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิมีโอกาสดูแลข้อเท็จจริง หรือพยานหลักฐานที่จะใช้ในการชี้แจงข้อเท็จจริง ดังนั้น การแจ้งคำบอกกล่าวจะต้องให้ข้อมูลอย่างเพียงพอ กล่าวคือ ถ้าบุคคลนั้นถูกฟ้องบุคคลนั้นจะต้องทราบถึงคำฟ้อง ถ้าบุคคลนั้นจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายแก่เขา บุคคลนั้นจะต้องทราบข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายนั้นด้วย โดยทั่วไปแล้วในกรณีที่ศาลปกครองได้รับคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะต้องแจ้งให้ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องทราบและอาจต้องแจ้งแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้นด้วย เช่น คำฟ้องของผู้เข้าสอบที่ถูกคัดออกเพราะสอบตกที่ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนการสอบแข่งขัน ศาลไม่เพียงแต่จะต้องแจ้งกับฝ่ายปกครองที่จัดสอบเท่านั้น แต่จะต้องแจ้งแก่ผู้สอบแข่งขัน ซึ่งมีโอกาสที่จะถูกยกเลิกสิทธิในฐานะเป็นผู้สอบได้ และอาจได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้นๆ ต่อไป ถ้าฝ่ายปกครองเป็นผู้ฟ้องคดี ก็จะต้องแจ้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเอกชนที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วย⁷⁷

หลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งคือ ศาลจะต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริง ในคำพิพากษาจะกำหนดเป็นหลักทั่วไปว่าศาลจะไม่รับเอกสารที่ยื่นต่อศาลถ้าคู่กรณีไม่ได้รับทราบถึงเอกสารดังกล่าวด้วยซึ่งการกำหนดให้ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบเกี่ยวกับข้อเท็จจริงก็เพื่อให้มีการโต้แย้งคัดค้านในประเด็นต่างๆ เป็นสิทธิของผู้ถูกฟ้องคดี และเพื่อที่จะเป็นการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว ศาลจะต้องใช้เวลาแก่คู่กรณีพอสมควรที่จะดำเนินการ ระยะเวลาดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้แน่นอนแต่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของแต่ละคดี เนื้อหาของเอกสาร ความยุ่งยากซับซ้อนของคดี ศาลมีอำนาจที่จะกำหนด

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16 มกราคม 1976, คดี Gate, น. 39, อ้างใน ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, พฤษภาคม-สิงหาคม). หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 2(2).น. 126.

⁷⁷ ปรีดา สดสง่า. (2550). *การนำวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. น.36.

ระยะเวลาดำเนินการดังกล่าวได้⁷⁸ การบังคับใช้ตามหลักที่ว่าแสวงหาข้อเท็จจริงต้องมีลักษณะโต้แย้งคัดค้านในกระบวนการพิจารณาทำให้ศาลต้องมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณา นอกเหนือไปจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ และการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมหรือหากมีการดำเนินใดๆ ก็จะต้องมีการแจ้งให้คู่กรณีทราบ⁷⁹ อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังกล่าวนี้ศาลมีอำนาจที่จะยกเหตุว่าด้วยความสงบเรียบร้อยขึ้นอ้างเพื่อแก้ไขปัญหาคือเป็นข้ออ้างของการไม่มีอยู่ในเอกสารและต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบ

2.5.3 หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไป

นอกจากหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้วยังมีหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหลักสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดี ซึ่งพัฒนามาจากศาลในประเทศทางแถบตะวันตกยึดถือหลักการว่าจะต้องไม่พิพากษาเกินกว่าสิ่งที่คู่ความร้องขอ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายเก่าแก่ที่ว่า “ne eat judex ultra vel extra petita partium” โดยเฉพาะในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law จะยึดถือหลักการนี้อย่างเคร่งครัดในการพิจารณาคดีแพ่ง แต่ในประเทศ Common Law และประเทศยุโรปที่เป็นสังคมนิยมที่นำมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองด้วยซึ่งหลักที่สำคัญประการหนึ่งคือหลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดี⁸⁰ แท้จริงแล้วหลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอถือเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาความอาญา วิธีพิจารณาความภาษีอากร หรือวิธีพิจารณาคดีปกครอง ต่างก็ต้องพิจารณาคดีให้เป็นไปตามหลักดังกล่าวทั้งสิ้น⁸¹

หลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดี เป็นหลักย่อยประการหนึ่งของหลักความประสงค์ของคู่ความในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลอาจยกเว้นหลักการนี้ได้บ้างในบางกรณี que เห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมระหว่างคู่ความ โดยที่หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความดังกล่าวมีความสำคัญคือ

⁷⁸ คำพิพากษาศาลแพ่งวันที่ 31 ธันวาคม 1976, คดี Association des amis de l'île de Groix, น. 585 อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, พฤษภาคม-สิงหาคม). หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง. วารสารวิชาการศาลปกครอง, 2(2). น. 129.

⁷⁹ คำพิพากษาศาลแพ่ง (ประชุมใหญ่) ลงวันที่ 11 มีนาคม 1955, คดี Secrétaires d'État à la Guerre c/ Coulon, น. 149 อ้างถึงใน อ้างใน ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, พฤษภาคม-สิงหาคม). หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง. วารสารวิชาการศาลปกครอง, 2(2). น. 129.

⁸⁰ ปรีดา สดสง่า. เล่มเดิม. น. 167.

⁸¹ วรพจน์วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. น.1.

1) หลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดี

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองก็ได้นำหลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวมาใช้บังคับเช่นกัน โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปที่มีความสำคัญหลักหนึ่งในหลายๆ หลัก ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งคำว่า “คำขอ” ในที่นี้มีความหมายอย่างกว้างกล่าวคือ คำขอท้ายฟ้องหรือคำขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับ เช่น ฟ้องว่าออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำขอท้ายฟ้องกรณีนี้คือ ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือฟ้องว่ากฎออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ศาลเพิกถอนกฎทั้งฉบับหรือเฉพาะบางข้อบางส่วน เป็นต้นข้อหาและข้ออ้างสนับสนุนข้อหา เช่น ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่ากฎและคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ในคดีนี้มีข้อหาอยู่ด้วยกันสองข้อหา ข้อหาแรก คือ กฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อหาที่สองคือ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วย นอกเหนือจากนั้นแล้วในการกล่าวหาว่ากฎและคำสั่งทางปกครองฉบับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดียังมีข้ออ้างสนับสนุนว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุใด เช่น กฎออกโดยไม่มีความหมายแม่บทให้อำนาจ หรือกฎออกโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกกฎในเรื่องนั้น ฯลฯ ข้ออ้างเหล่านี้ต้องถือว่าเป็นคำขอเหมือนกัน คือ ขอให้ศาลวินิจฉัย⁸²

ทั้งนี้ หลักดังกล่าวเกิดข้อห้ามมิให้ศาลกระทำการสองประการ⁸³ คือ

ประการแรก ข้อห้ามมิให้ศาลพิพากษาคดีน้อยกว่าคำขอกล่าวคือ ศาลต้องพิพากษาคดีทุกข้อหา ศาลต้องพิจารณาและมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอท้ายฟ้องทุกคำขอ และศาลต้องพิจารณาข้ออ้างหรือข้อสนับสนุนข้อหาทุกข้ออ้างหรือข้อสนับสนุน จะละเลยไม่พิจารณาวินิจฉัยข้ออ้างข้อใดข้อหนึ่งว่าฟังขึ้นหรือไม่ขึ้นไม่ได้ ทั้งนี้ ข้อยกเว้นของข้อห้ามมิให้ศาลพิพากษาคดีน้อยกว่าคำขอได้แก่ กรณีที่ฟ้องตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1)คือ ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีข้ออ้างสนับสนุนข้อกล่าวหาหลายข้อ เช่น ออกกฎโดยไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจ ออกโดยไม่ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญสำหรับการนั้น และกฎมีเนื้อหาสาระขัดต่อหลักความเสมอภาค เลือกรับปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เป็นต้น ศาลพิจารณาข้ออ้างสนับสนุนเรียงตามลำดับกันไป เริ่มต้นจากการพิจารณาว่ามีกฎหมายแม่บทให้อำนาจออกกฎฉบับนี้หรือไม่ หากตรวจพบว่าไม่มีกฎหมายแม่บทให้

⁸² วรพจน์วิศรุตพิชญ์, เล่มเดิม, น.3.

⁸³ แหล่งเดิม, น. 8-9.

อำนาจทำให้มีเหตุที่จะเพิกถอนกฎทั้งฉบับ กรณีนี้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎได้เลยโดยอาศัยเหตุที่ออกโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ส่วนข้ออ้างอื่นที่ว่าออกโดยไม่ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญหรือเลือกปฏิบัติ นั้น ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยต่อไป เพราะเพียงเหตุที่ว่ากฎออกโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจก็เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่ากฎทั้งฉบับไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพียงพอที่จะเพิกถอนแล้ว กรณีนี้จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยทุกข้ออ้าง แต่ถ้าจะพิพากษายกฟ้องต้องวินิจฉัยข้ออ้างสนับสนุนข้อกล่าวหาทุกข้อว่าไม่มีมูลเพราะเหตุใด

ประการที่สอง ข้อห้ามมิให้ศาลพิพากษาคดีเกินคำขอ หมายถึง ศาลจะพิพากษาคดีเกินคำขอในคำฟ้องมิได้ ศาลจะออกคำสั่งบังคับเกินคำขอท้ายฟ้องไม่ได้ และศาลจะยกเหตุที่คำสั่งทางปกครองหรือกฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุอื่นหรือข้ออ้างอื่น นอกเหนือจากที่ผู้ฟ้องคดีอ้างมาในคำฟ้องมาเป็นเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้

2) ข้อยกเว้นตามข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยปกติเป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีจะต้องยกขึ้นเป็นข้ออ้าง ศาลไม่อาจยกขึ้นเองได้ เว้นแต่เป็นเหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี(moyend'ordrepublic)เช่น เกี่ยวกับการที่คำสั่งหรือกฎหมายออกโดยปราศจากอำนาจ และยกได้เสมอแม้พ้นอายุความฟ้องหรือยกขึ้นครั้งแรกในชั้นอุทธรณ์ (C.E.19 mai 1961, Gianotti Rec. CE,p.346)⁸⁴ ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นเป็นเหตุที่มีความสำคัญ ถ้าศาลไม่ยกขึ้นพิจารณาถือว่าศาลไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาให้มีการดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลไม่เพียงแต่มีอำนาจที่จะยกปัญหาของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ที่จะต้องยกเอาปัญหานั้นขึ้นพิจารณาวินิจฉัยเองด้วย และคู่กรณีสามารถยกข้ออ้างที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้ตลอดเวลาและในทุกชั้นศาล⁸⁵

เหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส ประกอบไปด้วย⁸⁶

- 1) เหตุเกี่ยวกับการทำนิติกรรมไปโดยปราศจากอำนาจ(CE,15févr. Rec.CE,p.114)
- 2) เหตุเกี่ยวกับการฝ่าฝืนเนื้อหาหรือขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมาย(CE,sect.,30

avr. 1976, Lacorne Rec. CE,p.224)

⁸⁴ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม.น.9.

⁸⁵ สุริย์ เค้าสุทธาวร. (2551, กันยายน). เหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง,รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 4 : กฎหมายปกครองต่างประเทศ. น.88.

⁸⁶ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น. 9.

3) การออกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลบังคับย้อนหลัง(CE, 25juin 1998,GAJA NO 62)

4) การฝ่าฝืนคำบังคับในคำพิพากษาของศาล (CE, 6 juin 1958,Rec. CE. P.315)

5) ความไม่มีตัวตนอยู่ของนิติกรรมทางปกครองเป็นเรื่องที่ศาลต้องหยิบยกขึ้นมา ฉะนั้นศาลจะพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่มีตัวตนอยู่ไม่ได้ (CE,sect.,10 déc.1971, Quetin. Rec.CE,p. 757)

6) ความเป็นโมฆะของสัญญาที่ดี การสิ้นสุดข้อผูกพันเพราะสัญญาโมฆะหรือการเรียก ลากมิควรได้จากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมสัญญาที่เป็นโมฆะก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (CE,6mai 1985, Rec. CE, p. 241)

ข้อที่สำคัญในการหยิบยกเหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นมาพิจารณานี้ ศาลจะต้อง เคารพหลักฟังความทุกฝ่ายตามมาตรา R. 611-7 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครอง ค.ศ.2000 คือต้องให้ทุกฝ่ายได้ทราบและได้แย้งคัดค้านก่อนพิพากษาคดี⁸⁷

ข้อยกเว้นดังกล่าวตามกฎหมายไทยได้บัญญัติในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 92 บัญญัติว่า “ในการพิพากษา หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี ศาลจะยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้น วินิจฉัย แล้วพิพากษาหรือมีคำสั่งไปก็ได้” และข้อ 101 วรรคสอง บัญญัติว่า “ข้อเท็จจริงหรือ ข้อกฎหมายที่จะยกขึ้นอ้างในการยื่นคำอุทธรณ์นั้น ผู้อุทธรณ์จะต้องกล่าวไว้โดยชัดแจ้งใน คำอุทธรณ์ และต้องเป็นข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลปกครองชั้นต้น แต่ถ้าปัญหา ข้อใดเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์ สาธารณะ ผู้อุทธรณ์จะยกปัญหาข้อนั้นขึ้นกล่าวในคำอุทธรณ์หรือในชั้นอุทธรณ์ก็ได้” ดังนั้น ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้คู่กรณีหรือคู่ความมิได้ยกขึ้นมากล่าว อ้างในคำฟ้อง หรือคำให้การศาลก็ยกขึ้นมาวินิจฉัยได้ ไม่ว่าคดีจะอยู่ในชั้นศาลใดก็ตาม ข้อยกเว้นนี้มีความสำคัญจำเป็นที่จะต้องอธิบายโดยละเอียด ซึ่งมีสาระสำคัญ 3 ประการ⁸⁸ ดังนี้

ประการแรกศาลไม่เพียงแต่มีอำนาจที่จะยกปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความ สงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัย แต่ศาลยังมีหน้าที่ที่จะต้องยกเอาปัญหานั้นขึ้นมา พิจารณาวินิจฉัยเองด้วย เมื่อเป็นหน้าที่ของศาลก็หมายความว่า แม้ผู้ฟ้องคดีจะระบุเหตุปัญหา เกี่ยวกับข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในคำฟ้อง ต่อมาภายหลังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม

⁸⁷ แหล่งเดิม. น.10.

⁸⁸ วรพจน์วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. น.9.

คำฟ้องและถอนเหตุนี้ออกไปศาลก็ยังมียหน้าที่ที่จะยกเหตุที่ผู้ฟ้องคดีถอนออกไปแล้วขึ้นมาพิจารณา วินิจฉัยได้

ประการที่สอง หน้าที่ของศาลที่จะต้องยกเอาเหตุแห่งข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยจะเกิดขึ้น ก็ต่อเมื่อปรากฏจากเอกสารในสำนวนว่าน่าจะมีเหตุ เช่นนั้นเกิดขึ้นในคดี ไม่ใช่ศาลจะต้องหยิบยกขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยพร่ำเพรื่อ โดยไม่ปรากฏเหตุอันควรสงสัยในสำนวน เช่น ข้อเท็จจริงในสำนวนไม่ปรากฏปัญหาว่าเจ้าหน้าที่ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยมีอำนาจออกหรือไม่ เป็นต้น ศาลมีหน้าที่ที่จะต้องยกเหตุดังกล่าวขึ้นมาวินิจฉัย ก็ต่อเมื่อปรากฏในสำนวน เช่น กฎกระทรวงไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี เนื่องจากผู้ลงนามในกฎกระทรวงไม่ใช่รัฐมนตรีว่าการกระทรวง แต่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเป็นผู้ลงนามและเขียนว่าปฏิบัติราชการแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวง จึงมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการมอบอำนาจกันจริงหรือไม่

ประการที่สาม เมื่อยกเหตุหรือปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นมาวินิจฉัยแล้ว ข้อวินิจฉัยไม่จำเป็นต้องปรากฏในคำพิพากษา ข้อวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับปัญหาความสงบเรียบร้อยจะปรากฏอยู่ในคำพิพากษาก็ต่อเมื่อยกขึ้นมาวินิจฉัยแล้วเกิดขึ้นจริงเช่น กฎกระทรวงออกโดยรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงถือว่าออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกกฎหรือไม่ ศาลปกครองแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน โดยศาลเรียกให้ส่งหนังสือมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนมาเพื่อพิจารณาว่าหนังสือมอบอำนาจมาโดยถูกต้องตามกฎหมายทุกอย่าง ศาลปกครองไม่จำเป็นต้องเขียนในคำพิพากษาในประเด็นที่ว่า รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมีอำนาจออกกฎกระทรวงฉบับนี้หรือไม่ แต่ถ้ายกขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยและแสวงหาข้อเท็จจริงแล้วปรากฏว่าการมอบอำนาจจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงให้แก่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงไม่ได้ครอบคลุมในเรื่องให้ออกกฎกระทรวงนี้ด้วย แสดงว่ากฎกระทรวงออกโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจออกไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องเพิกถอน โดยยกเหตุดังกล่าวมาเป็นผลในการเพิกถอน

ดังนั้น ในการพิจารณาหาเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของศาลปกครองนั้นจึงต้องพิจารณาดีตามกรอบแนวทางของหลักกฎหมายต่างๆตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี และเป็นการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์เอกชนและประโยชน์สาธารณะ