

กระบวนการออกคำสั่งทางปกครองกับหลักความไม่มีส่วนได้เสีย

คำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นผลผลิตของกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองนั้น จะชอบด้วยกฎหมาย ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง การกำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียอยู่ในกระบวนการพิจารณาเรื่องการปกครอง ถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่ง ดังนั้นก่อนที่จะพิจารณาความมีส่วนได้เสีย จะต้องพิจารณาถึงคำสั่งทางปกครอง และกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองเสียก่อน

3.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 บัญญัติความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ดังนี้

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่บุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติการวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ดังนั้นในระบบกฎหมายปกครองไทย คำสั่งทางปกครองจึงมีสองความหมาย คือ ความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณีไปในกฎกระทรวง ประการหนึ่ง และความหมายโดยแท้จริงอีกประการหนึ่ง เหตุที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครอง สามารถกำหนดว่าการใดหรือคำสั่งลักษณะใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้ ก็เนื่องจากในบางกรณีอาจมีข้อโต้แย้งกันได้ว่า คำสั่งใดคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ การที่องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดว่าการใดเป็นคำสั่งทางปกครองได้เอง ย่อมจะช่วยให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนและทำให้บุคคลผู้รับคำสั่งทราบสิทธิหน้าที่ของตนว่า ตนจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป อย่างไรก็ตาม องค์กรฝ่ายปกครองพึงใช้อำนาจนี้ด้วยความระมัดระวังและควร

พิจารณาความหมายโดยแท้ของคำสั่งทางปกครองประกอบตลอดจนผลที่จะเกิดขึ้นตามมา จากการกำหนดให้การใดการหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยเสมอ¹

3.1.1 องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง

ในทางทฤษฎี คำสั่งทางปกครองใดจะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ คำสั่งนั้นจะต้องมีสาระสำคัญ 5 ประการคือ²

- (1) การกระทำโดยเจ้าหน้าที่
- (2) เป็นการใช้อำนาจรัฐ
- (3) เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย
- (4) เกิดผลเฉพาะกรณี
- (5) มีผลภายนอกโดยตรง

3.1.1.1 การกระทำโดยเจ้าหน้าที่

คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ (Authority) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 หมายความว่า บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ ในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

อนึ่ง “เจ้าหน้าที่” เป็นผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย “อำนาจทางปกครองของรัฐ” คือส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ไม่รวมถึงอำนาจตุลาการ³ ซึ่งเจ้าหน้าที่อาจเป็นบุคคลธรรมดา คณะบุคคลหรือนิติบุคคลก็ได้โดยบุคคลธรรมดา ได้แก่ บรรดาข้าราชการต่าง ๆ หรือพนักงานของราชการส่วนท้องถิ่น หรือเป็น คณะบุคคลได้แก่ เช่น คณะกรรมการเครื่องหมายการค้า คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน คณะกรรมการส่งเสริมรักษา

¹รเจตน์ ภาศิริตัน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 100.

²ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จักรีราชการพิมพ์, 2540) น.100-114.

³วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง” รวมบทความทางวิชาการทางกฎหมาย ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541) :น.34.

สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ หรือคณะกรรมการอนุรักษ์ตามกฎหมายว่าด้วยควบคุมอาคารเป็นต้น หรือเป็น “นิติบุคคล” ก็ได้ เช่น กระทรวง ทบวง กรม เทศบาล⁴

3.1.1.2 เป็นการใช้อำนาจรัฐ

ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้วางหลักในมาตรา 5 คำสั่ง ทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเพราะโดยหลักการแล้วคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว (act unilateral) บังคับแก่เอกชน (decision executive) โดยเอกชนมิได้ยินยอมด้วย และการวางหลักว่าคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐนี้ มีความหมายในตัวเอง กรณีจะต้องไม่ใช่การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ (legislative act) (ตรากฎหมาย) หรือการใช้อำนาจทางตุลาการ (judicial act) (ตัดสินคดี)⁵

3.1.1.3 เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย

“คำสั่งทางปกครอง” นั้นต้องมุ่งประสงค์ให้กำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดเช่นนี้ออกคำสั่งอนุญาตให้ตั้งโรงงานหรือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น องค์ประกอบในการมุ่งต่อผลในกฎหมายนี้ทำให้ “คำสั่งทางปกครอง” แตกต่างไปจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ และองค์ประกอบนี้ทำให้เจตนาในการมุ่งต่อผลมีความสำคัญต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม

“คำสั่งทางปกครอง” นั้นไม่ว่าจะมุ่งประสงค์ในทางใดก็ตาม หากกระทบถึงสิทธิหน้าที่ของบุคคลก็ถือว่าเข้าข่ายการเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ได้

ในทางทฤษฎี กล่าวว่า การให้ข้อมูลข่าวสาร คำแนะนำ หรือการอธิบายความเข้าใจ ฯลฯ ไม่ถือว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง” เพราะไม่มีผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่ เพียงแต่เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับ “คำสั่งทางปกครอง” เดิมเท่านั้น⁶

3.1.1.4 เกิดผลเฉพาะกรณี

คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยบังคับกำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การออกไปอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหรือออกคำสั่งให้บุคคล ออกจากพื้นที่รูกล้ำทางสาธารณะ

⁴ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาสนัด, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 2 น.101.

⁵ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาสนัด, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 2 น.101-102.

⁶ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาสนัด, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 2 น.102.

⁷ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง,

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน , 2548) น. 57-58.

คุณสมบัติข้อนี้ทำให้ “คำสั่งทางปกครอง” แตกต่างไปจาก “กฎ” เพราะกฎจะมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป (general abstract norm) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครอง พ.ศ. 2539 ให้คำนิยาม มาตรา 5 ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป อันเป็นเพียงการวางหลักไว้แต่ยังไม่ได้ใช้กับข้อเท็จจริงเป็นหนึ่งอันใดโดยเฉพาะ

คำสั่งทางปกครองโดยสภาพต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลใดโดยตรง อย่างไรก็ตามในคำสั่งทางปกครองอาจจะไม่ระบุชื่อบุคคลไว้ได้ เช่น พบการปลูกสร้างอาคารในที่สาธารณะโดยผู้กระทำไม่อยู่ การออกคำสั่งให้รื้อถอน อาจใช้วิธีประกาศให้ผู้กระทำรื้อถอนออกไปโดยไม่ระบุชื่อนั้น

ในอาคารที่มีสภาพเสี่ยงต่อพังทลาย⁸ หรือ ให้ผู้อาศัยในเขตโรคระบาดทุกคนจัดการฆ่าเชื้อโรคโดย คำใช้จ่ายของตนเอง หรือห้ามทุกคนขายผักบางชนิดในเขตที่กำหนดเพราะเชื่อว่า ผักนั้นเป็นพาหนะนำโรคระบาด หรือ คำสั่งห้ามบุคคลทุกคนเข้าไปในเขตอนุรักษ์ธรรมชาติหรือป่าয়ัญญาณจากรกำหนดวิธีเดินรถ⁹ คำสั่งเหล่านี้จะเห็น ได้ว่าเป็นการบังคับแก่บุคคลหลายคนคล้าย “กฎ” แต่ขณะเดียวกันก็ไม่มีสภาพเป็น “กฎ” เพราะมุ่งหมายให้เกิดผลทันทีแก่กลุ่มบุคคลที่แน่นอนแล้ว(definite fact)¹⁰

3.1.1.5 มีผลภายนอกโดยตรง

โดยบทนิยาม คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ที่ว่า เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล แสดงว่าคำสั่งทางปกครองต้องเกิดผลทางกฎหมายขึ้นแล้ว ซึ่งเท่ากับมีผลต่อภายนอก โดยตรงกับผู้อยู่ได้บังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองจะเกิดผลนับแต่มีการแจ้งเป็นต้นไป โดยถ้าตราบไดยังมีผลปรากฏอยู่ภายในก็ยังเป็นเพียงแต่มีการเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้ เช่น การที่ผู้ตรวจอาคารที่เสี่ยงต่อการพังทลายและทำรายงานเสนอความเห็นขึ้นมากรณียังไม่มีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้น หรือแม้แต่ผู้บังคับบัญชาได้รับรายงานและสั่งการให้ผู้ตรวจกลับไปตรวจดูปัญหา ณ จุดใดของอาคารอีกครั้ง หากพบปัญหาไม่มั่นคงที่จุดนั้นตามที่ผู้บังคับบัญชาคาดการณ์ก็ให้เร่ง สั่งการรื้อถอนดังนี้ กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองสำหรับเจ้าของอาคารซึ่งเป็นบุคคลภายนอก¹¹ และเมื่อยังไม่มียผลออกมาภายนอก ผู้จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังไม่มีความที่อะไรต้องปฏิบัติ คำสั่งจะมีผลภายในหรือภายนอกนั้นต้องพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งเป็นสำคัญ เช่น การที่

⁸ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาสานต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2 น. 112.

⁹ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาสานต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2 น. 112.

¹⁰ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาสานต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2 น. 112

¹¹ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาสานต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2 น. 112-113.

ผู้บังคับบัญชาสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไปดำเนินการออกคำสั่งหรือถอนกรณีนี้ยังเป็นเรื่องภายในองค์กรของหน่วยงานนั้นทั้งผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาในกรณีนี้เป็นองค์กึ่งส่วนหนึ่งขององค์กร แต่ในกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาละเลยไม่ออกคำสั่งหรือถอนตามเวลาที่ถูกต้องแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชามีคำสั่งลงโทษตัดเงินเดือนผู้ใต้บังคับบัญชา คำสั่งลงโทษดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นเรื่องภายในองค์กรอีกต่อไป คำสั่งลงโทษนั้นจึงเป็นคำสั่งทางปกครองหรือในกรณีที่รัฐมนตรีจะสั่งการเรื่องใดกฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบ หรือคำแนะนำจากคณะกรรมการใดก่อนนั้น ความเห็นชอบหรือคำแนะนำของ คณะกรรมการเมื่อมิได้มีผลโดยตรงต่อบุคคลภายนอก ก็ยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองแม้ได้ ส่งออกภายนอกคณะกรรมการแล้วก็ตาม โดยบุคคลที่อยู่ใต้บังคับคำสั่งจะมีหน้าที่ต้องปฏิบัติเมื่อได้รับคำสั่งสุดท้ายแล้วคือคำสั่งของรัฐมนตรี และการโต้แย้งหรือกำหนดอายุความก็ต้องเริ่มนับ ตั้งแต่วันรับคำสั่งสุดท้ายนั้น¹²

3.1.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองสามารถแบ่งได้หลายประเภท แต่ในที่นี้จะแบ่งเป็น 3 ประเภท ดังนี้ คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่การกำหนดสิทธิหน้าที่ คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่การให้ประโยชน์และการสร้างภาระ และคำสั่งทางปกครองในแง่กระบวนการ ขั้นตอน และรูปแบบ

3.1.2.1 คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่การกำหนดสิทธิหน้าที่

คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่ของการกำหนดสิทธิหน้าที่แล้วสามารถแบ่งได้เป็นสามประเภท คือ คำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรม คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ และคำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ

1. คำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรม คำสั่งทางปกครองที่แปรบทกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ให้เป็นรูปธรรมนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดคำสั่งให้เป็นรูปธรรมเป็นคำสั่งที่ชัดเจนได้ เช่น คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากรซึ่งระบุจำนวนภาษีอากรอย่างชัดเจนว่าผู้รับคำสั่งมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าภาษีอากรเป็นจำนวนเท่าใด¹³

2. คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ คำสั่งประเภทนี้เป็นคำสั่งที่กำหนดให้สิทธิ ต่าง ๆ แก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งอาจเรียกชื่อได้หลายแบบและมีผลโดยตรงต่อผู้รับคำสั่ง เช่น “การออกใบอนุญาต

¹²ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาสันต์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2 น.113.

¹³วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 1 น. 113-114.

ต่าง ๆ สภาพการณ์ของการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีลักษณะเหมือนกันไม่ว่าจะเรียกคำสั่งทางปกครองนี้ว่าอย่างไร (ใบอนุญาต คำสั่งอนุมัติ สัมปทานบัตร ฯลฯ)¹⁴

3. คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ คำสั่งประเภทนี้เป็นคำสั่งที่ยืนยันสิทธิของผู้รับคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิหรือสถานะของบุคคล เช่น “คำสั่งยืนยันว่าบุคคลที่ได้รับ คำสั่งเป็นบุคคลสัญชาติไทย เป็นต้น”¹⁵

3.1.2.2 คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่การให้ประโยชน์และการสร้างภาระ

คำสั่งประเภทนี้สามารถแบ่งออกได้สามประเภทคือ คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ คำสั่งทางปกครองที่เพิ่มภาระ และคำสั่งทางปกครองที่ผลสองทาง

1. คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์

คำสั่งประเภทนี้ เป็นคำสั่งที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทั้งเป็นการยืนยันสิทธิได้ ในตัวด้วย เช่น “คำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนประจำปี คำสั่งอนุมัติปริญญาบัตร คำสั่งให้ทุนการศึกษา คำสั่งอนุมัติเงินอุดหนุนเกษตรกร คำสั่งว่ายืนยันบุคคลรับคำสั่งเป็นผู้มีสัญชาติไทย ฯลฯ”¹⁶

2. คำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระ

คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล อย่างหนึ่งอย่างใด เช่น “คำสั่งยึดใบอนุญาตขับจักรยานยนต์ส่วนบุคคล คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากรเพิ่มเติม คำสั่งปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่เป็นการสร้างภาระให้แก่บุคคลผู้ได้รับคำสั่ง”¹⁷

3. คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง

คำสั่งประเภทนี้เป็นคำสั่งที่ออกคำสั่งครั้งเดียวแต่มีผลเป็นสองทาง คือเป็นคุณต่อผู้รับคำสั่ง แต่เป็นผลเสียต่อบุคคลภายนอกลักษณะหนึ่งหรือเป็นผลร้ายต่อผู้รับคำสั่งเป็นคุณแก่บุคคลภายนอก เช่น “คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ย่อมมีผลในทางที่เป็นประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่ง แต่เป็นผลร้ายแก่เจ้าของอาคารหรือเจ้าของที่ดินที่อยู่ใกล้เคียง”¹⁸

¹⁴วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 1* น. 114.

¹⁵วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว, *เชิงอรรถที่ 1* น. 114.

¹⁶วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1* น. 116.

¹⁷วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1* น. 116.

¹⁸วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1* น. 116-117.

3.1.2.3 คำสั่งทางปกครองพิจารณาในแง่กระบวนการขั้นตอน และรูปแบบ

คำสั่งทางปกครองประเภทนี้สามารถแยกได้ 3 ลักษณะ คือ คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการร้องขอ คำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอมของผู้รับคำสั่ง และคำสั่งทางปกครองที่ต้องทำตามแบบ

1. คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการร้องขอ

คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เป็นคำสั่งที่เป็นคุณหรือเป็นประโยชน์แก่ผู้รับ คำสั่ง ซึ่งผู้รับคำสั่งมีหน้าที่ร้องต่อรัฐเอง เช่น ใบอนุญาตต่าง ๆ¹⁹

2. คำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอม

คำสั่งทางปกครองประเภทที่ต้องการความยินยอมนี้ ถือว่าเป็นข้อยกเว้นของคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไป ซึ่งโดยปกติคำสั่งทางปกครองซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้รับคำสั่ง แต่มีคำสั่งบางประเภทที่ต้องขอความยินยอมจากผู้รับคำสั่ง เช่น “คำสั่งบรรจุเข้ารับราชการ โดยที่บุคคลซึ่งได้รับการบรรจุไม่ยินยอม”²⁰

3. คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำตามแบบ

โดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองไม่มีแบบกำหนดไว้ ดังนั้นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงออกคำสั่งทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษร โดยวาจา หรือโดยวิธีการสื่อความหมายอื่นใดก็ได้ แต่หากมีกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดแบบไว้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งทางปกครองตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

3.2 เงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองได้ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งและเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครองตามขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้และต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่จะต้องชอบด้วยกฎหมาย จึงจะทำให้ คำสั่งทางปกครองนั้นสมบูรณ์ ซึ่งเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้นี้เรียกว่า “เงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง” หรือเรียกว่า “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง” ซึ่งมีองค์ประกอบ 2 ประการได้แก่

1) เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกคำสั่ง

¹⁹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1 น. 118.

²⁰วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1 น. 119.

2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยแต่ละเงื่อนไขยังมีเงื่อนไขย่อย ๆ อีก เงื่อนไขสามเงื่อนไขคือ

- 1) เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกคำสั่ง
 - 1.1) เงื่อนไขเกี่ยวกับองค์กร (เจ้าหน้าที่) ผู้ออกคำสั่ง
 - 1.2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครอง
 - 1.3) เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง
- 2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง
 - 2.1) เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง
 - 2.2) เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง
 - 2.3) เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายการออกคำสั่งทางปกครอง

3.2.1 โดยเงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกคำสั่ง ซึ่งแบ่งเป็น

3.2.1.1 เงื่อนไขเกี่ยวกับองค์กร (เจ้าหน้าที่) ผู้ออกคำสั่ง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ไว้ตามมาตรา 12 ว่าด้วย “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น” และในมาตรา 13 ถึง 20 ได้วางหลักโดยมีสาระสำคัญของเงื่อนไขเกี่ยวกับองค์กร (เจ้าหน้าที่) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมี 2 ประการคือ

1) เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องเป็นองค์กร(เจ้าหน้าที่) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งปกครองในเรื่องนั้น มีบัญญัติโดยชัดแจ้งในมาตรา 12 แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง ถ้าออกโดยองค์กรอื่น คำสั่งทางปกครองนั้น ก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ต้องมีความดำรงอยู่ในทางกฎหมาย (Legal Existence) ในเวลาที่ยื่นคำสั่งทางปกครอง และทำการออกคำสั่งโดยปฏิบัติตามหลักการดำเนินงานที่กฎหมายกำหนด

3.2.1.2 เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง

ขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครอง หมายถึง บรรดาปฏิบัติการทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายปกครอง ผู้มีอำนาจจัดทำคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำก่อนที่จะแสดงเจตนาออกคำสั่งนั้นสัมพันธ

ระหว่างบุคคลในทางปกครองกับบุคคลอื่น²¹ ซึ่งเริ่มแรกก่อนที่จะออกคำสั่งจะต้องพิจารณาว่า คำสั่งทางปกครองออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองและเจ้าหน้าที่ผู้ออกสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนมีคำสั่งนั้น โดยเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงตัวเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งต้องไม่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณี ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 และเจ้าหน้าที่ต้องไม่มีพฤติการณ์อื่นอันทำให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยหรือมีเหตุสภาพร้ายแรงทำให้การออกคำสั่งทางปกครองไม่เป็นกลาง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 16

โดยขั้นตอนการทำคำสั่งปกครองใน พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 3 กำหนดให้กระบวนการและขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครองเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับกำหนดไว้ แต่หากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการหรือขั้นตอนในการทำคำสั่งทางปกครองไว้เฉพาะ หรือหากมีแต่กฎหมายมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรม หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าที่ พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ ก็ให้นำกระบวนการและขั้นตอนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองตามที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ ซึ่งแบ่งออกได้ 7 ขั้นตอนใหญ่ ได้แก่ การริเริ่มทำคำสั่งทางปกครอง, การอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบในการทำคำสั่งทางปกครอง, การแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาให้คู่กรณีทราบ, การรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองการให้สิทธิคู่กรณีนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการพิจารณาการให้สิทธิคู่กรณีตรวจเอกสารที่จำเป็นต้องรู้, และระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครอง²²

3.2.1.3 เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง

ในการพิจารณาว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง จะต้องพิจารณาถึงเจ้าหน้าที่หรือองค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครองและขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงรูปแบบของคำสั่งทางปกครองด้วย โดยรูปแบบของคำสั่งทางปกครองต้องพิจารณาถึง

²¹เผด็จ โชคเรืองสกุล, “ระยะเวลาในฐานะที่เป็นขั้นตอนในการจัดนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะเจาะจง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น. 15.

²²จิราพร บุรินทร์วานิช, “เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง : ศึกษากรณีขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 44.

ประเภทของรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง และการแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง²³

3.2.1.3.1 ประเภทของรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง

3.2.1.3.1.1 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ

คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ ซึ่งต้องทำตามแบบในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 36 ได้กำหนดว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสืออย่างน้อยต้องระบุวัน เดือน และปี ที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งลายมือชื่อของ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น นอกจากนี้มาตรา 37 ได้กำหนดว่าคำสั่งทางปกครอง ที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

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

3.2.1.3.1.2 คำสั่งทางปกครองที่ทำด้วยวาจา

คำสั่งทางปกครองที่ทำด้วยวาจานั้น ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 35 กำหนดว่าในกรณีคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งด้วยวาจา ถ้าผู้รับคำสั่งนั้นร้องขอและการร้องขอได้กระทำโดยมิเหตุอันสมควรภายในเจ็ดวันนับตั้งแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องยืนยันคำสั่งนั้นเป็นหนังสือ

3.2.1.3.1.3 คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่น

คำสั่งทางปกครองที่ทำการสื่อความหมายในรูปแบบอื่น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือทำเป็นหนังสือ หรือคำสั่งทางปกครองที่ทำด้วยวาจา เช่น สัญญาณไฟจราจร สัญญาณไฟกระพริบของประกาศ เป็นต้น แต่ทั้งนี้คำสั่งทางปกครองสื่อความหมายในรูปแบบอื่นจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่ผู้รับคำสั่งดังกล่าวจะเข้าใจได้ นอกจากนี้กฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2540) ออกตามความใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่แสดงให้ทราบโดยทางเสียง แสง

²³ เพิ่งอ้าง น.30.

หรือสัญญาณที่สามารถทำให้รับรู้ถึงคำสั่งทางปกครองนั้นได้ทันที เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเมื่อได้แจ้ง²⁴

3.2.1.3.2 การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง หมายถึง การแสดงข้อความด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรเพื่อชี้แจง อธิบาย หรือทำให้ปรากฏมูลเหตุจูงใจซึ่งเป็นเหตุผลแห่งการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองโดยเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย²⁵ มีกำหนดแบบไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 37 ในเรื่องการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

3.2.1.3.2.1 หลักเกณฑ์ในการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

การแสดงผลคำสั่งทางปกครองในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 37 วรรคแรก และในมาตรา 35 กรณีเป็นคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาแต่คู่กรณีร้องขอ และการร้องขอได้กระทำโดยเหตุอันสมควร ภายในเจ็ดวัน นับแต่วันที่มิคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งต้องยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือนั้นต้องจัดให้มีเหตุผลด้วย และมีเหตุผลตามมาตรา 37 (1) ถึง (3) ประกอบด้วยเสมอ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันในการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเป็นการควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ว่า การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นไปอย่างมีเหตุผลซึ่งการบังคับให้แสดงผลนี้ จะเป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ระมัดระวังในการทำคำสั่งทางปกครองอันมิผลไปในทางการบังคับไม่ให้ใช้อำนาจโดยลำเอียง²⁶

3.2.1.3.2.2 ข้อยกเว้นของการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

ปกติคำสั่งทางปกครองต้องแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง แต่มีข้อยกเว้นไม่ต้องจัดให้มีการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 37 วรรคสาม และมาตรา 38 มีดังนี้

²⁴เพ็ญอ้วง น.32.

²⁵จิรพงษ์ เกียรติธำรงค์กุล, “การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543) น.27.

²⁶ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ่างแล้ว เจริญรลที่ 2 น.193.

(1) เป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น

(2) เหตุผลนั้นเป็นที่รู้จักกันอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก

(3) เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32

(4) เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา หรือเป็นกรณีเร่งด่วน แต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควร หากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

(5) คำสั่งที่กำหนดในกฎกระทรวงตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

3.2.2 เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจการออกคำสั่งทางปกครอง

ในการพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้น ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบ 3 ประการ ได้แก่ เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง และเงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการทำคำสั่งทางปกครอง

3.2.2.1 เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

แม้ว่ากฎหมายจะให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองได้เองก็ตาม แต่โดยมากแล้วกฎหมายนั้น ๆ มักมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเสมอว่า หากมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างเกิดขึ้นแล้ว เจ้าหน้าที่จึงจะมีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งข้อเท็จจริงนั้นเมื่อเกิดขึ้นแล้วอาจเป็นข้อเท็จจริงที่เจ้าหน้าที่ต้องออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับไม่ออกคำสั่งไม่ได้ หรืออาจเป็นข้อเท็จจริงซึ่งเมื่อเกิดขึ้นหรือมีอยู่แล้ว เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจตัดสินใจที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับหรือไม่ก็ตามแต่จะเห็นสมควรซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจคำสั่งทางปกครองอาจมีอยู่ได้หลายลักษณะด้วยกัน²⁷ โดยอาจจะเป็น

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ “พฤติกรรมหรือการกระทำของบุคคล” หรืออาจเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ “คุณสมบัติของสิ่งของ” นอกจากนี้ ก็อาจเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ สถานการณ์ทางสังคมก็ได้²⁸ แต่ทั้งนี้ข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้จะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยต้องมีอยู่ในขณะที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจ

²⁷ เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 16.

²⁸ ชีระ สุธีวรารุง, “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 37–38.

ในการทำ คำสั่งทางปกครองโดยข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีอยู่ด้วยกัน ดังนี้

- ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นพฤติกรรมหรือการกระทำของบุคคล
- ข้อเท็จจริงที่เป็นคุณสมบัติของทรัพย์สินหรือสิ่งของ
- ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นสถานการณ์ทางสังคม

3.2.2.2 เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง

วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง คือ ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดข้อความอนุญาตให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือข้อความที่รับรองหรือไม่รับรองสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ของบุคคล²⁹ ซึ่งวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองหรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองก็มีความหมายเดียวกัน โดยวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองก็คือเจตจำนงของคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏในรูปเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง

วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ได้พิจารณาจัดทำนั้นจะต้องมีลักษณะ 4 ประการ ดังต่อไปนี้ คือ

(ก) วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองต้องมีความแน่นอนชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถที่จะเข้าใจได้

(ข) วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปและจารีตประเพณี

(ค) วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(ง) วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองต้องไม่เป็นการพ้นวิสัย

3.2.2.3 เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการทำคำสั่งทางปกครอง

โดยมากแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองนั้น จะมีความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการ โดยให้เป็นไปตามความต้องการโดยรวมของประชาชนหรือรักษาประโยชน์สาธารณะภายในขอบเขตที่เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ได้ให้

²⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “กฎหมายปกครองชั้นสูง2,” คำบรรยายการศึกษาชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537, น. 115.

อำนาจไว้ ดังนั้น เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายหรือมีเจตนารมณ์ของการทำคำสั่งทางปกครองจึงประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ ได้แก่

(ก) เจ้าหน้าที่ต้องทำคำสั่งทางปกครองเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ มิใช่เป็นไปเพื่อการแสวงหาประโยชน์แก่ตนเองหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับตนไม่ว่าจะในทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งหากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองโดยแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองหรือบุคคลผู้ใกล้ชิดกับตน หรือทำคำสั่งทางปกครองโดยมีผลประโยชน์ขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์สาธารณะ (conflict of interest) แล้ว เจ้าหน้าที่อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาฐานกระทำการโดยทุจริตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

(ข) เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองและเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจซึ่งหากเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบด้วยความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ (abuse of power) แล้ว คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งต้องทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

จึงอาจกล่าวได้ว่า หากในการพิจารณาคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้น เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาคำสั่งทางปกครองโดยชอบด้วยเงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองและเงื่อนไขเกี่ยวกับชอบอำนาจของการทำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้ นอกจากนี้ ยังเป็นหลักประกันต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วยว่าเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองโดยอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วนและทำคำสั่งด้วยความเป็นกลางโดยปราศจากอคติ³⁰

ซึ่งในการเริ่มต้นพิจารณาหรือมีคำสั่งหรือก่อนที่เจ้าหน้าที่จะมีคำสั่งทางปกครอง นอกจากพิจารณาเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแล้วยังพิจารณาถึงความ ถูกต้องครบถ้วนของข้อมูลและจะต้องทำคำสั่งโดยปราศจากอคติ ซึ่งทั้งสามส่วนดังกล่าวก็เกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กันทับซ้อนอยู่โดยการพิจารณาถึงความถูกต้องครบถ้วนของข้อมูล ในการทำคำสั่งก็เป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขเกี่ยวกับชอบอำนาจในส่วนเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิด อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนการทำคำสั่งโดยปราศจากอคติก็เป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไข เกี่ยวกับชอบอำนาจในส่วนเงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งต้องพิจารณาองค์ประกอบดังกล่าวไปพร้อมกันหากพิจารณาแล้วคำสั่งทางปกครองกรณีใดไม่เข้าเงื่อนไขทั้งสาม

³⁰ จิราพร บุรินทรวานิช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22* น. 41-42.

ของเงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่เข้าเงื่อนไขทั้งสามของเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจของการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็ไม่มีสมบูรณ์

3.3 กระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง

กระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง หมายถึง ขั้นตอนในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมี 3 ขั้นตอน คือ การเริ่มหรือการเปิดกระบวนการพิจารณา การดำเนินการพิจารณา และการปิดกระบวนการพิจารณา นอกจากนั้น หากคำสั่งทางปกครองมีสภาพบังคับ เช่น “เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ผู้รับคำสั่งไม่อุทธรณ์ แต่ก็ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้ เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เช่น จ้างบริษัทเอกชนให้มาดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้น และคิดค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนจากผู้รับคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น”³¹

ดังนั้น กระบวนการออกคำสั่งทางปกครองย่อมความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองที่แยกออกจากกันมิได้ หากเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครองมีส่วนได้เสียในเรื่องที่ออกคำสั่งทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง, เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี, เป็นญาติของคู่กรณี ฯลฯ เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยธรรมของคู่กรณี, เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี หรือกรณีอื่นใดก็ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือเป็นเหตุอื่นใดซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาปกครองไม่เป็นกลางหรือมีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณา เจ้าหน้าที่หรือกรรมการจะพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น ๆ ไม่ได้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 16

3.3.1 การเริ่มกระบวนการพิจารณา

การเริ่มกระบวนการพิจารณาทางปกครอง มีได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการได้เอง หรือออกคำสั่งทางปกครองได้เอง กรณีหนึ่ง และกรณีที่จำเป็นต้องมีการร้องขอจากผู้ร้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง อีกกรณีหนึ่ง

³¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 79 น.172-173

3.3.2 การพิจารณา

3.3.2.1 หน้าที่ในการค้นหาความจริง

ในการค้นหาความจริง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้เองเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงประกอบการทำคำสั่งทางปกครองโดยสามารถรับฟังพยานหลักฐาน คำชี้แจงของคู่กรณี สอบถามพยาน สอบถามความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ หรือขอให้ผู้ครอบครองส่งเอกสาร ตลอดจนสามารถออกไปตรวจสอบสถานที่ได้³²

3.3.3.2 สิทธิที่สำคัญของคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง

สิทธิที่สำคัญของคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง มีดังนี้ สิทธิที่ได้รับการรับฟัง, สิทธิที่ได้ตรวจสอบเอกสาร, สิทธิที่จะนำพยานหลักฐานหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง และสิทธิที่จะได้รับการดูแลแนะนำ

3.3.2.2.1 สิทธิที่จะได้รับการรับฟัง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติรับรองสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง ในมาตรา 30 วรรคหนึ่งว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน”

คำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่จะต้องให้สิทธิคู่กรณี โดยให้ คู่กรณีมีโอกาสทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน คำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการ, คำสั่งลงโทษทางวินัยแก่นักเรียน นักศึกษา, คำสั่งเพิกถอนหรือพักใช้ใบอนุญาต, คำสั่งให้บุคคลดำเนินการรื้อถอนอาคาร คำสั่งห้ามบุคคลเข้าไปในอาคารใดอาคารหนึ่ง และคำสั่งปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือ สิทธิที่จะได้รับการฟัง หมายความว่าอย่างไร ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่งที่กล่าวมาข้างต้น สิทธิที่จะได้รับการฟัง คือ สิทธิของคู่กรณีในอันที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและสิทธิของคู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนข้อเท็จจริง ที่คู่กรณีมีสิทธิรับทราบ หมายถึง ข้อเท็จจริงที่สำคัญที่เจ้าหน้าที่จะใช้เป็นเหตุผลในการตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิคู่กรณีผู้นั้น ไม่ใช่ข้อเท็จจริงปลีกย่อยที่ไม่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งฯ เช่น กรณีเจ้าหน้าที่สั่งปิดสถานบริการ เพราะมีข้อเท็จจริงว่าสถานบริการนั้นปล่อยให้ผู้เยาว์เข้าไปใช้บริการเจ้าหน้าที่ย่อมแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณี

³² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ฯ มาตรา 28 และ 29.

ทราบว่ามีปรากฏหลักฐานว่าสถานบริการดังกล่าวได้ปล่อยให้ผู้เยาว์เข้าไปใช้บริการในวันเวลาใด ทั้งนี้เพื่อที่ คู่กรณีจะได้ทราบข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานโต้แย้งหักล้างได้อย่างถูกต้อง อนึ่ง คู่กรณีจะได้ใช้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานได้ก็ต่อเมื่อมีเวลาเตรียมตัว ดังนั้นเจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าก่อนและให้เวลาแก่คู่กรณีตามสมควร ในการชี้แจงแสดงพยานหลักฐานของตนหักล้างข้อเท็จจริง การแจ้งข้อเท็จจริงและข้อกำหนดให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานหักล้างข้อเท็จจริงนั้นทันทีหรือในเวลาที่เห็นได้ชัดว่าคู่กรณีไม่อาจเตรียมตัวได้ทัน ย่อมถือเท่ากับว่าเจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้สิทธิแก่คู่กรณี การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง และอาจทำให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบได้ ดังนั้น การรับฟังคู่กรณีซึ่งหมายถึง การแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบและการให้โอกาสคู่กรณีชี้แจงแสดงพยานหลักฐานของตน ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ไม่ได้ หมายความว่า เจ้าหน้าที่จะต้องให้คู่กรณีชี้แจงด้วยวาจาเสมอไป การที่เจ้าหน้าที่เปิดโอกาสให้ คู่กรณีชี้แจงเป็นลายลักษณ์อักษรก็ถือเป็นการรับฟังคู่กรณีเช่นกัน

โดยเหตุที่ในหลายกรณีการแจ้งข้อเท็จจริงและการให้โอกาสคู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออกคำสั่งทางปกครองอาจก่อเกิดปัญหาในการปฏิบัติราชการ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงได้บัญญัติยกเว้นกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งฯ และข้อห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ที่รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งฯ ไว้มาตรา 30 วรรคสอง และวรรคสาม

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 วรรคสอง เจ้าหน้าที่อาจไม่ต้องรับฟังคู่กรณีได้ หาก

- 1) เมื่อความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ
- 2) เมื่อมีประโยชน์ทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎหมายกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทาง ปกครองต้องล่าช้าออกไป
- 3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองให้ไว้ในคำขอคำให้การหรือคำแถลง
- 4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้
- 5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง
- 6) กรณีอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2530 มาตรา 30 วรรคสาม เจ้าหน้าที่จะรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้ หากการต้องรับฟังก่อนนั้นอาจทำให้การออกคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป และก่อให้เกิดผลเสียหายอย่าง ร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ

3.3.2.2.2 สิทธิที่จะได้ตรวจเอกสาร

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 31 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่กรณีในการตรวจเอกสาร ดังนี้ คู่กรณีมีสิทธิขอตรวจเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตนได้ แต่ถ้ายังไม่ได้ทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น คู่กรณีไม่มีสิทธิขอตรวจเอกสารอันเป็นต้นร่างคำวินิจฉัย

ในกรณีที่เอกสารนั้นเป็นความลับ เจ้าหน้าที่ก็สามารถปฏิเสธไม่ให้ คู่กรณีดูได้เช่นกัน กรณีใดบ้างเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไม่ได้กำหนดไว้ ในการใช้ดุลพินิจเจ้าหน้าที่จึงต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 14 และมาตรา 15 กล่าวคือ ถ้าเอกสารนั้นกระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ เจ้าหน้าที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับเสมอ ส่วนกรณีอื่น ๆ เจ้าหน้าที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ของหน่วยงาน ประโยชน์ของคู่กรณี รวมทั้งประโยชน์ของบุคคลที่สามว่า อาจได้รับผลกระทบจากการให้คู่กรณีได้ดูเอกสารนั้นหรือไม่ประกอบกันด้วย

3.3.2.2.3 สิทธิที่จะนำพยานความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 23 ในการพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณีที่ต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ คู่กรณีมีสิทธินำ พยานความหรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองได้

3.3.2.2.4 สิทธิที่จะได้รับการแจ้งสิทธิและได้รับคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่

สิทธิที่จะได้รับการฟังและคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่ ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า “ให้เจ้าหน้าที่แจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบตามความจำเป็นแก่กรณี” และ “ถ้าคำขอหรือคำแถลงมีข้อบกพร่องหรือมีข้อความที่อ่านไม่เข้าใจหรือผิดพลาด อันเห็นได้ชัดว่าเกิดจากความไม่รู้หรือความเลินเล่อของ คู่กรณี ให้เจ้าหน้าที่แนะนำให้คู่กรณีแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้อง”

3.3.3 การปิดกระบวนการพิจารณา

การปิดกระบวนการพิจารณาถึงขั้นตอนสุดท้ายของการทำคำสั่งทางปกครอง โดยเมื่อเจ้าหน้าที่มีคำสั่งทางปกครองไปทางใด เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปยังคู่กรณี เมื่อเจ้าหน้าที่ได้แจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังคู่กรณีแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลใช้บังคับคู่กรณี³³

³³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42.

3.4 ความไม่มีส่วนได้เสียหรือความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในการทำ

คำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติปฏิบัติราชการทางปกครองได้วางหลักเกี่ยวกับความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ไว้ในมาตรา 13 และ มาตรา 16 โดยบัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้นนอกจากนั้นในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 และมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัตินี้บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ดังนี้ “มาตรา 13 เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

- (1) เป็นคู่กรณีเอง
- (2) เป็นคู่หมั้น หรือคู่สมรสของคู่กรณี
- (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับเพียงภายในสามชั้น หรือญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี
- (5) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ของกรณี
- (6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

“มาตรา 16 ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้” หากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 และ 16 วรรคแรกดังกล่าว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เราจึงอาจแบ่งแยกความไม่มีส่วนได้เสียเป็น 2 กรณี

- 1) ความไม่มีส่วนได้เสียหรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก และ
- 2) ความไม่มีส่วนได้เสียหรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน (หรือโดยในทางสาระ)³⁴

3.4.1 หลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก (Objective)

หลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกนั้นเป็นความเกี่ยวพันสัมพันธ์กันในฐานะตัวเป็นญาติ หรือ เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี เป็นต้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 ได้วางเกณฑ์สำหรับ

³⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 2 น.242.

กรณีที่เกรงว่าเจ้าหน้าที่จะไม่เป็นกลางเอาไว้ และกำหนดวิธีการกำกับ โดยหากเจ้าหน้าที่นั้นไม่ถอนตัวโดยสมัครใจก็จะมีหนทางคัดค้านให้ต้องถอนตัวออกไปโดยถูกผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรระดับสูงขึ้นไปบังคับให้ถอนตัวจากกรณีที่พิจารณา ถ้าหากเป็นเช่นนั้นก็น่าจะยิ่งกว่าการถอนตัวออกไปโดยสมัครใจตั้งใจตั้งแต่ในชั้นแรก³⁵ อนึ่ง มาตรา 13 กับมาตรา 16 นั้น กรณีตามมาตรา 13 เป็นเรื่องที่บุคคลดังกล่าว มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณีซึ่งเป็นเหตุชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าบุคคลดังกล่าวอาจจะทำการพิจารณาทางปกครองโดยมีอคติหรือความลำเอียง ส่วนกรณีตามมาตรา 16 นั้น เป็นพฤติการณ์อื่นที่ชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าบุคคลดังกล่าว อาจจะทำการพิจารณาทางปกครองโดยไม่เป็นกลาง³⁶ หากเจ้าหน้าที่มีคำสั่งทางปกครองโดยไม่เป็นกลาง คู่กรณีและผู้เกี่ยวข้องกลางแคลงใจในความเป็นกลางย่อมไม่เป็นผลดีต่อฝ่ายปกครองในภาพรวม รัฐควรดำเนินการให้ประชาชนไว้วางใจเต็มที่ว่าได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และคุ้มครองประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้อง ประชาชนจะได้สบายใจในกลไกของรัฐและไว้วางใจและให้ความร่วมมือกับฝ่ายปกครอง การงานจะได้ดำเนินไปสู่ประโยชน์ส่วนรวมของสังคมอย่างแท้จริง ในกรณีแม้ว่าความเป็นจริง เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องอาจมีความเป็นกลางอย่างเต็มที่โดยสมัครใจ แต่เพื่อความโปร่งใสและกระบวนการทางปกครองและความไว้วางใจในระบบหากมีเหตุให้ผู้อื่นเกิดกังวลสงสัยก็ควรถอนตัวออกไปจะดีกว่า ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกรณีเร่งด่วนหรือจำเป็นอันเป็นข้อยกเว้น³⁷

3.4.2 หลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน (Subjective)

ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายในนั้นหรือเป็นเรื่องจุดมุ่งหมายหรือมูลเหตุจูงใจภายใต้เจตนาของเจ้าหน้าที่ หรือเป็นกรณีเรื่องจิตสำนึก หรือทางศีลธรรม รวมทั้งเรื่องจริยธรรมของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องภายในจิตใจหรือมโนธรรมของเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครอง ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายในคือ หลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือความไม่เป็นกลางตามความเป็นจริงนั่นเอง เนื้อหาของการที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลาง (impartiality) ในการดำเนินงานก็เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของประโยชน์ส่วนรวมโดยไม่มีการบิดเบือนไปทางอื่น สารของความเป็นกลางแล้วเห็นว่าหลักกฎหมายไทยเรื่อง “หลักอินทภาษ” ในกฎหมายตราสามดวงนั้นได้อธิบายไว้ครอบคลุมดีมากโดยได้นำอคติธรรม 4 ของพุทธศาสนามาเป็น

³⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2* น.242.

³⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2* น. 247.

³⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2* น. 242.

ฐานวิเคราะห์ว่าการพิจารณาคดีผู้มีอำนาจจะต้องกระทำไปโดยปราศจากอคติธรรม 4 ได้แก่ ฉันทาคติ หมายถึงลำเอียงเพราะชอบ, โทสาคติ หมายถึง ลำเอียงเพราะชัง, ภยาคติ หมายถึง ลำเอียงเพราะกลัว, โมหาคติ หมายถึง ลำเอียงเพราะหลงหรือผิดพลาด³⁸

อนึ่ง อคติธรรม 4 ประการ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ฉันทาคติ คือ ลำเอียงเพราะชอบ ไม่ว่าจะเป็นการชอบเพราะเหตุใด เช่น ชอบพอหรือหวังในลาภ

(2) โทสาคติ คือ ลำเอียงเพราะชัง ไม่ว่าจะเป็นการชังเพราะเหตุใด เช่น เป็นศัตรูหรือหวังประโยชน์แล้วไม่ได้

(3) ภยาคติ คือ ลำเอียงเพราะกลัว ไม่ว่าจะเป็เหตุจากคู่ความหรือบุคคลภายนอกหวาดไหวโดยกลัวว่าจะมีภัยแก่ตน

(4) โมหาคติ คือ ลำเอียงเพราะกลัวหรือผิดพลาดเพราะยึดติดในความเชื่อ เพราะความเข้าใจผิดจะประสงค้ให้เกิดผลตามความเชื่อของตน จนไม่รู้จักแยกแยะบาปบุญคุณโทษหรือสิ่งใดเป็นประโยชน์และไม่เป็นประโยชน์ เช่น การตัดสินใจล่วงหน้าเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นโดยไม่รับฟังข้ออ้างหรือเหตุผลของกลุ่มพิพาท

การทำไปเพราะมีอคติข้อใดข้อหนึ่งถือว่ามีอคติ (มิได้มุ่งหมายเฉพาะการหวังประโยชน์) หากการใดปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาไม่มีความเป็นกลางแล้ว การนั้นบกพร่องไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ภายหลังอย่างไรก็ตามความไม่เป็นกลางนี้มีใช่เป็นเพียงเหตุระวางหรือคาดเดาและต้องมีใช้กรณีเล็กน้อยเกินไป แต่จะต้องเป็นเหตุที่มีสภาพร้ายแรง (มีน้ำหนักเพียงพอ) ที่จะทำให้เป็นไปได้ว่าอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้ (ตามมาตรา 16 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)³⁹

ส่วนว่ากรณีใดจึงจะนำหลักนี้มาใช้ได้นั้นความจริงจะเป็นกรณีใด ๆ ก็ได้ เช่น เคยโกรธแค้นอาฆาตกันมาก่อน หรือเป็นผู้มีทัศนคติเป็นปฏิปักษ์อย่างแข็งกร้าวกับเรื่องที่จะต้องพิจารณา เป็นต้น นั่นคือพิจารณาไปอย่างไรก็ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง กรณีประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) เป็นเพียงกรณีหนึ่งที่เห็นชัดเจน ถ้าจะกล่าวในทางทฤษฎี เจ้าหน้าที่คนนั้นจะต้องมีทิศทางความคิดที่ขัดแย้งกันกับปัญหาที่จะพิจารณา (issue) หรือบุคคลเกี่ยวข้อง (person) ไม่ว่าในทางบวกหรือทางลบ และไม่ว่าจะเป็นเหตุผลใดทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม หรือจิตใจ⁴⁰

³⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2 น.247.

³⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2 น. 247.

ขั้นตอนปฏิบัติเมื่อมีกรณีความไม่มีส่วนได้เสียหรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายในจะเป็นทำนองเดียวกับกรณี “ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก” คือ จะต้องแจ้งผู้บังคับบัญชาหรือประธานกรรมการ แล้วแต่ประเภทของเจ้าหน้าที่ เพื่อดำเนินการพิจารณาปัญหาความไม่เป็นกลางโดยไม่ชักช้า จึงเป็นการจัดภัยเบื้องต้นในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง แต่ขณะเดียวกันมิให้ระบบราชการจะรวนเร ส่วนการพิจารณาและการสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปหรือให้ถอนตัวก็เป็นเช่นเดียวกับกรณี “ความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก” ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

