

### บทที่ 3

## มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศ ต่างประเทศ และภายในประเทศไทย เกี่ยวกับการแก้ไขผลทางกฎหมายที่เกิดจากการทุจริต

เนื้อหาในบทที่ 3 เป็นเนื้อหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันที่มีความสอดคล้องกับหัวข้อที่ทำการศึกษา โดยจะเน้นศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ทั้งนี้ ได้แบ่งเนื้อหาที่เกี่ยวข้องออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ 1. มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศ 2. มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศ และ 3. มาตรการทางกฎหมายต่างภายในประเทศ

มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศที่นำมาศึกษา คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ค.ศ. 2003 ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศ มีจุดประสงค์ในการประสานความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริต รวมถึงการวางหลักการร่วมกันระหว่างประเทศภาคีเพื่อเป็นแนวทางให้ประเทศภาคีสร้างหรือกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามการทุจริต การศึกษาอนุสัญญาดังกล่าว จึงเป็นประโยชน์ในการนำหลักการร่วมกันระหว่างประเทศมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการทุจริต หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้มาตรการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว มีหลักการที่สอดคล้องกับอารยประเทศ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการประสานความร่วมมือในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตระหว่างประเทศได้อีกประการหนึ่งด้วย

มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศและภายในประเทศนั้น ได้ทำการศึกษาลักษณะที่ทางกฎหมายที่ใช้ในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะลักษณะของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่หลักกฎหมายมหาชนมีพัฒนาการก้าวหน้าที่สุด และมีความสอดคล้องกับหลักการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ประเทศไทยกำหนดไว้ด้วย นอกจากนี้ มาตรการกฎหมายภายในประเทศยังได้ศึกษาถึงอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจในการเสนอเรื่องต่อศาลปกครองเพื่อยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอำนาจในการเสนอเรื่องต่อศาลปกครองดังกล่าว มีหลักการที่สอดคล้องกับการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากการทุจริตต่อ

หน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ ตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

### 3.1 มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศ

#### 3.1.1 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต (UNCAC) ค.ศ. 2003<sup>1</sup>

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 (United Nations Convention against Corruption-UNCAC, 2003) มีความเป็นมาจากข้อมติที่ 55/61 ของสมัชชาสหประชาชาติลงวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 2000 (พ.ศ. 2543) ซึ่งที่ประชุมเห็นชอบให้แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ เพื่อศึกษาและจัดทำร่างกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการต่อต้านการทุจริต เพื่อใช้เป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพควบคู่กับข้อตกลงระหว่างประเทศอื่น ต่อมาสมัชชาสหประชาชาติได้ออกข้อมติที่ 58/4 ลงวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2003 (พ.ศ. 2546) เห็นชอบต่อร่างอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต และให้ประเทศสมาชิกสหประชาชาติลงนามครั้งแรกเมื่อวันที่ 9-11 ธันวาคม 2546 ณ ประเทศเม็กซิโก และประเทศอื่นสามารถลงนาม ณ สำนักงานใหญ่ของสหประชาชาติถึงวันที่ 9 ธันวาคม 2548 อนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2548 ปัจจุบันมีประเทศสมาชิก 124 ประเทศ โดยประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าวแล้วเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2546 และในวันที่ 19 ธันวาคม 2550 ที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ได้พิจารณาให้ความเห็นชอบต่อการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 แล้ว

ด้วยเหตุที่อนุสัญญา UNCAC เป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้านการต่อต้านการทุจริตฉบับแรกในระดับนานาชาติที่ครอบคลุมประเทศต่างๆ ทั้งโลกหรือส่วนใหญ่ของโลก (มหาอำนาจทางเศรษฐกิจใหญ่ๆ อาทิ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป จีน อินเดีย รัสเซีย ญี่ปุ่น ฯลฯ ล้วนเข้าร่วมแล้ว) ดังนั้น การเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญา UNCAC ทำให้ประเทศไทยเป็นส่วนหนึ่งของระบอบกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ (International Regimes) ด้านการต่อต้านการทุจริตระดับโลกเป็นครั้งแรก และเป็นแรงผลักดันที่จะทำให้เกิดหลักกฎหมายที่เป็นมาตรฐานร่วมกัน เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศอย่างกว้างขวางและเป็นรูปธรรมมากขึ้น เพราะอนุสัญญา UNCAC เป็นระบอบกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่จะกำหนดกฎระเบียบแนวทางปฏิบัติ ปทัสถาน (norms) หลักการและมาตรการต่างๆ ในสังคมนานาชาติ และอนุสัญญา UNCAC มีเนื้อหาที่แสดงถึงความพร้อมหลายด้าน รวมถึงการมี

<sup>1</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส วิสูตร ตูยานนท์ ขจิต จิตตเสวี บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, วิจัย เรื่อง การศึกษาพันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003, ทูนักวิจัยสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, 2551.

องค์การระหว่างประเทศอย่างสหประชาชาติทำหน้าที่ตรวจสอบและติดตามผล (monitoringsystem) การติดตามการบังคับใช้ (enforcement) ข้อบทต่างๆ ตามพันธกรณีในอนุสัญญา

สาระสำคัญของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 มีเนื้อหาครอบคลุมมาตรการและกฎเกณฑ์การต่อต้านการทุจริตอย่างเป็นระบบ บทบัญญัติบางเรื่องมีเนื้อหาเชิงบูรณาการเน้นการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วน ทั้งภาครัฐ ภาคธุรกิจ ภาคประชาสังคม สื่อมวลชน ซึ่งมีลักษณะต่างจากข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ให้ความสำคัญเฉพาะบางเรื่องเท่านั้น เนื้อหาหลักในอนุสัญญา UNCAC แบ่งเป็นหมวดหมู่ได้ 4 หมวดหลัก ได้แก่ หมวดการป้องกันการทุจริต (Chapter 2 Preventive Measures) หมวดการกำหนดความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย (Chapter 3 Criminalization and Law Enforcement) หมวดความร่วมมือระหว่างประเทศ (Chapter 4 International Cooperation) และหมวดการติดตามสินทรัพย์คืน (Chapter 5 Asset Recovery) ซึ่งเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขความเสียหายอันเนื่องมาจากการทุจริต จะอยู่ในหมวดที่ 3 การกำหนดความผิดทางอาญาและการบังคับใช้กฎหมาย (Chapter 3 Criminalization and Law Enforcement) บทบัญญัติข้อที่ 34 และข้อที่ 35

#### 3.1.1.1 การแก้ไขผลของการกระทำที่เป็นการทุจริต (บทบัญญัติข้อที่ 34)

อนุสัญญา UNCAC ข้อที่ 34 บทบัญญัติว่า “โดยคำนึงอย่างเป็นธรรมถึงสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งได้มาโดยสุจริต รัฐภาคีแต่ละรัฐโดยเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในของตนต้องดำเนินการเพื่อดำเนินการต่อผลของการทุจริต โดยในส่วนนี้ รัฐภาคีอาจพิจารณาให้การทุจริตเป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายเพื่อให้สัญญาเป็นโมฆะ หรือยกเลิกสัญญา เพิกถอนการให้สัมปทาน หรือหนังสือสำคัญอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน หรือดำเนินการในการแก้ไขเยียวยาโดยประการอื่น”<sup>2</sup>

บทบัญญัติในข้อที่ 34 มีจุดประสงค์ให้รัฐภาคีมีกฎหมายที่กำหนดมาตรการให้การกระทำทุจริตเป็นเหตุในกระบวนการพิจารณาเพื่อให้สัญญา สัมปทาน เอกสารสิทธิหรือหนังสือสำคัญ ซึ่งเกิดจากการกระทำทุจริตนั้น ถูกยกเลิกหรือเพิกถอน หรือทำให้เป็นโมฆะ หรือดำเนินการแก้ไขเยียวยาในทางหนึ่งทางใด ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งได้มาโดยสุจริตด้วย เจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ต้องการให้ผลที่เกิดจากการกระทำทุจริตในรูปแบบต่างๆ ทั้งในรูปสัญญา สัมปทาน หนังสือสำคัญ เอกสารสิทธิ ใบอนุญาต หรือบรรดาคำสั่งและการกระทำใดๆ ที่ยังคงมีผล

<sup>2</sup> With due regard to the rights of third parties acquired in good faith, each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to address consequences of corruption. In this context, States Parties may consider corruption a relevant factor in legal proceedings to annul or rescind a contract, withdraw a concession or other similar instrument or take any other remedial action.

อยู่ สิ้นผลลงไปในทางกฎหมาย แต่โดยที่ผลจากการกระทำทุจริตดังกล่าว โดยเฉพาะที่ปรากฏอยู่ในรูป สัญญา สัมปทาน หนังสือสำคัญ และเอกสารสิทธินั้น จะเกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น อยู่ด้วย การทำให้สิ้นผลลงไปในทางกฎหมายจึงต้องคำนึงถึงสิทธิประโยชน์ของบุคคลที่สามที่ได้มา โดยสุจริต ซึ่งสอดคล้องกับหลักคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจโดยสุจริต และหลักความมั่นคงแห่ง สิทธิของประชาชน ที่เป็นหลักการพื้นฐานของการกระทำทางปกครอง และการยกเลิกเพิกถอนคำสั่ง ทางปกครอง

เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติข้อที่ 34 ในอนุสัญญา UNCAC แล้ว จะเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าว มีเจตนารมณ์เดียวกันกับบทบัญญัติมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ที่กล่าวถึงการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อ ขอให้มีการสั่งหรือคำพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิหรือเอกสารสิทธิที่หน่วยงานของรัฐได้ อนุมัติหรืออนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือออกเอกสารสิทธิแก่บุคคลใดไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเป็นเหตุให้เสียหายแก่ทางราชการ จึงอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ สามารถรองรับหลักการของบทบัญญัติข้อที่ 34 ในอนุสัญญา UNCAC ได้ และในทางกลับกัน หลักการของบทบัญญัติข้อที่ 34 ในอนุสัญญา UNCAC ย่อมสามารถใช้เป็นแนวทางในการกำหนด มาตรการ หลักเกณฑ์ และขั้นตอนการดำเนินการที่เหมาะสมสำหรับการปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ให้มีประสิทธิภาพและมีความเป็นสากลมากขึ้นได้

### 3.1.1.2 คำสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันเกิดจากการทุจริต (บทบัญญัติข้อที่ 35)

อนุสัญญา UNCAC ข้อที่ 35 บัญญัติว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่อาจจำเป็น โดยเป็นไปตามหลักการของกฎหมายของตน เพื่อประกันว่าหน่วยองค์กรหรือบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำทุจริตมีสิทธิที่จะดำเนินคดีต่อผู้ซึ่งต้องรับผิดชอบต่อความเสียหาย นั้น ทั้งนี้ เพื่อให้ได้รับคำสินไหมทดแทน”<sup>3</sup>

บทบัญญัติดังกล่าว มีจุดประสงค์ให้รัฐภาคีมีกฎหมายที่กำหนดมาตรการในลักษณะ ที่ให้หลักประกันกับหน่วยงาน องค์กร นิติบุคคล หรือบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำ ทุจริต มีสิทธิตามกฎหมายในการได้รับคำสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่ได้รับจากการกระทำ ทุจริต โดยมีสิทธิที่จะดำเนินคดีหรือเรียกร้องเอาจากผู้กระทำการทุจริตหรือผู้ต้องรับผิดชอบต่อการ

<sup>3</sup> Each State Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with principles of its domestic law, to ensure that entities or persons who have suffered damage as a result of an act of corruption have the right to initiate legal proceedings against those responsible for that damage in order to obtain compensation.

กระทำทุจริตนั้น จุดประสงค์แห่งบทบัญญัติดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำทุจริต ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ดังนั้น การศึกษามาตราทางกฎหมายของประเทศไทยที่รองรับหลักการของอนุสัญญา UNCAC ดังกล่าว จึงเป็นประโยชน์ต่อการศึกษานโยบายแนวทางแก้ไขปัญหาคาเรียกเล็กหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเนื่องมาจากการกระทำผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ

สำหรับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่รองรับหลักการตามข้อบัญญัติดังกล่าวสามารถพิจารณาได้โดยแยกพิจารณาจากผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับภาครัฐและเอกชน เนื่องจากการกระทำผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ สามารถสร้างความเสียหายได้ต่อทั้งเอกชนและหน่วยงานของรัฐ และมาตรการทางกฎหมายของไทยที่ให้หลักประกันระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนได้กำหนดไว้ในกฎหมายที่แตกต่างกัน

ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อเอกชน ฝ่ายเอกชนย่อมฟ้องร้องเอาค่าเสียหายจากรัฐได้ตามหลักการของรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 60<sup>4</sup>) ที่กำหนดให้บุคคลมีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 9 (3) และมาตรา 42<sup>5</sup>

<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 60 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐนั้น”

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 บัญญัติว่า

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร”

มาตรา 42 บัญญัติว่า

“ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมิข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้รับรองสิทธิของเอกชนที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร อย่างไรก็ตาม แม้สิทธิการฟ้องร้องจะได้รับการรับรองเป็นการทั่วไปตามหลักกฎหมายดังกล่าว แต่ในทางปฏิบัติสำหรับการพิจารณาเรื่องกรณีที่สำคัญสัมปทาน หรือสัญญาปกครองที่เกิดขึ้นโดยทุจริตแล้วนั้นจะมีผลอย่างไรในการบังคับตามกฎหมายยังคงเป็นปัญหาอยู่ดังกรณีคดีค่าโง่ทางด่วน ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษาว่าหลักว่าสัญญาที่ทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ทุจริตเพราะผู้มีอำนาจได้ลงนามสัญญาด้วยเหตุได้รับสิ่งตอบแทนจากเอกชนคู่สัญญาด้วยนั้น จึงทำให้สัญญาไม่ผูกพันรัฐ ซึ่งการไม่ผูกพันรัฐนั้นจะมีผลอย่างไร จะถือว่าเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ และความเสียหายของรัฐนั้นหากมีขึ้นจะได้รับการชดใช้หรือไม่เพียงใด ยังเป็นปัญหาที่โต้เถียงกันอยู่ กรณีจึงควรมีการศึกษาและกำหนดหลักเกณฑ์โดยมีกฎหมายบัญญัติเป็นการเฉพาะขึ้นไว้ ซึ่งอาจกำหนดในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือในกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบจากการทุจริตต่อหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ

ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐนั้น การที่ฝ่ายรัฐจะเรียกร้องจากเอกชนหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำทุจริตนั้นตามกฎหมายไทยย่อมเป็นไปตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือการเรียกร้องตามข้อหาฐานละเมิด ในทางปฏิบัติจึงอาจไม่มีประสิทธิภาพที่ดีพอ ซึ่งควรมีการออกบทบัญญัติเฉพาะให้ชัดเจนในการที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากการกระทำทุจริตได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ดังเช่นในประเทศญี่ปุ่นซึ่งมีกฎหมายป้องกันและขจัดการฮั้วประมูลงานราชการ (Act Concerning elimination and Prevention of Involvement in bid rigging-Law No 101 of 2002) ที่กำหนดไว้ว่าเมื่อมีการตรวจพบว่าการฮั้วประมูลงานของส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐบาลแล้ว หัวหน้าส่วนราชการหรือหน่วยงานสอบสวนพยานหลักฐานพบว่าข้าราชการของหน่วยงานของรัฐ พนักงานของรัฐวิสาหกิจ หรือลูกจ้างของบริษัทเอกชน มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด หัวหน้าส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐอาจร้องขอข้อมูลหลักฐานจาก FTC (Japan Fair Trade

---

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

Commission-JFTC) บุคคลเหล่านั้นย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายตามมูลค่าที่รัฐบาลได้รับ นอกจากนี้ยังกำหนดให้หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐมีหน้าที่เรียกชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายโดยไม่ชักช้าหากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐ และหน่วยงานดังกล่าวมีหน้าที่ดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายในทันที

เมื่อพิจารณามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่รองรับหลักการตามบทบัญญัติของอนุสัญญา UNCAC ข้อที่ 35 แล้ว พบว่าในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองได้กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ จนเกิดความเสียหายขึ้นกับภาคเอกชนนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้รับรองสิทธิของเอกชนเป็นการทั่วไป ในการฟ้องร้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ส่วนในกรณีที่การกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อภาครัฐ หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลย่อมสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ในฐานะเมล็ดตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตามมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่ความเสียหายจากการทุจริตมีผลต่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชน และในกรณีที่ผู้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเป็นทั้งภาครัฐและเอกชน กล่าวคือ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ร่วมกับบุคคลใด บุคคลหนึ่งกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ซึ่งการกระทำความผิดนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน่วยงานที่ตนสังกัด ทั้งยังก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นด้วย เช่น กรณีที่เจ้าพนักงานที่ดินร่วมกับผู้ยื่นคำขอดำเนินการออกโฉนดที่ดินในพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติหรือที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ต่อมาผู้ยื่นคำขอได้ขายที่ดินแปลงนี้ให้กับผู้ซื้อซึ่งสุจริต หากต่อมามีการตรวจสอบพบการทุจริตในการออกโฉนดที่ดินดังกล่าว และมีการเพิกถอนโฉนดที่ดินเพื่อให้ที่ดินกลับเป็นป่าสงวนแห่งชาติหรือที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินตามเดิมแล้ว ความเสียหายจากการออกโฉนดที่ดินโดยทุจริตย่อมเกิดต่อผู้ซื้อซึ่งสุจริตและหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่ดูแลหรือใช้ประโยชน์ในป่าสงวนแห่งชาติหรือที่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน และผู้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายคือหน่วยงานของรัฐที่ออกโฉนดที่ดินและผู้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานนั้น เป็นต้น กรณีตามตัวอย่างนี้ หากภาครัฐและเอกชนจะดำเนินการเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐและบุคคลที่ร่วมกระทำการทุจริตแล้ว อาจมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาลที่จะรับพิจารณากรณีพิพาทดังกล่าว เพราะหลักการที่รองรับสิทธิของหน่วยงานของรัฐต่อเอกชนเป็นหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หลักการที่รองรับสิทธิของเอกชนต่อหน่วยงานของรัฐเป็นหลักการตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่หากมีการบทบัญญัติเฉพาะให้ชัดเจนในการที่จะเรียกชดเชยค่าเสียหายจาก

การกระทำทุจริต พร้อมทั้งกำหนดหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบในการดำเนินการเรียกค่าเสียหาย ในกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบจากการกระทำผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อ ตำแหน่งหน้าที่ราชการ ในแนวทางเดียวกับกฎหมายป้องกันและจัดการฮั้วประมูลงานราชการของ ประเทศญี่ปุ่น นอกจากนี้จะเป็นการแก้ไขปัญหาในลักษณะดังกล่าวแล้ว ยังเป็นการสนองเจตนารมณ์ ของข้อบัญญัติในอนุสัญญา UNCAC ได้เป็นอย่างดีเป็นรูปธรรมด้วย

### 3.2 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศ

#### 3.2.1 การยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

##### 3.2.1.1 ความหมายของการยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งปกครอง

การยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คือ การทำให้ผลทางกฎหมายของคำสั่งทาง ปกครองสิ้นสุดลงโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมาย หรือศาล อาจเรียกเป็น ภาษากฎหมายว่าการบอกล้างคำสั่งทางปกครอง การบอกล้างคำสั่งทางปกครองอาจกระทำโดยขั้นตอน การอุทธรณ์ภายในอำนาจบริหาร หรือการฟ้องคดีปกครองต่อศาลภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยการริเริ่มของผู้ถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครองประการหนึ่ง หรือโดยการริเริ่มของ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมายอีกประการหนึ่ง ซึ่งกรณีริเริ่มโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อาจกระทำได้นอกเหนือขั้นตอนการอุทธรณ์หรือการฟ้องคดีปกครอง<sup>6</sup>

คำสั่งทางปกครองที่มีขอบด้วยกฎหมายอาจแยกได้เป็นสองประเภทโดยพิจารณา จากระดับความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประเภทแรก คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ประเภทที่สอง คำสั่งทางปกครองที่มีขอบด้วยกฎหมายแต่ยังไม่ถึงกับเป็นโมฆะ อาจเรียกว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่เป็นโมฆียะก็ได้ สำหรับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะจะไม่มีผลบังคับทางกฎหมายตั้งแต่เริ่มแรก ของการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น โดยพื้นฐานแล้วจึงไม่สามารถฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ดังกล่าวได้เพราะถือว่าไม่มีวัตถุประสงค์แห่งการโต้แย้ง (คำสั่งทางปกครอง) อยู่เลย แต่จะใช้วิธีการพิสูจน์ สิทธิเพื่อพิจารณาความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง แตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆียะ ซึ่งถือว่ามีผลบังคับตามกฎหมาย และอาจมีการอุทธรณ์หรือฟ้องต่อศาลขอให้ตรวจสอบ เปลี่ยนแปลง ยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้<sup>7</sup>

<sup>6</sup> จาก *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น.214), โดย กมลชัย รัตนสกวาส์, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>7</sup> จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน* (น.92), โดย บรรณเจตน์ สิงคนดิ, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ในภาษาธรรมดาทั่วไปการยกเลิกและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีความหมายทำนองเดียวกัน แต่ในหลักกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความจำเป็นที่จะต้องนำคำศัพท์ทั้งสองมาใช้ในความหมายที่แตกต่างกัน โดยให้เป็นศัพท์เทคนิคทางกฎหมาย ซึ่งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองจะใช้แทนคำว่า “Ruecknahme” ส่วนการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองใช้แทนคำว่า “Widerruf”<sup>8</sup>

การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง (Ruecknahme) คือ การทำให้สิ้นผลในทางกฎหมายสำหรับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังไม่ถึงระดับโมฆะ เป็นการแก้ไขข้อผิดพลาดในการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งหากไม่บอกกล่าวแล้วนิติกรรมทางปกครองจะมีผลบังคับกับผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้น

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Widerruf) คือ การทำให้สิ้นผลทางกฎหมายสำหรับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ต่อมาภายหลังขณะที่คำสั่งทางปกครองยังมีผลบังคับ ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไป ทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่เริ่มแรกให้สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลในภายหลังหรือให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่มีการเปลี่ยนแปลงไปในภายหลังนี้จะต้องทำการบอกกล่าวคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ด้วยวิธีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

### 3.2.1.2 หลักเกณฑ์ในการยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งปกครอง

ในกฎหมายปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีการยกเลิกและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น มีหลักเกณฑ์ในการยกเลิกและการเพิกถอนเป็นหลักทั่วไปว่าคำสั่งทางปกครองที่จะถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้ต้องมีผลบังคับอยู่ กรณีคำสั่งทางปกครองที่มีสภาพมิชอบด้วยกฎหมายร้ายแรงจนเป็นโมฆะ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น แต่จะใช้วิธีพิสูจน์ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาลปกครองสำหรับกำหนดเวลาอุทธรณ์ของผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น ก็มีใช้สาระสำคัญของการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง เพราะกำหนดเวลาอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นเพียงช่วงเวลาที่กฎหมายกำหนดให้มีการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้เท่านั้น แม้สิ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ยังคงมีความผูกพันต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายอยู่ นอกจากนี้ในทางทฤษฎีแล้ว ยกเลิกและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครองประการหนึ่ง การออกคำสั่งยกเลิก

<sup>8</sup> หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.213-215). เล่มเดิม.

และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งยกเลิกและการเพิกถอนดังกล่าวจึงอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หรืออาจร้ายแรงถึงขนาดเป็นโมฆะกรรมได้เช่นกัน ซึ่งอาจทำให้เกิดการอุทธรณ์เพื่อแก้ไขให้คำสั่งทางปกครองที่ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนกลับมามีผลใช้บังคับได้ใหม่อีกครั้ง สำหรับการยกเลิกของการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง หรือการยกเลิกของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองย่อมสามารถกระทำได้ แต่การเพิกถอนของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นความเห็นส่วนใหญ่ของนักกฎหมายมหาชนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่าไม่สามารถกระทำได้ แม้ทางทฤษฎีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะสามารถกระทำซ้อนกันได้ก็ครั้งก็ตาม แต่ด้วยเหตุผลของความกระจ่างชัดแห่งสิทธิหน้าที่แล้ว ย่อมไม่อาจกระทำได้ เพราะหากฝ่ายปกครองประสงค์จะให้คำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นมีผลใช้บังคับขึ้นอีกครั้ง ฝ่ายปกครองย่อมสามารถออกคำสั่งทางปกครองนั้นขึ้นใหม่ได้ และหากฝ่ายปกครองไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลขึ้นใหม่ได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การเพิกถอนของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่จะกระทำก็ย่อมมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ในกฎหมายปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีการยกเลิก และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นการบอกล้างคำสั่งทางปกครองเหมือนกัน แต่ก็มี ความหมายหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้

#### (ก) การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง

การยกเลิกคำสั่งทางปกครองเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น ภายใต้หลักนิติรัฐฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันกับกฎหมายและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องมีวินัยและรับผิดชอบต่อหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่สั่งการให้เป็นไปตามกฎหมาย และความผูกพันต่อกฎหมายนี้ต้องมาก่อนความผูกพันในเรื่องอื่น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีชอบด้วยกฎหมายเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะต้องยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้น และฝ่ายปกครองมิได้มีหน้าที่เพียงกำจัดการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของตนเท่านั้น แต่ต้องกำจัดการอันเนื่องมาจากการกระทำของตนด้วย ในการนี้ผู้ถูกระทบสิทธิย่อมมีสิทธิที่จะขอให้ปลดเปลื้องทุกข์ได้ แต่ผู้ถูกระทบสิทธิมิได้มีสิทธิเรียกร้องตลอดเวลาที่จะขอให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครอง เพราะการอุทธรณ์จะต้องกระทำภายในกำหนดเวลาที่แน่นอนตามกฎหมาย หากกำหนดเวลาอุทธรณ์ดังกล่าวสิ้นสุดแล้ว ผู้ถูกระทบสิทธิก็มีสิทธิที่จะคัดค้านโดยแจ้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจทราบ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ถูกระทบสิทธิจะไม่อุทธรณ์หรือคัดค้านก็ไม่ทำให้อำนาจในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองสิ้นสุดลง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังต้องผูกพันอยู่ตลอดเวลาที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ไม่ใช่ว่าจะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาไม่ได้เพียงเพราะผู้ถูกระทบสิทธิยอมรับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว

บทกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 มาตรา 48 ดังนี้<sup>9</sup>

“นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายอาจถูกยกเลิกทั้งหมด หรือแต่บางส่วน โดยให้มีผลยกเลิกในอนาคตหรือย้อนหลังไปในอดีต แม้จะล่วงพ้นเวลาที่จะใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้วก็ตาม สำหรับนิติกรรมทางปกครองที่ให้สิทธิหรือคุณประโยชน์ทางกฎหมายหรือยืนยันสิทธิหรือคุณประโยชน์ดังกล่าว จะยกเลิกได้ก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรคสองและวรรคสี่

นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งฝ่ายปกครองออกให้ใช้สิทธิได้เพียงครั้งเดียว หรือจะจ่ายเงินให้ตลอดระยะเวลาที่กำหนด หรืออาจแบ่งแยกประโยชน์ที่จะได้รับ หรือมีลักษณะทำนองเดียวกันนี้ ไม่อาจยกเลิกได้ ถ้าผู้ได้รับประโยชน์มีความเชื่อถือและความไว้วางใจถึงความคงอยู่ต่อเนื่องของนิติกรรมทางปกครอง ความเชื่อถือและความไว้วางใจดังกล่าวนี้ เมื่อซึ่งนำหนักประโยชน์มหาชนแล้วควรรักษาความเชื่อถือและความไว้วางใจดังกล่าวไว้ โดยหลักความเชื่อถือไว้วางใจจะได้รับความคุ้มครองเมื่อผู้รับประโยชน์ได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว หรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วซึ่งไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นทำให้เขาได้รับผลเสียหายอย่างมาก อย่างไรก็ตามผู้รับประโยชน์ไม่อาจถือสิทธิตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว เมื่อเขาได้กระทำการดังต่อไปนี้

- (1) นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเกิดจากการฉ้อฉล ข่มขู่ หรือให้สินบน
- (2) ได้ให้ข้อเท็จจริงไม่ถูกต้อง หรือไม่สมบูรณ์
- (3) รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หรือไม่รู้จักความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในกรณีที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวนี้ ให้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลย้อนไปในอดีต แต่ประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับไปแล้วย่อมไม่อาจเรียกคืนได้ การเรียกคืนทรัพย์สินหรือสิทธิดังกล่าว ให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะลากมิควรได้มาใช้บังคับ แต่กรณีที่เข้าเงื่อนไข (1)-(3) จะไม่นำเรื่องลากมิควรได้มาใช้ เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองทราบข้อเท็จจริง หรือไม่ทราบข้อเท็จจริงเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และข้อเท็จจริงดังกล่าวเกี่ยวข้องกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนประโยชน์ที่จะไม่ยกเลิกด้วยนั้น จะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวด้วย

<sup>9</sup> หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.219-230). เล่มเดิม.

ถ้านิติกรรมทางปกครองที่มีขอบด้วยกฎหมายที่ถูกยกเลิก ไม่เข้ากรณีตามวรรคสอง เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ผู้เสียประโยชน์หรือเสียสิทธิยื่นคำร้องขอ ฝ่ายปกครองจะต้องคำนวณเฉลี่ยความเสียหายเปรียบในทรัพย์สิน อันเนื่องมาจากผู้รับนิติกรรมทางปกครองเชื่อถือว่า นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีผลบังคับต่อเนื่องตลอดไปและความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวควรได้รับการคุ้มครองเมื่อเทียบกับประโยชน์มหาชน ในกรณีนี้ให้นำความใน (1)-(3) ของวรรคสอง ให้นำมาใช้บังคับด้วย ความเสียหายเปรียบในเชิงทรัพย์สินต้องไม่มากไปกว่าประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะพึงได้รับจากความคงอยู่ของนิติกรรมทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องกำหนดจำนวนความเสียหายเปรียบในเชิงทรัพย์สินดังกล่าวด้วยว่ามีจำนวนเท่าใด สิทธิเรียกร้องดังกล่าวจะต้องเรียกร้องภายใน 1 ปี นับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแจ้งให้ทราบ

ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทราบข้อเท็จจริงอันจะนำไปสู่การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองได้ การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองต้องทำภายใน 1 ปี นับแต่ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าว ระยะเวลาดังกล่าวไม่ใช่กับความในวรรคสอง (1)

การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองหลังจากนิติกรรมทางปกครองไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้แล้ว ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่เป็นผู้รับวินิจฉัย กรณีนี้ใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่จะยกเลิกซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นด้วย

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์ที่อนุญาตตามวรรคสองและการเฉลี่ยความเสียหายเปรียบในเชิงทรัพย์สินตามวรรคสองย่อมฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ หากไม่ใช่ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครองก้าวไปละเมิดสิทธิหรือทรัพย์สินอื่นๆ ของผู้รับนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว”

นิติกรรมทางปกครองในความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมรวมถึงคำสั่งทางปกครอง และกฎ ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกยกเลิกได้เสมอโดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ แต่หลักเรื่องการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครองว่าจะมีสภาพหรือชอบด้วยกฎหมาย จะถูกนำมาใช้จำกัดการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายปกครองทั้งสองหลักนี้เมื่อนำมาใช้ยกเลิกคำสั่งทางปกครองจะให้ผลที่ขัดแย้งกันอยู่คนละด้าน สำหรับศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะยึดหลักกฎหมายเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิ และหลักสุจริต มาเป็นข้อพิจารณาสำคัญในการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง หลักความมั่นคงแห่งสิทธิจะถือเอาผลบังคับของคำสั่งทางปกครองโดยไม่คำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมายแต่จะคำนึงถึงความมีผลบังคับต่อเนื่องตลอดไปของคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักการคุ้มครองความ

เชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนควบคู่กันไปเสมอ และเมื่อข้อพิจารณาสองหลักนี้ได้แย้งกัน จึงต้องมีการชั่งน้ำหนักเลือกเอาความสำคัญกว่าไว้

ศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วางแนววินิจฉัยว่า การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะกระทำได้ แต่ต้องไม่กระทบต่อความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครอง โดยยอมรับและคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังนี้

ก. ผู้ได้รับคุณประโยชน์ต่อคำสั่งทางปกครองจะต้องเชื่อในความถูกต้องของคำสั่งทางปกครอง

ข. ความไว้วางใจนี้ควรจะได้รับคุ้มครอง

ค. ประโยชน์ในการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครอง เมื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนในการปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ประโยชน์ในการคุ้มครองความเชื่อถือของประชาชนมีความสำคัญยิ่งกว่า

ง. ผู้ได้รับประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดลงไปเกี่ยวกับคุณประโยชน์ หรือสิทธิที่เขาได้จากคำสั่งทางปกครองนั้น

และศาลปกครองได้ปฏิเสธการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนในกรณีดังต่อไปนี้

ก. ผู้รับคุณประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองใช้วิธีการที่มีขอบด้วยกฎหมายในการได้มาซึ่งคำสั่งทางปกครอง เช่น การหลอกลวง ช่มชู้ ให้สินบน เป็นต้น

ข. ผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือควรจะต้องทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น

ค. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นจากความรับผิดชอบของผู้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง เช่น ให้ข้อเท็จจริงไม่ถูกต้องไม่ว่าจะจงใจหรือไม่ก็ตาม

เหตุที่ศาลปกครองได้ปฏิเสธการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนดังกล่าวเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 มาตรา 48 วรรคสอง นอกจากนี้ บันทึกเหตุผลของร่างกฎหมายฝ่ายรัฐบาลมีข้อสังเกตว่า เหตุทั้งสามข้อที่ปรากฏในมาตรา 48 วรรคสอง ดังกล่าว เป็นเพียงกรณีตัวอย่างที่สำคัญเท่านั้น อาจมีกรณีอื่นที่ทำให้ความเชื่อของผู้รับคำสั่งไม่ได้รับความคุ้มครองได้อีก<sup>10</sup>

<sup>10</sup> “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกฎหมายเยอรมัน” (น.112). เล่มเดิม.

สำหรับคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อเนื่อง การยกเลิกคำสั่งทางปกครองจะมีผลในอนาคต ไม่อาจย้อนหลังได้ อย่างไรก็ตามหากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ดำเนินการตามสิทธิของตนไปแล้ว และเป็นการจัดการเกี่ยวกับการดำรงชีวิตในลักษณะที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อีกแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้อีกไม่ว่าการยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลในอนาคตหรือย้อนหลังก็ตาม

ในส่วนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเพียงครั้งเดียว เมื่อได้ปฏิบัติบังคับไปแล้วก็สิ้นผลไปโดยไม่ได้บังคับอย่างต่อเนื่อง หากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับประโยชน์ไปบ้างแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชอบที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้เพียงบางส่วน

ต่อมาศาลปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พัฒนาแนววินิจฉัยเกี่ยวกับยกเลิกคำสั่งทางปกครอง โดยการจะกำหนดให้การยกเลิกคำสั่งทางปกครองมีผลเมื่อใดนั้น ต้องพิจารณาตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองว่าเขาอยู่ในวิสัยหรือสถานะที่จะกลับคืนสู่สภาพเดิมได้หรือไม่ ข้อพิจารณานี้นำไปใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวกับเรื่องการเงิน เช่น เงินเดือน เงินทุน เงินสงเคราะห์ช่วยเหลือ เป็นต้น และนำไปใช้กับคำสั่งทางปกครองในเรื่องอื่นด้วย เช่น การรับราชการ การเกณฑ์ทหาร การออกใบอนุญาตจัดตั้งองค์กร มูลนิธิ การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร เป็นต้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่เหมาะสมและเป็นธรรม ควรมีหลักเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นระหว่างหลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครอง

#### (ข) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

เดิมการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำในทางปกครองที่มีอิสระเฉพาะตัว ไม่ได้ขึ้นอยู่กับเรื่องการออกคำสั่งทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอไปดังเช่น การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ แต่ในยุคใหม่นิติสัมพันธ์พื้นฐานระหว่างรัฐและเอกชนในเรื่องการอนุมัติและใบอนุญาตต่างๆ มีอยู่เป็นจำนวนมาก ประชาชนจะต้องอาศัยคำสั่งทางปกครองเหล่านั้นในการประกอบอาชีพ ดำรงชีวิต และจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนเอง ซึ่งทำให้ความต้องการในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์มีมากขึ้น กฎหมายปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่อาจเพิกเฉยต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้ หลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลจึงกำหนดขอบเขตการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้แคบ จนไม่อาจถือหลักฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้เป็นหลักทั่วไปได้อีก เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งตนเป็นผู้ออกเองเพราะเหตุว่าคำสั่งทางปกครองเป็นอุปสรรคหรือตนไม่เห็นด้วยกับการใช้ดุลพินิจเดิมแล้วไม่ได้ เจื่อนใจในการใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอาจเกิดจากความเปลี่ยนแปลงทาง

ข้อเท็จจริง หรือความประพฤตินในการปฏิบัติตนของผู้รับคำสั่งทางปกครองอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครอง หรือกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือฝ่าฝืนข้อผูกพันในคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม หากการใช้สิทธิประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครองขัดกับหลักสุจริตแล้ว นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้เสมอ

บทกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 มาตรา 49 ดังนี้<sup>11</sup>

“นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นภาระหรือไม่เป็นคุณประโยชน์สำหรับผู้รับนิติกรรมทางปกครอง อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ โดยให้มีผลในอนาคต แม้จะล่วงเวลาการใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้วก็ตาม เว้นแต่จะออกนิติกรรมทางปกครองใหม่ซึ่งมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่จะถูกเพิกถอนหรือด้วยเหตุผลอื่นที่ไม่อาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นคุณประโยชน์สำหรับผู้รับนิติกรรมทางปกครอง อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ โดยให้มีผลในอนาคต แม้จะล่วงเวลาการใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้วก็ตาม เฉพาะในกรณีดังต่อไปนี้เท่านั้น

(1) เมื่อกฎหมายบัญญัติชัดเจนให้เพิกถอนหรือมีข้อสงวนสิทธิที่จะเพิกถอนในนิติกรรมทางปกครอง

(2) เมื่อนิติกรรมทางปกครองมีข้อกำหนดให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ได้กระทำตามข้อกำหนดในนิติกรรมทางปกครอง หรือไม่กระทำการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้

(3) เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะไม่ออกนิติกรรมทางปกครองให้เนื่องจากเกิดข้อเท็จจริงใหม่ในภายหลัง และหากไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้ว จะเป็นภัยต่อประโยชน์มหาชน

(4) เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะไม่ออกนิติกรรมทางปกครองให้เนื่องจากข้อกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไป ทรานแท่ที่ผู้ได้รับคุณประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองนั้นยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ที่เป็นคุณแก่ตนดังกล่าว หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ที่เป็นคุณแก่ตนดังกล่าว และหากไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้ว จะเป็นภัยต่อประโยชน์มหาชน

(5) เพื่อคุ้มครองไม่ให้เกิดผลเสียหายแก่ความผาสุกของประชาชน หรือเพื่อจัดความเสียหายดังกล่าวให้พ้นไป

<sup>11</sup> หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.231-249). เล่มเดิม.

ให้นำมาตรา 48 วรรคสี่ มาใช้โดยอนุโลม

นิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนี้จะสิ้นผลไปในทันทีที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลบังคับ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองภายหลังที่นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่อาจโต้แย้งคัดค้านแล้วนั้น ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 3 เป็นผู้วินิจฉัย กรณีนี้ใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่จะเพิกถอนได้โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นด้วย

ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองตามวรรค 2 ข้อ 3-5 เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้ยื่นคำร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ฝ่ายปกครองจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งถูกกระทบกระเทือนสิทธิเพราะเหตุที่เขาเชื่อถือหรือไว้วางใจในความดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องของนิติกรรมทางปกครอง เมื่อความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองให้นำมาตรา 48 วรรคสาม 3-5 มาใช้บังคับโดยอนุโลม กรณีพิพาทเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม”

สาเหตุของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่ได้มาจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยผิดพลาด แต่เนื่องมาจากข้อเท็จจริงในส่วนของผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้เปลี่ยนแปลงไป ปัญหาการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะเด่นชัดขึ้นมาเมื่อข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งเป็นสาระสำคัญในการออกคำสั่งทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในอดีตขณะที่ออกคำสั่ง มีเนื้อหาในปัจจุบันที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายอีกต่อไป ซึ่งจะเกิดปัญหาระหว่างแนวความคิดสองด้าน คือ หลักความมั่นคงแห่งสิทธิและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง กับหลักความชอบด้วยกฎหมาย

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้เมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นยังมีผลบังคับอยู่ และมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญที่เปลี่ยนแปลงไป ในลักษณะที่ทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้อีก ในกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนี้ย่อมสอดคล้องกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งเรียกร้องให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เดิมชอบด้วยกฎหมายแต่กลับเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลัง และไม่ขัดแย้งกับหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ เนื่องจากมูลเหตุชักจูงใจของการเพิกถอนในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นยังไม่เกิดขึ้น

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง มีหลักทั่วไปว่าไม่สามารถเพิกถอนได้ เว้นแต่เป็นกรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งแบ่งได้เป็น 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก เมื่อมีข้อสงวนสิทธิในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองไว้อย่างชัดเจน และมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตรงตามข้อสงวนสิทธิดังกล่าว โดยมีข้อพิจารณาว่าข้อสงวนสิทธิต้องเป็นข้อสงวนสิทธิที่กำหนดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่น่าสนใจว่าในกรณีที่ข้อสงวนสิทธินั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอุทธรณ์ข้อสงวนสิทธินั้น ในขณะที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามข้อสงวนสิทธิได้หรือไม่ เพราะเป็นช่วงเวลาที่ล่วงพ้นเวลาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่จะถูกเพิกถอนนั้นแล้ว ข้อสงวนสิทธิในคำสั่งทางปกครองมีความเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครอง เพราะการกำหนดข้อสงวนสิทธิในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้ล่วงหน้าเป็นการป้องกันประเด็นที่จะเกิดความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครอง เพราะการกำหนดข้อสงวนสิทธิในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้ล่วงหน้าเป็นการป้องกันประเด็นที่จะเกิดความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครอง

ประการที่สอง เมื่อมีข้อกำหนดในคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง และผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติหรือดำเนินการตามข้อกำหนดนั้น ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ต้องคำนึงถึงหลักเรื่องความสมควรแก่เหตุ โดยข้อกำหนดนั้นต้องมีความสำคัญต่อการดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองด้วย ในกรณีเป็นข้อกำหนดที่ไม่สำคัญฝ่ายปกครองต้องพยายามในเบื้องต้นเพื่อให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวเสียก่อน

ประการที่สาม ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญพื้นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไป และถ้าไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นอันตรายต่อประโยชน์มหาชน โดยเงื่อนไขของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงนั้น ต้องอยู่ในลักษณะที่ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่ออกคำสั่งทางปกครองหากมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายดังกล่าวอยู่ในขณะออกคำสั่งทางปกครอง

ประการที่สี่ เมื่อประโยชน์ของมหาชนมีความสำคัญยิ่งกว่าประโยชน์ของเอกชนในเรื่องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองนั้น เหตุผลในการเพิกถอนกรณีนี้เป็นเหมือนเหตุผลทั่วไป โดยการเพิกถอนในเหตุผลนี้ เป็นไปเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ความผาสุกของส่วนรวม หรือเพื่อจัดผลเสียหายอย่างร้ายแรงให้สิ้นไป อย่างไรก็ตามประโยชน์ของมหาชนที่เป็นเหตุผลในเรื่องนี้ต้องเป็นประโยชน์ที่มีความสำคัญมากจริงๆ

สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งมักพบในกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ และคำสั่งทางปกครองประเภทนี้มักจะขยายขอบเขตไปถึง

กฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจและแรงงาน เป็นคำสั่งทางปกครองที่มุ่งควบคุมประชาชนในสังคม คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เมื่อออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วไม่อาจเพิกถอนได้ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งสิทธิ

ข้อพิจารณาพื้นฐานในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอยู่ที่สิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งทำได้ต่อเมื่อประโยชน์ของมหาชนอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนในเรื่องนั้นๆ ความยากในการพิจารณาแต่ละเรื่องอยู่ที่เนื้อหาในสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งจะต้องคุ้มครอง สิ่งหนึ่งที่ฝ่ายปกครองจะต้องคุ้มครองนอกเหนือจากสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครอง คือ การคุ้มครองสิทธิประโยชน์ทางมหาชน ที่คาดหวังว่ารัฐต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งกับประชาชน ตามข้อเท็จจริงในปัจจุบันประชาชนต้องพึ่งคำสั่งทางปกครองเป็นอย่างมาก ดังนั้น จึงต้องตีความสิ่งที่มุ่งคุ้มครองสิทธิประโยชน์ทางมหาชนให้กว้าง ซึ่งเป็นปัญหาในทางพิจารณาเฉพาะเรื่องว่าการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ทางมหาชนดังกล่าวควรมีขอบเขตกว้างเพียงใด อย่างไรก็ตามรัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งถูกระทบกระเทือนสิทธิเมื่อเขยื้อนคำร้อง เพื่อเป็นการบรรเทาความเสียหายอันเกิดจากการที่เขาได้เชื่อถือในความมีผลบังคับอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งความเชื่อดังกล่าวนั้น สมควรที่จะได้รับความคุ้มครอง

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีข้อพิจารณาว่าหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายจะนำมาบังคับใช้แก่การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ ความเห็นด้านหนึ่งมิได้คัดค้านการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ แต่ความเห็นโดยส่วนใหญ่เห็นว่าไม่อาจนำมาใช้บังคับแทนกันได้ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดชัดเจนไว้ในแต่ละกรณีแล้ว อีกประการหนึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะได้ให้ความคุ้มครองสถานะทางกฎหมายของผู้รับคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายมากกว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการคุ้มครองความเชื่อถือโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองสำหรับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย มิฉะนั้นอาจขัดต่อหลักความเสมอภาคหากปฏิบัติต่อสิ่งที่ไม่เท่าเทียมกันอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ผลการยกเลิกและผลการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองยังมีความแตกต่างกัน ทำให้ไม่อาจนำหลักกฎหมายทั้งสองกรณีมาใช้ร่วมกันหรือแทนกันได้<sup>12</sup>

### 3.2.1.3 เหตุแห่งการยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของศาล<sup>13</sup>

<sup>12</sup> “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกฎหมายเยอรมัน” (น.120-121). เล่มเดิม.

<sup>13</sup> ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน (น.102-108). เล่มเดิม.

การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) เป็นการยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อ  
 ลบล้างคำสั่งทางปกครองที่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถจำแนกลักษณะของคดีหรือ  
 เหตุแห่งการลบล้างคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้ (ก) กรณีคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ข)  
 กรณีมีการใช้ดุลพินิจ และ (ค) กรณีเกี่ยวกับถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง

(ก) กรณีคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่คำฟ้องของผู้ถูกระทบสิทธิมีเหตุอันแสดงได้ว่าคำสั่งทางปกครอง ไม่ชอบ  
 ด้วยกฎหมาย โดยหลักทั่วไปแล้วกฎหมายกำหนดให้ศาลพิพากษายกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทาง  
 ปกครองนั้น กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ถูกยกเลิกโดยให้มีผลย้อนหลัง  
 แต่หากคำสั่งทางปกครองนั้นมีความ ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงลำพัง โดยแต่มิได้กระทบสิทธิของ  
 ผู้ใด มิได้เป็นเหตุให้ต้องยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งนั้นแต่อย่างใด

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ขัดรัฐธรรมนูญ  
 หรือบทบัญญัติของกฎหมาย ประเด็นที่ต้องทำการพิจารณาเป็นสำคัญคือ แค่ไหนเพียงใดที่จะถือว่า  
 คำสั่งทางปกครองนั้นมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายถึงขนาดต้องยกเลิกหรือเพิกถอน ซึ่งอาจต้อง  
 พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครอง หรืออาจพิจารณาจาก  
 การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยประเด็นดังกล่าวสามารถ  
 พิจารณาได้จากมาตรา 44-47 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์  
 สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งได้กำหนดระดับความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองและผลของคำสั่งทาง  
 ปกครองที่บกพร่องนั้นไว้ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้  
 ทั้งหมด ความบกพร่องในบางกรณีองค์กรนิติบัญญัติเห็นว่ามี ความบกพร่องถึงขนาดเป็น โฆษะ เช่น  
 กรณีละเมิดอำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่ กรณีคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือแต่ไม่สามารถทราบที่มา  
 ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งในคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นต้น ซึ่งความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครอง  
 ดังกล่าว ถือเป็นความบกพร่องอย่างร้ายแรงและปรากฏอย่างชัดเจน ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่มี  
 ผลบังคับใดๆ และการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ ศาลย่อมมีอำนาจยกเลิกหรือเพิกถอน  
 คำสั่งทางปกครองนั้นได้ และคำวินิจฉัยของศาลถือเป็นเพียงการประกาศให้ทราบเท่านั้น เพราะถือ  
 ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลในทางกฎหมายมาแต่ต้น สำหรับความบกพร่องที่ไม่ถึงขนาดเป็น โฆษะ  
 หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะนั้น คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับในทางกฎหมาย แต่อาจถูกเพิก  
 ถอนโดยศาลได้

(ข) กรณีมีการใช้ดุลพินิจ

คำสั่งทางปกครองย่อมต้องถูกยกเลิกหรือเพิกถอนหากการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่เป็น  
 การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นไปตามมาตรา

40 แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ โดยเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งศาลสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจดังกล่าวข้างต้นได้

คำสั่งทางปกครองที่อยู่ในดุลพินิจของเจ้าหน้าที่หมายถึง กรณีที่เจ้าหน้าที่สามารถเลือกความเป็นไปได้ในทางกฎหมาย เพื่อเลือกวิธีการดำเนินการตามกฎหมายในทางใดทางหนึ่งได้ โดยทั่วไปแล้วดุลพินิจเป็นการเลือกในส่วนผลของกฎหมาย ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจนั้น เจ้าหน้าที่อาจกำหนดแนวทางของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งเป็นการผูกพันเจ้าหน้าที่ในองค์กรของรัฐเองหรือที่เรียกว่า “การผูกพันตนเองของฝ่ายปกครอง” ซึ่งสามารถกระทำได้ 2 วิธี วิธีการแรกเป็นการออกระเบียบภายในฝ่ายปกครอง วิธีการที่สองเป็นการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอจนกลายเป็นแนวทางปฏิบัติของฝ่ายปกครอง ซึ่งความผูกพันตนเองของฝ่ายปกครองนั้นจะมีผลผูกพันได้เฉพาะการกำหนดระเบียบหรือแนวทางปฏิบัติที่มีลักษณะชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากระเบียบหรือแนวทางปฏิบัติมีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ก่อให้เกิดความผูกพันใดๆ การปฏิเสธหลักการผูกพันตนเองของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด เพราะกรณีที่เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคได้จะต้องเป็นระเบียบหรือแนวทางปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายมาก่อนเท่านั้น ผลของการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างไปจากระเบียบหรือแนวทางปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุให้ศาลสามารถยกเลิหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังนี้

1. การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตนี้ทำให้พื้นฐานทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่อง และคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมาย โดยมีจำต้องพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งเลย

2. การไม่ใช้ดุลพินิจ ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ใช้ดุลพินิจที่กฎหมายกำหนดให้สามารถใช้ได้ โดยเจ้าหน้าที่อาจเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่กฎหมายไม่เปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจได้ หรือเจ้าหน้าที่เห็นว่าขอบเขตของดุลพินิจนั้นแคบกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ตามความเป็นจริง ทำให้มีการใช้ดุลพินิจในขอบเขตที่แคบกว่าที่กฎหมายกำหนดได้

3. การใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน เป็นการใช้ดุลพินิจที่มีความบกพร่องจากมูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่ ทำให้การใช้ดุลพินิจแตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่มี

ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจดังกล่าวในการออกคำสั่งทางปกครองจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่อยู่ใน วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(ค) กรณีเกี่ยวกับถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่เจาะจง

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยไม่มีทางเลือกในทางอื่นใดแล้ว ย่อมเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่มีดุลพินิจ แต่เจ้าหน้าที่ต้องผูกพัน ตามกฎหมายที่มีลักษณะบังคับ แต่ในกรณีที่กฎหมายที่มีลักษณะบังคับดังกล่าวมีบทบัญญัติที่มี ลักษณะไม่ชัดเจนในตัวเอง เช่น คำว่า “ความเหมาะสม” “ประโยชน์สาธารณะ” “มีความจำเป็น รีบด่วน” เป็นต้น ในกรณีเหล่านี้ ในด้านหนึ่งย่อมไม่อาจวินิจฉัยได้ชัดเจนถึงขอบเขตตามกฎหมาย แต่ในด้านหนึ่งก็มีใช้เรื่องที่ทำให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว ถ้อยคำตามกฎหมายที่ไม่ เฉพาะเจาะจงดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งหมายให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปกำหนด แนวทางและรายละเอียดของเรื่องดังกล่าวเอง ในการปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวฝ่ายปกครองต้อง ตีความให้ถูกต้องตามกฎหมาย และหากการตัดสินใจของฝ่ายปกครองอยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่ บัญญัติไว้ ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจตีความกฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากศาล

ประเด็นปัญหาสำคัญสำหรับเรื่องนี้ คือการตัดสินใจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการ ปฏิบัติตามถ้อยคำของบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนดังกล่าวอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลหรือไม่ ตามแนวคำพิพากษาของศาล อาจได้ข้อสรุปว่า ศาลมีอำนาจตรวจสอบการตัดสินใจดังกล่าวของฝ่าย ปกครองได้ทุกกรณี เพราะเป็นภารกิจของศาลที่ต้องตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลจึง จำเป็นต้องมีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะในด้านต่างๆ เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว

การใช้ดุลพินิจตีความกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น หากเป็นการใช้ดุลพินิจ ตีความภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดแล้ว และการใช้ดุลพินิจไม่ขัดต่อหลักความพอสมควร แก่เหตุ และไม่ขัดต่อหลักกฎหมายอื่นๆ ถึงแม้การใช้ดุลพินิจนั้นจะไม่เหมาะสมก็ตาม ศาลก็ต้อง ยอมรับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาความชอบด้วย วัตถุประสงค์ไปแทนที่ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้เพราะถือเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ใน อยู่ในการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง และศาลย่อมไม่อาจยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ แต่ในทางตรงข้าม ถ้าศาลพบว่าการใช้ดุลพินิจตีความกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความ บกพร่อง ย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย กรณีนี้ย่อมนำไปสู่การ ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้หากคำสั่งนั้นกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้ โดยไม่ จำต้องพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่อาจวินิจฉัยอย่างอื่นได้หรือไม่

### 3.2.1.4 ผลของการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอาจเป็นการยกเลิกหรือเพิกถอนทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนได้ ในกรณีที่ยกเลิกหรือเพิกถอนแต่บางส่วนต้องพิจารณาว่าส่วนที่ยกเลิกหรือเพิกถอนไม่ใช่สาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง หากส่วนที่ต้องยกเลิกหรือเพิกถอนเป็นสาระสำคัญ ต้องทำการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งหมด และส่วนที่ไม่ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนนั้นต้องสามารถแยกออกจากส่วนที่ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้ด้วย

กรณีที่มีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถยื่นคำร้องขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ซึ่งฝ่ายปกครองต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความเสียหายเปรียบทางทรัพย์สินจากการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ฝ่ายปกครองแจ้งให้ทราบว่ามีสิทธิดังกล่าว ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทน ศาลยุติธรรมจะเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษากรณิดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตามหากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำโดยอาศัยข้อสงวนสิทธิที่จะเพิกถอนในคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองไม่ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทน เพราะข้อสงวนสิทธิดังกล่าวเป็นการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าแล้วว่าคำสั่งทางปกครองนั้นอาจถูกเพิกถอนในภายหลัง ถือเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดประเด็นการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจ นอกจากนี้กรณีที่มีการยกเลิกหรือเพิกถอนโดยอาศัยเหตุว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดต่างๆ ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างเอาหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจที่มีต่อคำสั่งทางปกครองเพื่อร้องขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ เพราะสาเหตุในการยกเลิกหรือเพิกถอนเกิดจากตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองเอง<sup>14</sup>

โดยหลักการแล้วการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีผลให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับทางกฎหมายในอนาคต ซึ่งเป็นไปตามหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามในกรณีเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองอาจกำหนดไว้ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองว่าให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีผลย้อนหลังไปถึงขณะที่มีการเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการสิ้นผลย้อนหลังของคำสั่งทางปกครองนี้ไม่อาจกำหนดให้ย้อนหลังเกินไปกว่าที่ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปได้ เพราะเป็นการกระทบต่อความเชื่อถือหรือไว้วางใจ

<sup>14</sup>จาก การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ, โดย มานิตย์ จุมปา, 2553, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

ของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นอย่างยิ่ง เว้นแต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการหรือใช้สิทธิไม่สุจริต หรือต้นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับคำสั่งทางปกครอง เช่น ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทำการฉ้อฉล ข่มขู่หรือให้สินบนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือให้ข้อเท็จจริงเป็นเท็จ หรือไม่ถูกต้อง หรือไม่สมบูรณ์ และการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการให้ข้อเท็จจริงกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นต้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชอบที่จะให้คำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่ต้น<sup>15</sup>

### 3.2.2 การยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

#### 3.2.2.1 ความหมายของการยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสนอกจากจะสิ้นผลไปตามธรรมชาติในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นกรณีเฉพาะอย่างและเหตุการณ์ดังกล่าวสิ้นสุดแล้ว คำสั่งทางปกครองอาจสิ้นผลไปด้วยการยกเลิกและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง<sup>16</sup> ความหมายของการยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส คือ การทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลง ซึ่งอาจกระทำโดยฝ่ายปกครองเองหรือศาลปกครองก็ได้ และไม่ว่าคำสั่งทางปกครองจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมสามารถยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ และแม้ว่าคำสั่งทางปกครองจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่ได้หมายความว่าต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นทุกกรณี หากแต่มีหลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงถึงด้วย ได้แก่ หลักการคุ้มครองสิทธิของเอกชน หลักความมั่นคงทางกฎหมาย และหลักคุ้มครองความเชื่อถือในคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ยังต้องคำนึงถึงผลของการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองด้วยว่าจะให้มีผลในอนาคตหรือให้ย้อนหลังไปในอดีตตั้งแต่ออกคำสั่งทางปกครองด้วย<sup>17</sup>

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเหตุหนึ่งเหตุใดย่อมเสียเปล่า และเมื่อถูกเพิกถอนจะถือว่าคำสั่งนั้นไม่มีอยู่เลย ความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งจากเหตุดังกล่าว อาจเทียบเคียงได้กับโมฆะกรรมอย่างเด็ดขาดตามกฎหมายแพ่ง แต่นอกจากความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้วในทางกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสยอมรับรูปแบบความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง เป็นกรณียกเว้น โดยเฉพาะสำหรับความไม่สมบูรณ์อย่างไม่ร้ายแรง ซึ่งเรียกว่า ความเสียเปล่าอย่างสัมพัทธ์ และความไม่สมบูรณ์อย่างร้ายแรง ซึ่งเรียกว่า ความไม่มีอยู่ของคำสั่ง

<sup>15</sup> หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.222-223). เล่มเดิม.

<sup>16</sup> จาก หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (น.135-136), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>17</sup> จาก “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส”, โดย พูนศักดิ์ ไวสารจ, (2528, สิงหาคม) วารสารกฎหมายปกครอง 4,2, น.308

ความเสียหายอย่างสัมพันธ์ จำกัดอยู่เฉพาะคำสั่งที่เข้าลักษณะเป็นการละเลยรูปแบบที่กำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ ไม่ใช่ที่กำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชน ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวที่จะสามารถอ้างความเสียหายที่เกิดจากการละเลยดังกล่าว สำหรับความไม่มีอยู่ของคำสั่งนั้น มีลักษณะร้ายแรงกว่าโมฆะกรรม โดยคำพิพากษาฎีกาแห่งรัฐจะใช้ถ้อยคำดังกล่าว (ความไม่มีอยู่ของคำสั่ง) ในกรณีที่คำสั่งนั้นไม่มีอยู่โดยเนื้อหา (ตัวอย่างเช่น ไม่มีการลงลายมือชื่อของผู้มีอำนาจ) และทั้งในกรณีที่ไม่สามารถเชื่อมโยงกับอำนาจใดๆ ของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งจะให้ผลที่เข้มงวดโดยถือว่าคำสั่งนั้นไม่มีอยู่เลย และฝ่ายปกครองถอนได้เสมอ และยังสามารถถูกพิพากษาถึงความไม่มีอยู่ของคำสั่งได้ทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม ในขณะที่คำสั่งทางปกครองที่เสียหายไปโดยธรรมชาตินั้นต้องถอนภายในกำหนดเวลา (อายุความฟ้องคดี)<sup>18</sup>

### 3.2.2.2 หลักเกณฑ์ในการยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นกระบวนการที่ทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลลงเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีคำสั่งทางปกครองนั้นมาก่อน โดยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้ ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้ในสองกรณีด้วยกัน กรณีแรก คือ เป็นการกระทำเพื่อความจำเป็นในการเยียวยาความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง หรือการรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง กรณีที่สองคือ เป็นการเพิกถอนในขณะที่อยู่ในระยะเวลาที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ซึ่งโดยทั่วไปจะมีระยะเวลาภายในสองเดือนนับแต่วันที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับการบอกกล่าวคำสั่งทางปกครองนั้น<sup>19</sup>

การยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์พิจารณา ดังนี้<sup>20</sup>

(1) คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจเพิกถอนได้ ซึ่งมีรากฐานมาจากหลักคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1.1) คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไป คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ฝ่ายปกครองจึงอาจยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งนี้ได้

<sup>18</sup> จาก *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (รายงานผลการวิจัย) ศูนย์วิจัยสำนักงานศาลปกครอง, (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), โดย สุรพล นิติไกรพจน์และคณะ, (2545), น.104-105

<sup>19</sup> *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (น.136-138). เล่มเดิม.

<sup>20</sup> *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (น. 251). เล่มเดิม.

โดยการเพิกถอนต้องทำแบบเดียวกับคำสั่งที่ถูกเพิกถอนและโดยผู้มีอำนาจตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถวางหลักเกณฑ์ให้เหมาะสมกับเรื่องและสถานการณ์ได้ตลอดเวลาอันเป็นประโยชน์ต่อการบริหารงานของฝ่ายปกครอง

(1.2) คำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย การพิจารณายกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนี้ต้องคำนึงถึงสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือเอกชนที่ได้รับไปแล้วด้วย ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิ ย่อมไม่อาจถูกเพิกถอนได้เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความมั่นคงแห่งกฎหมาย แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองเฉพาะรายที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแล้ว อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้เพราะไม่มีประเด็นต่อการกระทบสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือเอกชนที่ได้รับมาแล้วตามหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ

## (2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2.1) คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไปซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องทำการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นด้วยตนเอง หรือตามคำร้องขอของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าเหตุแห่งการไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะออกคำสั่งทางปกครอง หรือเพราะการเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในภายหลัง ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

(2.2) คำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะรายซึ่งก่อให้เกิดสิทธิ ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้ แต่ต้องเพิกถอนภายในอายุความฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่หากพ้นระยะเวลาที่อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว กฎหมายปกครองในประเทศฝรั่งเศสมีหลักว่า แม้กระทั่งศาลปกครองยังไม่สามารถเพิกถอนได้แล้ว ฝ่ายปกครองก็ยังไม่สามารถเพิกถอนได้ ทั้งนี้ เพราะการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้จะมีผลย้อนหลังไปกระทบสิทธิของปัจเจกชนที่ได้รับไปแล้ว จึงต้องมีอายุความฟ้องคดีและห้ามฝ่ายปกครองเพิกถอนเมื่อพ้นกำหนดเวลาฟ้องคดีดังกล่าว เพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงและความเชื่อถือในคำสั่งทางปกครอง ในกรณีนี้เป็นการให้ความสำคัญกับหลักความมั่นคงแห่งกฎหมายยิ่งกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้ก่อนสิ้นอายุความ และหากมีการฟ้องและอยู่ระหว่างการพิจารณาคดีปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้ก่อนจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด อาจกล่าวได้ว่าตราบไคที่อายุความฟ้องคดียังไม่ถึงที่สุด สิทธิของปัจเจกที่ได้รับมาจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังไม่ถือว่าเป็นสิทธิที่ได้รับมาอย่างเด็ดขาด ฝ่ายปกครองจึงสามารถเพิกถอนได้ ต่อเมื่อสิ้นอายุความฟ้องคดีปกครองแล้ว สิทธิที่ได้รับมาแล้วจึงจะเป็นสิทธิที่ได้รับมาอย่างเด็ดขาดไม่อาจถูกเพิกถอนได้อีกต่อไป ในส่วนของอายุความฟ้องคดีปกครองนั้น โดยหลัก

ทั่วไปมีระยะเวลาสองเดือนนับแต่วันที่รับทราบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งระยะเวลาสองเดือนใช้กับคำสั่งทางปกครองอื่นประเภทที่ไม่มีกฎหมายระบุระยะเวลาไว้โดยเฉพาะ แต่หากคำสั่งทางปกครองใดมีกฎหมายระบุระยะเวลาไว้โดยเฉพาะแล้ว ก็จะมีระยะเวลาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้

ส่วนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายซึ่งไม่ก่อให้เกิดสิทธิ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องทำการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และฝ่ายปกครองสามารถทำการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ได้ทุกเวลา เพราะคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธินี้ไม่มีประเด็นที่กระทบต่อหลักความมั่นคงแห่งสิทธิและความเชื่อถือในคำสั่งทางปกครอง

### 3.2.2.3 เหตุแห่งการยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของศาล

เหตุที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอาจแบ่งได้ คือ การออกคำสั่งโดยไม่มีอำนาจ ออกคำสั่งโดยผิดแบบวิธี ละเมิดต่อกฎหมาย และบิดเบือนการใช้อำนาจ ซึ่งเหตุทั้งสี่ประการล้วนสัมพันธ์กับหลักความชอบด้วยกฎหมายในเหตุการณ์ที่แตกต่างกันไปตามลำดับ คือ ตัวผู้ออกคำสั่ง กระบวนการในการออกคำสั่ง เป้าหมาย วัตถุประสงค์และเหตุผลของคำสั่ง อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกสาเหตุของการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ยังอาจแบ่งได้โดยอาศัยเหตุในทางรูปแบบและเหตุในทางเนื้อหา ส่วนที่เป็นรูปแบบ ได้แก่ ตัวเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง วิธีการที่ใช้บังคับสำหรับการออกคำสั่งหรือกฎเกณฑ์เพื่อทำให้ปรากฏซึ่งคำสั่ง สำหรับในทางเนื้อหาจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเป้าหมายของคำสั่ง (ความมุ่งหมายที่ต้องการให้เกิดขึ้นจากการออกคำสั่ง) วัตถุประสงค์ของคำสั่ง (ตัวเนื้อหาในคำสั่งนั่นเอง) และเหตุผลของคำสั่ง (ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ทำให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งนั้น)

กฎเกณฑ์ต่างๆ ซึ่งหากมีการละเมิดแล้วจะเป็นเหตุให้ประชาชนยกขึ้นอ้างในการขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น อาจเป็นหลักกฎหมายชนิดใดชนิดหนึ่งที่เป็นส่วนแห่งบรรทัดฐานความชอบด้วยกฎหมาย และการฟ้องคดีต่อศาลเพราะเหตุมีการกระทำเกินอำนาจที่กฎหมายกำหนดจะเป็นมาตรการต่อการละเมิดของฝ่ายปกครองต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมดที่ใช้บังคับต่อการกระทำทางปกครองนั้นๆ เอกชนทุกคนจึงอาจยกเหตุแห่งการละเมิดกฎเกณฑ์นั้น เป็นเหตุแห่งการขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้ ได้แก่ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ รัษฎบัญญัติหรือรัฐกำหนด สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ประกาศอย่างถูกต้อง และกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ออกมาตามลำดับชั้น รวมถึงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและไม่เฉพาะเจาะจง และบรรดาแนวปฏิบัติภายในฝ่ายบริหารซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อจดหมายเวียนและแนวปฏิบัติเหล่านั้น กฎเกณฑ์ที่บังคับเป็นการทั่วไปไม่เจาะจงอาจอยู่ในรูปของเงื่อนไขที่เป็นการทั่วไปและไม่เฉพาะเจาะจงในเอกสารที่กำหนด

เงื่อนไขในสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน ซึ่งเป็นเอกสารที่ผนวกเข้าในท้ายสัญญาทางปกครอง ในการฟ้องคดีต่อศาล การฝ่าฝืนหลักทั่วไปแห่งกฎหมายมักจะมีการอ้างถึงบ่อยๆ โดยเฉพาะการฝ่าฝืนหลักแห่งความผูกพันของเรื่องที่ถูกพิพากษาไปแล้ว เมื่อมีการฝ่าฝืนหลักการนี้เอกชนย่อมอ้างขึ้นเพื่อขอให้ศาลยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ อีกประการหนึ่งที่มีการอ้างถึงบ่อยๆ คือ การฝ่าฝืนหลักทั่วไปว่าด้วยความไม่มีผลย้อนหลังของคำสั่งทางปกครอง การฝ่าฝืนหลักการที่ว่าด้วยการห้ามละเมิดคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งสิทธิ<sup>21</sup>

(ก) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่มีอำนาจ

ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันนั้น ความยินยอมเป็นหัวใจสำคัญในการกำหนดความสัมพันธ์ เอกชนฝ่ายหนึ่งจะบังคับอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ แต่ในการใช้อำนาจปกครองนั้นจะแตกต่างออกไป ความแตกต่างดังกล่าวเป็นเพราะความมุ่งหมายที่แตกต่างกันระหว่างกิจกรรมของเอกชนกับกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ฝ่ายเอกชนมุ่งที่จะแสวงหาผลกำไรหรือผลประโยชน์ให้กับตนเองและพวกพ้อง ในขณะที่ฝ่ายปกครองมุ่งดำเนินกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจึงกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์เหนือเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง เอกสิทธิ์นี้ช่วยทำให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินกิจกรรมของตนได้โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากคู่กรณี ในบรรดาเอกสิทธิ์ทั้งหลายของฝ่ายปกครองนั้น เอกสิทธิ์ที่สำคัญที่สุด คือ การใช้อำนาจออกคำสั่งฝ่ายเดียว หรือที่เรียกว่า คำสั่งทางปกครอง<sup>22</sup> อย่างไรก็ตาม เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจะมีได้ภายใต้กฎหมายเท่านั้น หากฝ่ายปกครองกระทำโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ย่อมเป็นเหตุให้คำสั่งนั้นไม่สมบูรณ์และสิ้นผลในทางกฎหมายได้

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่มีอำนาจ คือ การออกคำสั่งทางปกครองโดยผู้ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะออกคำสั่งนั้น เหตุนี้เป็นเหตุร้ายแรงที่สุดในทุกๆ เหตุของความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีอำนาจตามที่ตัวบทกฎหมายกำหนดไว้ การกระทำที่เกินเลยไปกว่านั้นถือว่าเจ้าหน้าที่มิได้มีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนั้น ดังนั้น กฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยขอบเขตอำนาจจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อเป็นเช่นนี้หากมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว ศาลย่อมยกเหตุดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยเองได้ และการกระทำโดยไม่มีอำนาจนี้ ไม่อาจแก้ไขให้สมบูรณ์โดยการให้สัตยาบันในภายหลังโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจได้

<sup>21</sup> หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (น. 238-239). เล่มเดิม.

<sup>22</sup> จาก กฎหมายปกครอง (น.434), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

รูปแบบของการกระทำโดยไม่มีอำนาจมีหลายระดับ ดังนี้<sup>23</sup>

1. เมื่อผู้ออกคำสั่งนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ เป็นรูปแบบของการกระทำโดยไม่มีอำนาจที่ร้ายแรงที่สุด ในกรณีนี้การกระทำนั้นๆ ไม่เพียงแต่เป็นโมฆะเท่านั้น แต่ถือได้ว่าไม่เคยมีอยู่เลย แต่ยังมีข้อยกเว้นอยู่หากเป็นเรื่องที่สามารถใช้ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริงมาใช้บังคับแก่กรณีนั้นได้ ทฤษฎีนี้กล่าวว่า “บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ทำหน้าที่ในราชการที่เชื่อว่าตนเองได้รับแต่งตั้งอย่างถูกต้องและประชาชนก็เชื่อเช่นนั้น โดยที่ความเชื่อเหล่านั้นมีอยู่จนถึงเวลาแห่งการเพิกถอนการแต่งตั้งนั้น เมื่อบุคคลดังกล่าวกระทำการไป การกระทำของเขาอาจถือว่าเป็นเสมือนการกระทำของเจ้าพนักงานที่ที่ได้รับการแต่งตั้งถูกต้องตามกฎหมาย หรือในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ร้ายแรงโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจจำเป็นต้องออกจากการปฏิบัติกรตามตำแหน่งหน้าที่ เอกชนคนหนึ่งอาจเข้าทำหน้าที่แทนเป็นการชั่วคราว การกระทำของเอกชนคนนี้อาจถือเสมือนว่าเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจ”

2. เจ้าพนักงานของรัฐได้กระทำการเกินไปจากอำนาจหน้าที่อันเป็นของรัฐ กล่าวคือเป็นการกระทำที่เห็นได้ชัดเจนว่าไม่อาจจัดเข้าว่าอยู่ในอำนาจชนิดใดชนิดหนึ่งที่ฝ่ายปกครอง มีอยู่ตามกฎหมาย

3. เมื่อเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองได้ล่วงเข้าไปในเรื่องที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือตุลาการ

4. เจ้าพนักงานประเมินอำนาจของตนเองต่ำกว่าอำนาจขั้นสูงสุดที่ตนเองมีอยู่อย่างแท้จริง และปฏิเสธไม่ยอมออกคำสั่งใดๆ ที่คิดว่าตนเองไม่มีอำนาจออกคำสั่งนั้น ทั้งที่โดยแท้จริงแล้วเขามีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าว

5. การที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้กระทำไปโดยเข้าไปก้าวก่ายอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งเป็นรูปแบบของการกระทำโดยไม่มีอำนาจที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด โดยอาจเกิดได้หลายหลายรูปแบบ เช่น การก้าวก่ายอำนาจกันระหว่างเจ้าหน้าที่ที่มีลักษณะสภาพงานที่แตกต่างกัน เป็นต้นว่าเมื่อนายกเทศมนตรีออกคำสั่งต่างๆ ที่เป็นอำนาจของสภาเทศบาลหรือกรณีกลับกัน การก้าวก่ายอำนาจระหว่างเจ้าพนักงานที่มีลักษณะสภาพงานเหมือนกันและอยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นลำดับชั้นเดียวกันในทางเนื้อหาสาระ หรือตามเขตพื้นที่ หรือตามห้วงเวลาของการเปลี่ยนผู้ดำรงตำแหน่ง และการก้าวก่ายอำนาจกันระหว่างเจ้าพนักงานต่างลำดับชั้นเป็นการที่ผู้ได้บังคับบัญชาออกคำสั่งที่อยู่ในอำนาจของผู้บังคับบัญชาไม่ว่าจะเป็นการเข้าสวมอำนาจเองหรือเนื่องจากผู้บังคับบัญชามอบอำนาจให้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>23</sup> หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (น. 239-241). เล่มเดิม.

(ข) ความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองที่กระทำผิดแบบขั้นตอน

การกระทำทางปกครองทุกประเภทต้องทำตามแบบวิธีใดวิธีหนึ่ง กล่าวคือ จะต้องทำตามขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งและอยู่ในรูปใดรูปหนึ่งที่กำหนดไว้ สาระทั้ง 2 ประการนี้ สามารถแยกออกจากกันได้ กล่าวคือ การผิดรูปแบบ หรือผิดขั้นตอนหรือวิธีการนั้น เป็นเรื่องของการกำหนดแบบบังคับหรือเป็นเพียงแนวปฏิบัติหากเป็นการผิดรูปแบบที่เป็นการกำหนดแบบบังคับ เช่นกฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือองค์กรที่ปรึกษา หรือต้องทำประชาพิจารณ์เสียก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครอง หากไม่ดำเนินการดังกล่าวก่อนมีคำสั่งทางปกครอง เช่นนี้ การกระทำหรือการออกคำสั่งนั้นเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นเพียงการอันมิได้ดำเนินการตามแนวปฏิบัติก็อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ในบางกรณี กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่า รูปแบบหรือขั้นตอนนั้นเป็นสาระสำคัญของการใช้อำนาจรัฐในเรื่องนั้นหรือไม่ ถ้าเป็นสาระสำคัญ การกระทำนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าไม่ใช่สาระสำคัญ ก็อาจจะแก้ไขให้สมบูรณ์ได้โดยการกระทำนั้นยังคงมีผลบังคับต่อไปโดยทั่วไปแล้ว เรื่องขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งโดยเฉพาะเมื่อขั้นต่อนั้นเป็นหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกระทำทางปกครองที่ผิดไปจากขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนถือเป็นเรื่องร้ายแรงและไม่สามารถย้อนกลับไปแก้ไขได้ เมื่อไม่ได้กระทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด การกระทำทางปกครองเรื่องนั้นย่อมเสียไป<sup>24</sup>

ในบางเหตุการณ์การทำผิดรูปแบบขั้นตอนอาจไม่มีผลต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ กรณีฉุกเฉินเร่งด่วนซึ่งต้องเป็นสถานการณ์พิเศษที่ทำให้การกระทำตามแบบพิธีเป็นไปได้ยาก หรืออาจเป็นกรณีที่การไม่อาจทำตามแบบพิธีได้นั้นมีเหตุเนื่องมาจากการกระทำของประชาชนเอง เช่น กรณีที่ประชาชนละเว้นไม่ระบุที่อยู่ ทำให้ฝ่ายปกครองส่งจดหมายแจ้งเหตุไปไม่ได้ และในบางกรณีการทำผิดแบบพิธีนั้นอาจมาทำให้สมบูรณ์ภายหลังได้<sup>25</sup>

(ค) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ

ในขณะที่บุคคลทั่วไปมีอิสระที่จะเลือกวัตถุประสงค์ในการกระทำ แต่ฝ่ายบริหารกลับจะต้องกระทำตามจุดมุ่งหมายที่วางไว้ โดยทั่วไปฝ่ายบริหารจะต้องใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไป หากจะกล่าวให้เฉพาะเจาะจงลงไปในบางกรณีกฎหมายยังให้อำนาจบางอย่างเพื่อวัตถุประสงค์บางประการที่ชัดเจน เช่น อำนาจของตำรวจมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบ การใช้อำนาจไปในทางมิชอบจึงเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ที่เกิดมาจากการที่ฝ่าย

<sup>24</sup> อังกูร วัฒนรุ่ง. *หลักควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง*. สืบค้น 4 เมษายน 2558, จาก [www.bpp.go.th/...](http://www.bpp.go.th/)

<sup>25</sup> *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (น. 242-243). เล่มเดิม.

ปกครองไม่เคารพหลักเกณฑ์เหล่านี้โดยการมุ่งต่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด จึงเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจไปจากวัตถุประสงค์แห่งกฎหมาย

การบิดเบือนการใช้อำนาจเกิดขึ้นจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อให้เกิดคำสั่งปกครองเพื่อวัตถุประสงค์อื่นซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย การบิดเบือนการใช้อำนาจมีสองกรณีด้วยกัน กรณีแรก คือ ในบางครั้งฝ่ายปกครองทำนิติกรรมทางปกครองเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ได้เป็นวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ เนื่องจากนิติกรรมทางปกครองนั้นจะทำได้ก็แต่เพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ไม่อาจทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว เช่น เพื่อให้รางวัลหรือเพื่อแก้แค้น ในกรณีดังกล่าวถือว่านิติกรรมทางปกครองที่ทำเพื่อประโยชน์อื่นที่มีใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและจะต้องถูกเพิกถอน ส่วนกรณีที่สองนั้นเป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ไม่ได้เป็นประโยชน์สาธารณะประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น นายกเทศมนตรีออกคำสั่งจำกัดความเร็วของรถยนต์ในเขตเทศบาลเพื่อประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อม ในขณะที่กฎหมายให้อำนาจนายกเทศมนตรีที่จะออกคำสั่งจำกัดความเร็วของรถยนต์ได้เพื่อความปลอดภัยในท้องถนน เป็นต้น การออกคำสั่งในลักษณะดังกล่าวถือว่าการบิดเบือนการใช้อำนาจ<sup>26</sup>

การควบคุมการใช้อำนาจไปโดยมิชอบเป็นการตรวจสอบเจตจำนงอันแท้จริงของผู้กระทำ กระบวนการตรวจสอบจึงถือว่าเป็นกระบวนการที่ค่อนข้างก้าวหน้าและกล้าหาญ

ด้วยเหตุนี้เอง นักวิชาการบางคนรวมทั้ง Hauriou ได้ให้ความเห็นว่าการควบคุมวัตถุประสงค์ไปไกลกว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย แต่จะเลยไปถึงการตรวจสอบความถูกต้องตามหลักจรรยาบรรณของการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ทั้งนี้หมายความว่า การตรวจสอบเพียงเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นมุมมองที่แคบเกินไปเสียแล้ว อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ว่ามีการใช้อำนาจไปในทางมิชอบหรือไม่ มีความยุ่งยากอยู่ 2 ประการ ประการแรก เป็นอุปสรรคในการวินิจฉัยวัตถุประสงค์ตามกฎหมายในกรณีที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้ในบางครั้ง ซึ่งอาจต้องพิจารณาจากสถานการณ์สำคัญต่างๆ ในการร่างกฎหมาย อุปสรรคประการที่สอง เป็นเรื่องของการพิสูจน์เจตจำนงว่ามีอยู่อย่างไร ซึ่งเป็นเรื่องภายในจิตใจที่ยากจะกลั่นกรองออกมา เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายได้แสดงออกอย่างชัดเจน ซึ่งยิ่งวัตถุประสงค์นั้นยากที่จะอธิบายออกมาตรงๆ มากเท่าไร โอกาสที่ผู้ร่างกฎหมายจะได้อธิบายวัตถุประสงค์ออกมาอย่างชัดเจนก็ยิ่งน้อยลงเท่านั้น<sup>27</sup>

<sup>26</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. “คำบรรยายกฎหมายปกครอง”, สืบค้น 4 เมษายน 2558, จาก

<http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1270>

<sup>27</sup> หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (น. 244-245). เล่มเดิม.

## (ง) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการละเมิดกฎหมาย

เหตุฟ้องคดีนี้มุ่งให้มีการถ่วงการละเมิดกฎหมายทุกชนิดที่ใช้บังคับแก่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้แม้ในส่วนที่นอกเหนือไปจากกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจ รูปแบบ หรือกฎหมายเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ก็ตาม อนึ่งในทางปฏิบัติเหตุฟ้องคดีนี้ย่อมเกี่ยวข้องกับสาระของการกระทำของฝ่ายปกครองเลยทีเดียว และที่เกี่ยวกับเหตุผลทั้งทางด้านข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้าง ดังนั้น การกล่าวอ้างเรื่องการละเมิดกฎหมายนี้จึงเป็นหนทางเยียวยาในคดีที่ฟ้องร้องว่าฝ่ายปกครองกระทำเกินอำนาจที่อาจก่อให้เกิดการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมดเต็มรูปแบบ ทั้งนี้ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” นี้จะต้องเข้าใจให้ชัดเจนเสียก่อน กฎหมายที่ฝ่ายปกครองกำลังละเมิดอยู่นั้นอาจเป็นกฎหมายกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งก็ได้ เช่น บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติหรือรัฐกำหนดสนธิสัญญา ระหว่างประเทศที่ได้ประกาศอย่างถูกต้อง และกฎหมายกฎหมายทั่วไปที่ออกมาตามลำดับชั้น รวมถึงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและไม่เฉพาะเจาะจง และบรรดาแนวปฏิบัติภายในฝ่ายบริหาร ซึ่งฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อจดหมายเวียนและแนวปฏิบัติเหล่านั้น กฎเกณฑ์ที่บังคับเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงอยู่ในรูปของเงื่อนไขที่เป็นการทั่วไปและไม่เฉพาะเจาะจงที่อยู่ในเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขในสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน ซึ่งเป็นเอกสารที่ผนวกเข้าในท้ายสัญญาทางปกครอง เป็นต้น ในประเทศฝรั่งเศสการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการละเมิดกฎหมายนั้น เกิดขึ้นบ่อยที่สุด เพราะเป็นการฟ้องคดีเมื่อไม่สามารถอาศัยเหตุอื่นได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าการฟ้องโดยอาศัยมูลเหตุที่เป็นการละเมิดกฎหมายเป็นข้อกล่าวอ้างที่กว้างที่สุดในบรรดาเหตุฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากการฟ้องโดยอาศัยเหตุดังกล่าวนี้มุ่งให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติทุกชนิด ดังนั้นการฟ้องโดยอาศัยมูลเหตุประเภทนี้ ไม่เพียงเป็นช่องทางให้ศาลปกครองตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรงเท่านั้น แต่ยังเปิดโอกาสให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบมูลเหตุหรือเหตุผลอันเป็นรากฐานของการออกคำสั่งทางปกครองเช่นนั้นด้วย<sup>28</sup>

คำสั่งทางปกครองที่เป็นการละเมิดกฎหมายอาจเกิดจากการวินิจฉัยผิดพลาดทางกฎหมาย ในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำประหนึ่งว่ากฎหมายนั้นๆ ไม่มีอยู่ หรือไม่นำมาพิจารณาเลย ถือได้ว่าฝ่ายปกครองได้กระทำการ "ละเมิดโดยตรง" ต่อกฎหมาย หากฝ่ายปกครองรู้ถึงกฎหมาย

<sup>28</sup> ศูนย์การศึกษาเปรียบเทียบ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, *รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2547) น.270-271 (อ้างถึงใน การควบคุมมูลเหตุในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองต่างประเทศ). สืบค้น 4 เมษายน 2558, จาก [digi.library.tu.ac.th/thesis/la/1227/10CHAPTER\\_3.pdf](http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/1227/10CHAPTER_3.pdf),

แต่ตีความผิดจะถือว่าเป็นกรณี "การฝ่าฝืนกฎหมายโดยการตีความผิด" หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองอ้างบทกฎหมายอันใดอันหนึ่งเพื่อเป็นฐานแห่งคำสั่งของตน แต่แท้จริงแล้วบทกฎหมายนั้นไม่ใช่บังคับแก่คำสั่งดังกล่าว ซึ่งมักใช้สำนวนกฎหมายว่าเป็นกรณีที่คำสั่งดังกล่าว "ขาดฐานแห่งกฎหมาย" ซึ่งเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการฝ่าฝืนกฎหมาย หากเป็นกรณีคำสั่งที่ออกมาเป็นคำสั่งที่ละเมิดกฎหมาย แต่มีอีกบทบัญญัติแห่งกฎหมายหนึ่งที่ทำให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งในลักษณะเดิมได้ ก็ไม่มีความจำเป็นต้องยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เพราะการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งนั้นไม่ก่อให้เกิดประโยชน์เนื่องจากฝ่ายปกครองย่อมสามารถออกคำสั่งในลักษณะเดิมได้อีกอยู่แล้ว แต่ควรแก้ไขคำสั่งโดยเปลี่ยนฐานแห่งกฎหมายที่ถูกต้องที่ทำให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการทำคำสั่งดังกล่าว การวินิจฉัยผิดพลาดทางกฎหมายยังเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายปกครองตามกฎหมายในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงหนึ่งๆ แต่กลับจำกัดอำนาจของตนเอง พร้อมทั้งทำคำสั่งที่เป็นการระบุกฎเกณฑ์ทั่วไป โดยไม่ได้นำกฎเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับการวินิจฉัยสถานการณ์นั้นๆ เป็นการเฉพาะ หากเกิดกรณีขึ้นคำสั่งทางปกครองนั้นต้องถูกยกเลิก

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองวางอยู่บนฐานของเหตุผลต่างๆ หลายเหตุผล หากเพียงบางเหตุผลเท่านั้นที่ไม่ถูกต้อง อาจไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นก็ได้ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ ต้องทำการชั่งน้ำหนักระหว่างเหตุผลที่ไม่ถูกต้องกับเหตุผลที่ถูกต้อง แม้เหตุผลที่ไม่ถูกต้องจะมีอยู่ก็ตาม แต่หากเหตุผลที่ถูกต้องก็เพียงพอที่จะทำให้ฝ่ายปกครองมีคำสั่งเหมือนเดิม ก็ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นถูกต้องตามกฎหมาย และไม่อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้

ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองนั้น การพิจารณาข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุผลของการกระทำทางปกครองนั้นเป็นอำนาจดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามการแยกแยะระหว่างข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายนั้น ไม่ได้แน่ชัดนัก บ่อยครั้งที่กฎหมายนั่นเองที่กำหนดข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งให้เป็นเงื่อนไขในการกระทำทางปกครอง จะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อเกิดเหตุการณ์นั้นๆ ขึ้นจริง ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นไปได้เลยที่จะสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยไม่ต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จึงกล่าวได้ว่าความมีอยู่ของข้อเท็จจริงที่ดี ความสอดคล้องของข้อเท็จจริงกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ดี เหล่านี้จึงไม่อยู่ในอำนาจดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ถือว่าเป็น "อำนาจผูกพัน" ฉะนั้น เรื่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จึงเป็นเรื่องที่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ตัวอย่างเช่น หากกฎหมายให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองในการเวนคืนที่พักรักษาในเขตที่อยู่อาศัยที่เกิดวิกฤตการณ์ด้านที่พัก การใช้สิทธิเวนคืนดังกล่าวย่อมต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีวิกฤตการณ์ด้านที่พักอาศัยซึ่งสามารถตรวจสอบความชอบ

ด้วยกฎหมายได้ว่ามีอยู่จริงหรือไม่ การตรวจสอบในลักษณะดังกล่าวไม่ถือเป็นการแทรกแซงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หากเป็นการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเมื่อข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากคำสั่งทางปกครองระบุว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างหนึ่ง แต่ข้อเท็จจริงนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจริง ต้องถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่มีเหตุผลเพราะการกระทำนั้นปราศจากเหตุผลที่ถูกต้องแท้จริง ตัวอย่างเช่น มาตรการทางวินัยที่มีต่อข้าราชการคนหนึ่ง ที่ออกมาในเรื่องที่เขาไม่ได้กระทำ มาตรการที่วางอยู่บนพื้นฐานแห่งเหตุผลที่โดยเนื้อหาสาระแล้วไม่ถูกต้อง จึงต้องถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่เพียงแต่กรณีที่ถูกกฎหมายได้ระบุว่าข้อเท็จจริงใดเป็นเงื่อนไขในการกระทำการนั้นเท่านั้น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ระบุในคำสั่งของตน ว่าคำสั่งนั้นอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงใด หากเหตุการณ์ดังกล่าวไม่มีอยู่จริงก็ต้องถือว่าคำสั่งนั้นไร้ซึ่งเหตุผล คำสั่งนั้นต้องถูกเพิกถอน

ในบางครั้งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองอาจระบุลักษณะของเหตุการณ์ข้อเท็จจริงที่เป็นปัจจัยให้ฝ่ายปกครองดำเนินการเป็นกรอบกว้างๆ ที่มีลักษณะเป็นนามธรรม ตัวอย่างเช่น หากกฎหมายอนุญาตให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการปกป้องโบราณสถาน การตรวจสอบความถูกต้องของคำสั่งที่ออกมาเกี่ยวกับสถานที่แห่งใดแห่งหนึ่งว่าแท้จริงแล้วสถานที่ดังกล่าวเป็น โบราณสถานหรือไม่ หรือในกรณีที่กฎหมายมุ่งปกป้องสถานที่ที่มีลักษณะเป็น “อนุสรณ์สถาน” หรือกรณีที่กฎหมายระบุถึง “อุบัติเหตุที่เกิดจากยานพาหนะ” การพิจารณากรอบกฎหมายเหล่านี้ย่อมเป็นเรื่องทางอ้อมวิสัย และเนื่องจากการพิจารณากรอบกฎหมายดังกล่าวสำคัญต่อการจำกัดขอบเขตแห่งการบังคับใช้กฎหมาย จึงสำคัญต่อการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้ง ปัญหานี้จึงเป็นปัญหาเรื่อง “การให้คุณลักษณะแก่ข้อเท็จจริง” ซึ่งเป็นคนละปัญหาเกี่ยวกับปัญหาว่าข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งมีอยู่จริงหรือไม่

ศาลปกครองจะมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับ “การให้คุณลักษณะแก่ข้อเท็จจริง” และในกรณีนี้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของศาลได้เคลื่อนไปเป็นการควบคุมความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองเมื่อการให้คุณลักษณะแก่เหตุการณ์นั้น วางอยู่บนพื้นฐานของปัจจัยที่เป็นอ้อมวิสัยไม่ใช่ภาวะวิสัย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าแม้ศาลจะควบคุมความถูกต้องทางเนื้อหาสาระของเหตุผลก็จริง แต่ศาลก็เคยปฏิเสธไม่ควบคุมการให้คุณลักษณะแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องที่ศาลเห็นว่าฝ่ายปกครองควรมีอำนาจดุลพินิจกว้างขวาง ตัวอย่างเช่น ในกรณีการเนรเทศชาวต่างชาติ ศาลจะตรวจสอบว่าเหตุผลในการเนรเทศออกไปมีอยู่จริงหรือไม่ แต่ในสมัยนั้นศาลจะไม่เข้าไปควบคุมการให้คุณลักษณะแก่ข้อเท็จจริงว่า กรณีเช่นนั้นเป็นเหตุการณ์ที่โดยปกติแล้วจะทำลายความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ต่อมาศาลได้เปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาโดยศาลเคยแม้กระทั่งตรวจดูว่าเหตุผลของคำสั่งทางปกครอง

ที่อ้าง “ลักษณะเร่งด่วนอย่างเด็ดขาด” ขึ้นมานั้นเป็นจริงหรือไม่ แต่ศาลยังคงรักษาบทบาทเดิมในเรื่องเกี่ยวกับการให้คุณลักษณะแก่ข้อเท็จจริง เมื่อการให้คุณลักษณะนี้มาจากการตรวจสอบโดยใช้ความรู้พิเศษเฉพาะที่ศาลไม่มี เช่น การพิจารณาลักษณะความเป็นภัยต่อสาธารณสุขของผลิตภัณฑ์ยา หรือในกรณีของคำสั่งเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจ เป็นต้น วิธีการที่ศาลรักษาบทบาทเดิมในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับ “การให้คุณลักษณะแก่ข้อเท็จจริง” นั้น อาจเรียกได้ว่าเป็นการควบคุมขั้นต่ำ ซึ่งศาลจะไม่ไปควบคุมการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครอง แต่จะควบคุมเพียงการมีอยู่ของข้อเท็จจริงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นการควบคุมแบบขั้นต่ำก็ตาม ศาลก็ยังได้จำกัดอำนาจดุลยพินิจของฝ่ายปกครองโดยใช้อีกแนวความคิดหนึ่งซึ่งเรียกว่า “การทำคำวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจน” กล่าวคือ หากปรากฏว่าฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงนั้นผิดพลาดชัดเจนจนกระทั่งแม้แต่ผู้ที่ไม่มีความรู้พิเศษก็ยังสามารถยืนยันเช่นนั้นได้ ศาลก็จำเป็นต้องยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้น แนวความคิด “การทำคำวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจน” ได้ขยายไปสู่เรื่องต่างๆ ที่แต่ก่อนนั้นอยู่ในอำนาจดุลยพินิจของฝ่ายปกครองอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับการปราบปรามในเรื่องรุนแรงต่างๆ แต่การวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความผิดพลาดโดยชัดเจนของฝ่ายปกครองนั้น ศาลยังทำด้วยความสุขุมรอบคอบอย่างมาก ศาลค่อนข้างจะโลดโผนมากขึ้นในการใช้แนวคิดเรื่องการทำคำวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจนกับเรื่องเกี่ยวกับการตัดสินใจความพอดีของโทษทางวินัยที่มีต่อข้าราชการสำหรับความผิดที่เขาได้กระทำ ซึ่งทำให้ศาลสามารถยกเลิกโทษเมื่อเห็นว่าโทษนั้นหนักเกินสัดส่วนต่อความผิดที่ได้กระทำ<sup>29</sup>

#### 3.2.2.4 ผลของการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

เมื่อมีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลนับตั้งแต่วันที่มิคำสั่งยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้น และจะไม่กระทบต่อสิ่งต่างๆ ที่เกิดขึ้นมาแล้วจากผลของคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลไปในอนาคต

ส่วนการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผล โดยมีผลย้อนหลังไปในอดีตถึงวันที่ออกคำสั่งทางปกครองและถือว่าไม่เคยมีคำสั่งทางปกครองนั้นเกิดขึ้น ซึ่งมีผลในทางกฎหมาย คือ ฝ่ายปกครองต้องทำให้ผลที่เกิดขึ้นแล้วจากคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนหมดไปด้วย อย่างไรก็ตาม การใช้หลักการเพิกถอนมีผลย้อนหลังนี้อาจทำไม่ได้ในข้อเท็จจริงบางครั้ง กล่าวคือ เป็นไปไม่ได้ที่จะทำให้เกิดผลหรือทำลายผลที่เกิดขึ้นได้แล้ว เช่น คำสั่งห้ามการชุมนุมในวันใดวันหนึ่ง หรืออาจเป็นไปไม่ได้เนื่องจากเหตุทางกฎหมาย เช่น การเพิกถอนกฎเกณฑ์ด้านความสงบเรียบร้อยที่เป็นฐานในการพิพากษาลงโทษบุคคลไปแล้ว และคำพิพากษาลงโทษนั้นมี

<sup>29</sup> หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (น. 245-250). เล่มเดิม.

ผลผูกพันอย่างคำพิพากษา เป็นต้น และอาจทำไม่ได้เนื่องจากเงื่อนไขในทางปฏิบัติ เช่น กรณีเพิกถอนการแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยหลักการมีผลย้อนหลังนี้จะทำให้คำสั่งทุกชนิดของผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าพนักงานนั้นถูกเพิกถอนไปด้วย แต่ด้วยเหตุผลของการรักษาประโยชน์ในการส่งเสริมความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะของบุคคล ย่อมต้องหลีกเลี่ยงผลเช่นนั้น นอกจากนี้การเพิกถอนในประเทศฝรั่งเศสสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้หากส่วนของคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นสามารถแยกออกจากกันได้<sup>30</sup>

หลายกรณีที่หลักการเพิกถอนมีผลย้อนหลังสามารถกระทำได้ยาก บางครั้งการกระทำที่ถูกเพิกถอนเป็นจุดเริ่มต้นในการกระทำหลายๆ อย่าง ต่อๆ กันไป ซึ่งหากเพิกถอนการกระทำในครั้งแรกย่อมทำให้การกระทำต่อๆ มาเสียไปด้วย ในทางตรงข้ามการเพิกถอนคำสั่งแรกมีผลให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องทำคำสั่งอื่นๆ อีก ซึ่งหากไม่มีการกระทำในครั้งแรกแล้ว การกระทำอย่างอื่นยังคงได้กระทำต่อเนื่องกันไปแล้ว อย่างไรก็ตามสภาพการณ์อาจเป็นไปได้ลำบากกว่าเดิมเมื่อการกลับสู่สภาพเดิมของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้น ทำให้บุคคลที่สามต้องเสียประโยชน์ที่ตนเคยได้จากคำสั่งที่ถูกเพิกถอน เช่น เมื่อคำสั่งให้ออกจากตำแหน่งของข้าราชการถูกเพิกถอนข้าราชการผู้นั้นต้องกลับเข้ารับตำแหน่ง ได้รับเงินเดือนอย่างสมควร และมีผลกระทบต่อผู้ที่ได้รับคำสั่งแต่งตั้งให้มาดำรงตำแหน่งแทนในระหว่างที่คำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าวยังไม่ถูกเพิกถอน เป็นต้น ในบางครั้งแต่ไม่บ่อยนักที่สภาแห่งรัฐจะระบุไว้ในคำพิพากษาถึงแนวทางอย่างละเอียดให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติในการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งศาลสามารถระบุไว้ในคำสั่งถึงมาตรการที่ต้องกระทำอันเนื่องมาจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งอาจรวมถึงการกำหนดบทลงโทษไว้ในกรณีฝ่าฝืนคำสั่งด้วยก็ได้ และมีในบางครั้งที่ความยากลำบากจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นจะถูกแก้ไขโดยการเข้าแทรกแซงของฝ่ายนิติบัญญัติและการออกกฎหมายให้คำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นยังมีผลย้อนหลังอยู่ได้ ซึ่งการแก้ไขเช่นนี้อาจถูกโต้แย้งในทางทฤษฎี แต่ในบางครั้งมีความจำเป็นในทางปฏิบัติ<sup>31</sup>

### 3.3 มาตรการทางกฎหมายภายในประเทศ

#### 3.3.1 การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

เนื่องจากคำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในทางทฤษฎีถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งต้องมีกระบวนการพิจารณาและอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเช่นเดียวกับการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นเนื้อหาในเบื้องต้นของหัวข้อนี้จึงได้กล่าวถึงข้อพิจารณาเกี่ยวกับความ

<sup>30</sup> คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น.135-136). เล่มเดิม.

<sup>31</sup> หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (น. 255). เล่มเดิม.

สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองในเบื้องต้น ก่อนที่จะเข้าสู่หลักเกณฑ์การยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

### 3.3.1.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองย่อมชอบด้วยกฎหมาย หากคำสั่งทางปกครองนั้นสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นไปอย่างรุนแรงหรือเห็นประจักษ์ชัด หรือต้องด้วยเหตุแห่งความเป็นโมฆะที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน หรือหลักเกณฑ์ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ในกรณีอื่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ หรือแม้ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ แต่การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอย่างสมบูรณ์ อาจเกิดผลบางประการในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองตามมา ในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สามารถแยกการพิจารณาออกเป็นสองประการ คือ การพิจารณาในแง่แบบพิธี และการพิจารณาในแง่เนื้อหา<sup>32</sup>

การพิจารณาความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองในแง่แบบพิธีนั้น เป็นการพิจารณาในเรื่องกระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครอง แบบของคำสั่งทางปกครอง และการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

“ขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง” หมายถึง การต่างๆที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำหรือปฏิบัติก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ กฎหมายกำหนดขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นเพื่อประกันความเป็นธรรมให้แก่เอกชนที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองประการหนึ่ง และเพื่อประกัน "คุณภาพ" ของคำสั่งทางปกครองอันจะบังผลเป็นการเพิ่มพูนประสิทธิภาพของการบริหารราชการแผ่นดินอีกประการหนึ่ง ขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองที่สำคัญ ซึ่งอาจพบในกฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นหรือในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 ได้แก่ การริเริ่มออกคำสั่งทางปกครอง การอนุมัติหรือการเห็นชอบให้ออกคำสั่งทางปกครอง และการรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง

<sup>32</sup> จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น.47-48), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, 2554, กรุงเทพฯ: วิทยาลัยการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า.

เกี่ยวกับรูปแบบของคำสั่งทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ที่ไม่มีดุลพินิจที่จะเลือกทำคำสั่งทางปกครองตามที่เห็นสมควร แต่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นสำคัญ คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยรูปแบบอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดรูปแบบไว้เฉพาะแล้ว ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มีการระบุเหตุผลในคำสั่งทางปกครองใด เจ้าหน้าที่ไม่ได้ระบุเหตุผลในการออกคำสั่ง หรือระบุไว้แต่มีสาระสำคัญไม่ครบถ้วน เป็นการไม่กระทำตามรูปแบบซึ่งเป็นสาระสำคัญของการทำคำสั่งนั้น ก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้กระทำตามรูปแบบของคำสั่งนั้น เจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเยียวยาให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีดังต่อไปนี้ (1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ แก้ไขเยียวยาได้เมื่อมีการยื่นคำขอเช่นนั้น ในภายหลัง (2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลแต่ไม่ได้มีการแสดงหรือระบุเหตุผลนั้น แก้ไขเยียวยาได้เมื่อมีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง (3) การรับฟังคู่กรณีที่จะต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ แก้ไขเยียวยาได้เมื่อมีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง (4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน แก้ไขเยียวยาได้เมื่อเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง ทั้งนี้ กรณีที่ (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็ต้องเยียวยาก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น วิธีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองทั้งสี่กรณีดังกล่าว เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาแล้ว ย่อมทำให้เหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลไป และไม่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ได้อีก<sup>33</sup>

สำหรับการพิจารณาความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองในแง่เนื้อหา เป็นการพิจารณาในเรื่องความมีอำนาจในการใช้คำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจ ความถูกต้องของการใช้ดุลพินิจ ความชัดเจนของเนื้อหาความเป็นไปได้ทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง และความสอดคล้องของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองกับกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า

กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแต่ละฉบับไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับเพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายอะไรก็ได้ แต่ให้

<sup>33</sup> จาก การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง, (น.54-59), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามความต้องการ ส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า "ประโยชน์สาธารณะ" เท่านั้น เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกคำสั่งทางปกครองจึงมีสาระสำคัญอยู่สอง ประการ คือ ประการที่หนึ่ง เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อ ดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ และ ประการที่สอง เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะในด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้ด้วย การใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อประโยชน์เอกชน (Private Interest) ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งเอง หรือประโยชน์ส่วนตัวของสมัครพรรคพวกของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งแล้วแต่กรณีก็ดี การใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะอื่นนอกเหนือจากประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นก็ถือว่าเป็น "การใช้อำนาจโดยมิชอบ"

นอกจากกฎหมายฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจนั้นเองแล้ว กฎหมายที่เป็นเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ยังได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ฯลฯ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ฝ่ายปกครองกระทำการ รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ) หลักความเสมอภาค (หลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล) กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป บรรดากฎหมายเหล่านี้เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองโดยทั่วไป ไม่ว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจออกกฎ คำสั่งทางปกครอง คำสั่งอื่น หรือกระทำการอื่นใดก็ตาม ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย จะออกกฎ คำสั่งทางปกครอง คำสั่งอื่น หรือกระทำการอื่นใด โดยฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านี้ไม่ได้ อนึ่ง ในกรณีที่ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งอื่น หรือกระทำการอื่นใด ฝ่ายปกครองยังต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎที่ตนออกมาใช้บังคับอีกด้วย<sup>34</sup>

### 3.3.1.2 หลักเกณฑ์การยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

การยกเลิกและเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หมายถึง การลบล้างคำสั่งทางปกครองให้สิ้นผลไปในทางกฎหมายโดยองค์กรของรัฐ อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองอาจสิ้นผลลงได้ในหลายลักษณะ เช่น สิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลา โดยเงื่อนไข หรือโดยสภาพของเรื่องเพราะได้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แต่การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด คือ การสิ้นผลลงโดยเจตนาลบล้างโดยองค์กรของรัฐ โดยทั่วไปแล้วองค์กรของรัฐที่สามารถลบล้างคำสั่งทาง

<sup>34</sup> การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (น.60-67). เล่มเดิม.

ปกครองได้ ย่อมได้แก่องค์กรตุลาการ และองค์กรฝ่ายปกครอง การลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะใหญ่ๆ คือ ในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองและนอกกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง โดยการพิจารณาลบล้างคำสั่งทางปกครองนอกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจแสดงเจตนายกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเงื่อนไขในการลบล้างคำสั่งทางปกครอง หรือทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวสิ้นผลลงมีความแตกต่างกัน<sup>35</sup>

โดยทั่วไปแล้ว การลบล้างคำสั่งทางปกครอง ถือเป็นดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งหมายความว่าแม้จะมีเงื่อนไขในการลบล้างคำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะไม่ดำเนินการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองก็ได้ อนึ่ง คำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำสั่งยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน ดังนั้นโดยหลักแล้วคำสั่งดังกล่าวจึงผูกพันอยู่กับหลักความชอบด้วยกฎหมาย และอาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนต่อไปได้เช่นกัน<sup>36</sup>

เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ทั้งที่เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ว่าจะเป็นคำสั่งซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง หรือคำสั่งซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งก็ตาม แต่โดยที่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มีผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้รับคำสั่งและหรือของบุคคลภายนอกแตกต่างกัน การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งเป็นการทรยศต่อความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งในความคงอยู่ของคำสั่งไม่มากนักน้อย ดังนั้น กฎหมายจึงได้บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้แตกต่างกัน ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ประโยชน์สาธารณะที่จะพึงเกิดขึ้นจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หลักการคุ้มครองความมั่นคงในนิติฐานะ และความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นประกอบกัน<sup>37</sup>

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยที่การพิจารณาวินิจฉัยว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยจำต้องวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนเป็นคำสั่งที่ชอบ

<sup>35</sup> กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.73-74). เล่มเดิม.

<sup>36</sup> แหล่งเดิม.

<sup>37</sup> แหล่งเดิม.

ด้วยกฎหมายหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นลำดับแรก จากนั้นจึงค่อยวินิจฉัยว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นไปโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่เป็นลำดับต่อมา

การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้เองหรือโดยคู่กรณีมีคำขอก็ได้ แต่การยกเลิกหรือเพิกถอนกระทำได้อย่างง่ายเพียงใดขึ้นอยู่กับว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์หรือเป็นภาระกับผู้รับคำสั่งทางปกครอง และสภาพความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว กรณีจึงอาจแยกหลักเกณฑ์การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ได้เป็น 4 กรณีดังต่อไปนี้

1. การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของผู้รับคำสั่ง เช่น คำสั่งลงโทษข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐทางวินัย คำสั่งลงโทษนักเรียน นิสิต นักศึกษาทางวินัย คำสั่งให้ข้าราชการออกจากราชการ การปฏิเสธคำขอใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ประกอบกิจการหรือกระทำการต่างๆ คำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต พักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพ ประกอบกิจการหรือกระทำการต่างๆ คำสั่งบังคับให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นการกระทำต่างๆ และบรรดาคำสั่งทางปกครองอื่นใดที่กำหนดหน้าที่หรือสร้างภาระหน้าที่ให้แก่บุคคล เป็นต้น

เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งเสียทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะกำหนดให้ผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตก็ได้ ตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>38</sup> อำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้เป็นอำนาจดุลพินิจ ซึ่งหมายความว่าถ้าฟังแต่เฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่าคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกไปนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ยังไม่มีผลเป็นการบังคับให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแต่

<sup>38</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 50 บัญญัติว่า

“คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ แต่ถ้าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับ การเพิกถอนต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 51 และมาตรา 51”

อย่างไรก็ตาม บุคคลผู้รับคำสั่งที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีสิทธิอุทธรณ์ได้แย้งตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นๆ หรือตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การอุทธรณ์ได้แย้งไว้ และหากบุคคลผู้รับคำสั่งยังไม่พอใจผลการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ บุคคลดังกล่าวก็มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้ ในกรณีที่บุคคลผู้รับคำสั่งอุทธรณ์ได้แย้งคำสั่งทางปกครอง และปรากฏในชั้นพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกไปนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาลแล้วแต่กรณีมีหน้าที่ที่จะต้องแสดงเจตนาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น<sup>39</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งนั้น มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนหรืออย่างร้ายแรง ซึ่งการคงไว้ของคำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจยอมรับได้ เมื่อความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวปรากฏขึ้น เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว ต้องทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเสีย และการที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดเจนหรืออย่างร้ายแรงดังกล่าว โดยอ้างว่าล่วงพ้นระยะเวลาที่คู่กรณีอาจอุทธรณ์หรือได้แย้งหรือฟ้องคดีต่อศาลได้แล้ว เข้าข่ายเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริตของฝ่ายปกครอง<sup>40</sup>

2. การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดแก่บุคคล คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการก่อตั้งสิทธิให้แก่บุคคล เช่น การอนุญาต การอนุมัติ การรับจดทะเบียน และคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการรับรองสิทธิหรือสถานภาพของบุคคล เช่น การรับรองสัญชาติไทย เป็นต้น

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งนั้น แม้โดยหลักแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้ผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตก็ได้ อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นประจักษ์ว่า หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอย่างไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัดแล้ว ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง กรณีจึงต้องจำกัดอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการ

<sup>39</sup> กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.77). เล่มเดิม.

<sup>40</sup> การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (น.68). เล่มเดิม.

ให้ประโยชน์ ตลอดจนกำหนดค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไว้  
ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ  
ประโยชน์ที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับว่าเป็นประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์  
ที่แบ่งแยกได้ หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่ใช่เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้<sup>41</sup>

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับ  
คำสั่งอยู่ในบังคับของหลักกฎหมายที่สำคัญสองหลัก ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการ  
กระทำทางปกครอง และหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความ  
คงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง หลักกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับขัดหรือแย้งกันโดยหลักความชอบ  
ด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองบังคับให้ต้องมีการฟื้นฟูความชอบด้วยกฎหมายของการ  
กระทำดังกล่าวซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่  
ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคง  
อยู่ของคำสั่งทางปกครองเรียกร้องให้ต้องคุ้มครองความเชื่อดังกล่าว ดังนั้น จึงต้องคงไว้ซึ่งคำสั่งทาง  
ปกครองนั้น แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ด้วยเหตุนี้มาตรา 51 และมาตรา  
52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (ดูรายละเอียดในภาคผนวก) จึงได้  
บัญญัติไว้ว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับ  
คำสั่งต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น  
กับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน ซึ่งหมายความว่า ในการพิจารณาว่าสมควรเพิกถอนคำสั่งทาง  
ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งหรือไม่ และในกรณีที่สมควร  
เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นสมควรเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน และสมควรให้การเพิกถอน  
คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดนั้น เจ้าหน้าที่  
ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องชั่งตรองดูว่าประโยชน์สาธารณะที่จะพึง  
เกิดขึ้นจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นมีมากหรือน้อยกว่าความเสียหายที่การเพิกถอนคำสั่ง  
ทางปกครองนั้นจะก่อให้เกิดแก่ผู้รับคำสั่งที่เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น  
เพียงใด แล้วตัดสินใจดำเนินการตามผลของการชั่งน้ำหนักประโยชน์ทั้งสองฝ่ายดังกล่าว โดยในการ  
ชั่งน้ำหนักประโยชน์ทั้งสองฝ่ายเช่นนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง  
ชอบที่จะพิจารณาจากความร้ายแรงของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจทำ  
ให้ประโยชน์สาธารณะที่จะพึงเกิดขึ้นจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีน้ำหนักมากกว่าความ  
เสียหายที่จะเกิดแก่ผู้รับคำสั่งที่เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งชอบที่จะ

<sup>41</sup> กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.78). เล่มเดิม.

พิจารณาระยะเวลาดั้งแต่วันที่ออกคำสั่ง ทางปกครองจนถึงวันที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองด้วย หากระยะเวลาตั้งแต่วันที่ออกคำสั่งทางปกครองจนถึงวันที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนานมากหรือขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองมีความยุ่งยากและซับซ้อนมาก อาจทำให้ความเสียหายที่จะเกิดแก่ผู้รับคำสั่งที่เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์สาธารณะที่จะพึงเกิดจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ตนได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งมีความเชื่อเช่นนั้นจริงๆ และผู้รับคำสั่งจะเกิดความเชื่อเช่นนั้นได้ก็ต่อเมื่อได้ทราบถึงความมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว เช่น ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้นตามวิธีการแจ้งที่กฎหมายกำหนดแล้ว ในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งไม่ว่าจะเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้หรือเป็นการให้ประโยชน์อย่างอื่นที่มีวิธีการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้จะอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ได้

กรณีที่หนึ่ง ผู้รับคำสั่งได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งหมายความว่า การออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งเกิดจากการกระทำดังกล่าวของผู้รับคำสั่งเอง

กรณีที่สอง ผู้รับคำสั่งได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ ซึ่งหมายความว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเกิดจากความผิดของผู้รับคำสั่งเองที่ได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ ทั้งนี้โดยมิพ้องต้องกันว่า ผู้รับคำสั่งได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความไม่ถูกต้องหรือความไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญของข้อความที่ใดให้แก่เจ้าหน้าที่หรือไม่ แต่ถ้าความไม่ถูกต้องหรือความไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญของข้อความที่ผู้รับคำสั่งให้แก่เจ้าหน้าที่เกิดจากความผิดของเจ้าหน้าที่ เช่น เกิดจากแบบฟอร์ม คำขอที่เจ้าหน้าที่จัดไว้ให้ผู้ยื่นคำขอกรอกข้อความ กรณีก็ไม่อาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ อนึ่ง แม้แต่ในกรณีที่ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญอันเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดจากความผิดของผู้รับคำสั่งเองและของ

เจ้าหน้าที่ประกอบกัน ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นก็ไม้อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นได้เช่นกัน

กรณีที่สาม ผู้นั้นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับทราบคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

นอกจากนั้น ความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ตนนี้จะได้รับความคุ้มครอง ต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง หรือ ได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี เช่น ผู้รับทุนการศึกษาได้ใช้เงินทุนที่ได้รับไปเพื่อการศึกษาแล้ว ข้าราชการซึ่งได้รับอนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้านได้ทำสัญญาเช่าบ้านกับผู้ให้เช่าแล้ว ผู้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารได้ทำสัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารตามแบบแปลนที่ได้รับอนุญาตและหรือได้ลงมือก่อสร้างแล้ว ฯลฯ ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้โดยให้มีผลย้อนหลังนั้นผู้รับคำสั่งนั้น ต้องคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไป โดยถ้าผู้รับคำสั่งอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ การคืนต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้าผู้รับคำสั่งไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงินทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวน ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ในลักษณะอื่นที่มีใช้การให้เงิน ให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ผู้รับคำสั่งที่ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ แต่ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น ทั้งนี้ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นชอบที่จะแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทราบถึงสิทธิดังกล่าวพร้อมกับการแจ้งให้เขาทราบถึงการเพิกถอนนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนี้ ต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน<sup>42</sup>

<sup>42</sup> การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (น.69-73). เล่มเดิม.

3. การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์อาจถูกองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วนได้ โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องยกเลิกให้มิผลในปัจจุบัน หรือมีผลในอนาคตเท่านั้น จะยกเลิกย้อนหลังไปในอดีตไม่ได้ และกรณีจะเป็นประการใดก็ตาม การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งไม่อาจกระทำได้ในกรณีต่อไปนี้ 1. เป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องทำคำสั่งทำนองเดียวกันนั้นอีก กรณีเช่นนี้เป็นกรณีที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ ทั้งสิ้นจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง หรือ 2. เป็นกรณีที่การยกเลิกไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุอื่น เช่น มีกฎหมายเฉพาะกำหนดเงื่อนไขแห่งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระไว้เป็นพิเศษ และเงื่อนไขดังกล่าวมีอยู่ไม่ครบถ้วน ทั้งนี้ ตามมาตรา 53 วรรคหนึ่ง<sup>43</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

โดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการสร้างภาระอาจถูกยกเลิกได้ในกรณีที่สภาพการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปหลังจากที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว แต่ยังคงถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าว นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเวลาที่ใช้ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง คือ เวลาที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น<sup>44</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะมีดุลพินิจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควรก็ตาม แต่มีบางกรณีที่ดุลพินิจดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองลดลงเป็น "ศูนย์" กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีหน้าที่ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น เจ้าพนักงานการพิมพ์ได้ออกคำสั่งห้ามจำหน่ายหนังสือเล่มหนึ่ง เนื่องจากหนังสือเล่มนั้นเป็นอันตรายต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ต่อมาได้มีการแก้ไขหนังสือเล่มนั้น เสียใหม่โดยตัดข้อความหรือภาพที่มีลักษณะ

<sup>43</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 53 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มิผลตั้งแต่วันที่เพิกถอนหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่คงต้องทำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกันนั้นอีก หรือเป็นกรณีที่การเพิกถอน ไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุอื่น ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลภายนอกประกอบด้วย”

<sup>44</sup> กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.85-86). เล่มเดิม.

เป็นอันตรายต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนออกไป ดังนั้น เมื่อผู้พิมพ์ผู้โฆษณาหนังสือเล่มนั้นร้องขอเจ้าพนักงานการพิมพ์มีหน้าที่ต้องเพิกถอนคำสั่งห้ามจำหน่ายหนังสือเล่มนั้น เพราะการคงไว้ซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นของประชาชน และเป็นการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในบางกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลภายนอกประกอบด้วย และเมื่อได้คำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลภายนอกแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นก็ก็ได้ เช่น ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมได้ออกคำสั่งให้ผู้ประกอบกิจการ โรงงานแห่งหนึ่งหยุดกิจการ โรงงานทั้งหมดเป็นการชั่วคราว และปรับปรุงแก้ไขโรงงานนั้นเสียใหม่ภายในระยะเวลาที่กำหนด เนื่องจากโรงงานปล่อยน้ำเสียลงลำคลองสาธารณะก่อให้เกิดความเดือดร้อนอย่างร้ายแรงแก่ประชาชนที่อาศัยอยู่ริมลำคลองสาธารณะ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าสมควรเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวหรือไม่ ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมต้องคำนึงถึง ประโยชน์ของประชาชนที่อาศัยอยู่ริมลำคลองสาธารณะประกอบด้วย และเมื่อได้คำนึงถึง ประโยชน์ของประชาชนที่อาศัยอยู่ริมลำคลองสาธารณะแล้ว ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมย่อมไม่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้เพราะการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวทำให้การประกอบกิจการ โรงงานที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนอย่างร้ายแรงแก่ประชาชนดำเนินต่อไปได้<sup>45</sup>

4. การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

ถ้าในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งก็ยังคงต้องคำนึงถึงหลักการเช่นนั้น และในกรณีหลังนี้ผลบังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองกับผลบังคับของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองมิได้ขัดหรือแย้งกัน แต่เสริมกันจนทำให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์เป็นไปได้อย่างกว้าง

<sup>45</sup> การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (น.74-76). เล่มเดิม.

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง การจะยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงต้องมีกฎหมายที่เคร่งครัด<sup>46</sup> กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามเหตุที่มาตรา 53 วรรคสอง (ดูรายละเอียดในภาคผนวก) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติไว้ และไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ตาม การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น กล่าวคือ ได้รู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้นั่นเอง คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่มีผลย้อนหลัง หรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

กรณีทีหนึ่ง ผู้รับคำสั่งทางปกครองมิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ วัตถุประสงค์ของการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้นั้น เช่น ทางราชการให้ทุนการศึกษาแก่ค่าเพื่อไปศึกษาต่อในระดับปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ ณ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่เมื่อระยะเวลาอันสมควรได้ล่วงพ้นไปแล้ว คำยังมีได้เดินทางไปศึกษาต่อหรือค่าได้เดินทางไปประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว แต่ได้สมัครเข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาโท สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ ดังนี้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการให้ทุนการศึกษาหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจเพิกถอนการให้ทุนการศึกษาแก่ค่าได้

กรณีที่สอง ผู้ได้รับประโยชน์ (ผู้รับคำสั่งทางปกครอง) มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง โดย "เงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง" ในที่นี้มีความหมายเช่นเดียวกับ "เงื่อนไข" ในมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งบัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า "การออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น" และในวรรคสองว่า "การกำหนดเงื่อนไขตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในกรณีดังต่อไปนี้ตามความเหมาะสมแก่กรณีด้วย (1) การกำหนดให้สิทธิหรือภาระหน้าที่เริ่มมีผลหรือสิ้นสุด ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง (2) การกำหนดให้การเริ่มมีผลหรือสิ้นสุดของสิทธิหรือภาระหน้าที่ต้องขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน (3) ข้อสงวนสิทธิที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครอง (4) การกำหนดให้ผู้ได้รับประโยชน์ต้องกระทำหรืองดเว้น

<sup>46</sup> กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (น.87). เล่มเดิม.

กระทำหรือต้องมีภาระหน้าที่หรือยอมรับภาระหน้าที่หรือความรับผิดชอบบางประการ หรือการกำหนดข้อความในการจัดให้มีเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มข้อกำหนดดังกล่าว โดยความในมาตรา 53 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า "ทั้งนี้ให้นำความในมาตรา 51 มาใช้บังคับโดยอนุโลม" หมายความว่า ในกรณีที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ โดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ไปต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ในลักษณะอื่นที่มีใช้การให้เงิน ให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ มาตรา 53 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลตั้งแต่ขณะที่เพิกถอนหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ และจะกระทำได้เฉพาะแต่ในกรณีดังต่อไปนี้

กรณีที่หนึ่ง มีกฎหมายกำหนดให้เพิกถอนได้หรือมีข้อสงวนสิทธิให้เพิกถอนได้ในคำสั่งทางปกครองนั่นเอง กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ในลักษณะอื่นที่มีใช้การให้เงิน ให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ตัวอย่างเช่น มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2446 บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้โดยให้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำผิด ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติ หรือเมื่อสถานบริการใดดำเนินกิจการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้มีการมั่วสุม เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในสถานบริการ หรือดำเนินกิจการสถานบริการโดยไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติหรือกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้

กรณีที่สอง คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติ แต่ไม่มีการปฏิบัติภายในเวลาที่กำหนด ทั้งนี้โดยมีพักต้องคำนึงว่าการที่ผู้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดเป็นเพราะความผิดของผู้รับหรือไม่ เช่น เจ้าท่าออกใบอนุญาตให้เอกก่อสร้างท่าเทียบเรือโดยได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วางข้อกำหนดผนวกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไว้ว่าต้องก่อสร้างกำแพงคอนกรีตเสริมเหล็กป้องกันคลื่นบริเวณท่าเทียบเรือพัง ทั้งนี้ ก่อนเปิดใช้ท่าเทียบเรือ ปรากฏว่า เมื่อสร้างท่าเทียบเรือแล้วเสร็จและ

เปิดใช้แล้ว แต่ยังไม่ได้ออกสร้างกำแพงคอนกรีตเสริมเหล็กป้องกันคลังบริเวณท่าเทียบเรือพัง ดังนั้นเจ้าท่าจะเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างท่าเทียบเรือเสียก็ได้ แม้ว่าการที่ยังไม่ได้ก่อสร้างกำแพงคอนกรีตเสริมเหล็กป้องกันคลังบริเวณท่าเทียบเรือพังนั้นจะไม่สร้างความผิดของผู้รับคำสั่งก็ตาม

กรณีที่สาม ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปซึ่งหากมีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เช่นนี้ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่คงไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้ เช่น บริษัท ก. จำกัด ได้รับสัมปทานทำไม้หวงห้ามในป่าแห่งหนึ่ง ในระหว่างอายุสัมปทานปรากฏว่าไฟไหม้ป่าในบริเวณใกล้เคียงเขตสัมปทานของบริษัท ก. จำกัด เป็นเหตุให้ต้นไม้ในป่าเหลือน้อยกว่าที่ควรจะมีมาก ดังนั้นจะเพิกถอนสัมปทานที่ให้แก่บริษัท ก. จำกัด เสียก็ได้

กรณีที่สี่ บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีบทกฎหมายเช่นนี้ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่การเพิกถอนในกรณีนี้ให้กระทำได้เท่าที่ผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้ เช่นเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารคอนกรีตเสริมเหล็กสูงเจ็ดชั้น หลังจากนั้นไม่นานได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบัญญัติท้องถิ่นโดยข้อบัญญัติท้องถิ่นที่แก้ไขใหม่ห้ามมิให้ก่อสร้างอาคารสูงเกินห้าชั้น ดังนี้ หากยังไม่ได้ลงมือก่อสร้างอาคาร และถ้าปล่อยให้ก่อสร้างอาคารตามที่ได้รับอนุญาตจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อทัศนียภาพของเมืองซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะ เจ้าพนักงานท้องถิ่นย่อมมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารนั้นเสียได้

กรณีที่ห้า อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว เช่น เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารออกใบอนุญาตให้บริษัท ส. จำกัด ก่อสร้างอาคารโรงแรมขนาดใหญ่บนที่ดินแปลงหนึ่ง ระหว่างการก่อสร้างพบว่าที่ดินในบริเวณนั้นเป็นโบราณสถานที่มีคุณค่าทางโบราณคดี ซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นย่อมมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารนั้นได้ ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ในลักษณะอื่นที่มีใช้การให้เงิน ให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้เพราะเหตุตามกรณีที่สาม กรณีที่สี่ และกรณีที่ห้า ผู้ได้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น และต้องนำมาตรา 52 มาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือ ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอน ทั้งนี้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองชอบ

ที่จะแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทราบถึงสิทธิดังกล่าวพร้อมกับการแจ้งให้เขาทราบถึงการเพิกถอนนั้นด้วย โดยค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน<sup>47</sup>

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักเกณฑ์การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามระบบกฎหมายไทยนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์โดยพิจารณาจากสภาพความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และคุณลักษณะของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการให้ประโยชน์กับผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นหลักในการพิจารณา ทั้งนี้ หากคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นภาระหรือไม่ให้ประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตก็ได้ หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นภาระหรือไม่ให้ประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมยกเลิกหรือเพิกถอนได้แต่จะให้มีผลย้อนหลังไม่ได้ ทั้งยังไม่อาจเพิกถอนได้ถ้าการเพิกถอนนั้นทำให้ต้องออกคำสั่งเช่นเดิมใหม่ หรือการเพิกถอนจะกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของบุคคลภายนอกอย่างมีนัยสำคัญ หากคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการให้ประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองย่อมยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตก็ได้ แต่การวินิจฉัยว่าสมควรเพิกถอนหรือไม่ และให้มีผลย้อนหลังไปแค่ไหนเพียงใดนั้น ต้องคำนึงถึงการคุ้มครองความเชื่อถือโดยสุจริตในคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครองกับประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย และหากคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและให้ประโยชน์กับผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองจะยกเลิกหรือเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังไม่ได้ และจะกระทำได้ภายใต้เงื่อนไข 5 ประการ ได้แก่ 1. เมื่อมีกฎหมายหรือข้อสงวนสิทธิให้เพิกถอนได้ 2. ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามใดๆ ภายในเวลาตามที่คำสั่งทางปกครองนั้นกำหนดไว้ 3. ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงนั้นในขณะออกคำสั่งทางปกครองแล้วฝ่ายปกครองคงไม่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น และการไม่เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ 4. บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปซึ่งหากมีบทกฎหมายนั้นในขณะออกคำสั่งทางปกครองแล้วฝ่ายปกครองคงไม่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น และผู้รับคำสั่งทางปกครองยังไม่ได้รับหรือยังไม่ได้ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งการไม่เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ 5. การให้คำสั่งทางปกครอง

<sup>47</sup> การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (น.76-84). เล่มเดิม.

ดังกล่าวมีผลต่อไปจะเกิดความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกันหรือกำจัดเหตุเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ใช้บังคับโดยตรงกับกรณีที่ฝ่ายปกครองพิจารณายกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หากได้ใช้บังคับในกรณีที่มีการฟ้องศาลให้ตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วยไม่ ศาลจึงอาจมีคำพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังได้แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์กับผู้รับคำสั่งทางปกครอง ตามอำนาจหน้าที่ของศาลที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลนั้น โดยอาจไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นแต่อย่างใดเลยก็ได้<sup>48</sup>

3.3.2 อำนาจในการขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 14

แนวความคิดในการปฏิรูปการเมืองในช่วงปีพุทธศักราช 2540 ได้ก่อให้เกิดการจัดตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นกลไกในด้านต่างๆ ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งที่ได้จัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 (ปัจจุบันเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552) มีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเน้นการควบคุมความเป็นธรรมและความเหมาะสม เช่น การปฏิบัติหน้าที่ที่ล่าช้าหรือมีขั้นตอนมากเกินไป การใช้อำนาจที่ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม เป็นต้น โดยผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรที่ถือเป็นส่วนเสริมที่มุ่งเน้นในด้านควบคุมการใช้อำนาจด้วยความเป็นธรรมและความเหมาะสม ซึ่งไม่ซ้ำซ้อนกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น โดยเฉพาะคณะกรรมการป.ป.ช. ที่มุ่งควบคุมตรวจสอบพฤติกรรมทุจริตและประพฤติมิชอบ และร่ำรวยผิดปกติ<sup>49</sup>

<sup>48</sup> แหล่งเดิม.

<sup>49</sup> จาก “ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา“, โดย ชูเกียรติ รัตนชัยชาญ, *วารสารกฎหมาย*, 19(1),

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 13<sup>50</sup> ได้กำหนดอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปของผู้ตรวจการแผ่นดินไว้ โดยมีอำนาจในการพิจารณาสอบสวนข้อเท็จจริง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรมไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม รวมถึงการตรวจสอบการละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรในกระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้ผู้ตรวจการแผ่นดินยังมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ติดตาม ประเมินผล และจัดทำข้อเสนอแนะในการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงตลอดถึงข้อพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และรายงานผลการตรวจสอบและผลการปฏิบัติหน้าที่พร้อมข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาทุกปี

<sup>50</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 13 บัญญัติว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี

(ก) การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น

(ข) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

(ค) การตรวจสอบการละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรในกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ไม่รวมถึงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล

(ง) กรณีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

(2) ดำเนินการเกี่ยวกับจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

(3) ติดตาม ประเมินผล และจัดทำข้อเสนอแนะในการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงตลอดถึงข้อพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีที่เห็นว่าจำเป็น

(4) รายงานผลการตรวจสอบและผลการปฏิบัติหน้าที่พร้อมข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาทุกปี ทั้งนี้ ให้ประกาศรายงานดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาและเปิดเผยต่อสาธารณะด้วย

การใช้อำนาจหน้าที่ตาม (1) (ก) (ข) และ (ค) ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินดำเนินการเมื่อมีการร้องเรียน เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวม หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจพิจารณาและสอบสวนโดยไม่มีการร้องเรียนได้”

นอกจากอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปของผู้ตรวจการแผ่นดินดังกล่าวข้างต้นแล้ว อำนาจสำคัญอีกประการหนึ่งของผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ อำนาจในการขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 14<sup>51</sup> ที่กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ตรวจสอบพบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และในกรณีที่ทำการตรวจสอบการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายแล้วพบว่ากฎข้อบังคับ ระเบียบ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยกฎ ข้อบังคับ ระเบียบ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นๆ ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 43<sup>52</sup> ได้กำหนดหลักการที่สอดคล้องกัน โดยบัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่า การกระทำใดๆ ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี

จุดประสงค์ประการหนึ่งของการกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นจุดประสงค์ที่ต้องการกำจัดผลกระทบและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีความสอดคล้องกับอำนาจในการยกเลิกหรือเพิกถอนเอกสารสิทธิหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

---

<sup>51</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 14 บัญญัติว่า  
“ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีการผิด ดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่ชักช้า เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

(2) กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามมาตรา 13 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองโดยไม่ชักช้า เพื่อให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัย”

<sup>52</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 43 บัญญัติว่า  
“ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่ากฎหมายหรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ ในการเสนอความเห็นดังกล่าวผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42”

ตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 การศึกษาถึงแนวทางการใช้อำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินในการขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาหาแนวทางและรูปแบบที่ส่งเสริมการยกเลิกหรือเพิกถอนเอกสารสิทธิหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือโดยทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง มีข้อพิจารณาที่น่าสนใจ ดังนี้<sup>53</sup>

(ก) เรื่องหรือการกระทำทางปกครองที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอให้ศาลปกครองพิจารณา อาจเป็นเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินดำเนินการสอบสวนตามที่มีผู้ยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ตามมาตรา 13 (1) (ก) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 หรือเป็นเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินดำเนินการสอบสวนเองเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ตามมาตรา 13 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินทำการสอบสวนตามคำร้องเรียนนั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ได้ผูกพันตามเหตุผลของผู้ร้องเรียนแต่อย่างใด เช่น หากมีผู้ยื่นคำร้องว่าหน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งออกคำสั่งทางปกครองโดยมิชอบเพราะผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่เป็นกลาง ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยมิชอบด้วยเหตุอื่นก็ได้ เช่น การไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้งหรือแสดงข้อเท็จจริงเพียงพอ การไม่ระบุเหตุผลในคำสั่งทางปกครองไม่เพียงพอ เป็นต้น

(ข) เรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะร้องขอต่อศาลปกครองพิจารณาได้ต้องเป็นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามมาตรา 9 (ดูรายละเอียดในภาคผนวก) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย หากเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแล้ว แม้เป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองก็ย่อมไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาได้ ดังเช่นกรณีตามคำวินิจฉัยของศาล

<sup>53</sup> สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “อำนาจหน้าที่ และการประสานงานระหว่างผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภากับศาลปกครอง” (รายงานผลวิจัย) ทูลสนับสนุนศาลปกครอง, ธันวาคม 2544, น.143-167

รัฐธรรมนูญที่ 24/2543<sup>54</sup> ว่าระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 2554 ข้อ 3 และ ข้อ 6 ทวิ ของระเบียบดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็น “กฎ” ขององค์กรอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การควบคุม ของศาลปกครอง เพราะรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาเฉพาะกรณีที่เป็นข้อ พิพาทระหว่างองค์กรของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ใช่หน่วยงานที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลแต่ อย่างไม่ใด กฎของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

(ค) ในกรณีที่ประชาชนมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองว่า ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองได้พิพากษายกฟ้องคดีดังกล่าวแล้ว หากบุคคลนั้น นำประเด็นตามคำร้องดังกล่าวมาร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน และผู้ตรวจการแผ่นดินได้นำเสนอ ประเด็นดังกล่าวต่อศาลปกครองให้พิจารณาพิพากษา ย่อมเป็นที่ถือว่าเป็นการฟ้องซ้ำ<sup>55</sup>

(ง) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 วรรคสอง<sup>56</sup> ซึ่งกำหนดให้การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเกี่ยวกับเรื่องใด หากมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนเฉพาะ สำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนและเสียหายเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้แล้ว ต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่ กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้เสียก่อน และเมื่อไม่ได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือสั่งการโดยไม่

<sup>54</sup> จาก ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (น.112-113), โดย บรรเจิด สิงคนดี, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน .

<sup>55</sup> รายงานการประชุมหารือเพื่อวางแนวทางในการประสานงานและปฏิบัติงานร่วมกันระหว่าง สำนักงานศาลปกครองกับสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน วันพฤหัสบดีที่ 16 สิงหาคม 2544 ห้องประชุม 1 ชั้น 3 สำนักงานศาลปกครอง, น. 8-9

<sup>56</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 บัญญัติว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อัน เนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้ง เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือ บรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมี สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่อง ใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการ ดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่ กฎหมายนั้นกำหนด”

ถูกต้องตามกฎหมายนั้น หรือ ไม่มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร จึงจะนำเรื่องดังกล่าวฟ้องต่อศาลปกครองได้ กรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นข้อพิจารณาว่าผู้ตรวจการแผ่นดินต้องปฏิบัติตามความในมาตรา 42 วรรคสอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่

ในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน เพราะกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนเฉพาะสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนและเสียหายเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้แล้ว ก็คือกรณีที่กฎหมายได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งเงื่อนไขประการหนึ่งของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง คือ ผู้อุทธรณ์ต้องเป็น “คู่กรณี” และเมื่อมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>57</sup> ได้กำหนดความหมายของคู่กรณีว่าต้องเป็นผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งปกครองที่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ได้เป็นผู้รับคำสั่งโดยตรง จึงไม่ทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีฐานะเป็นคู่กรณีไปได้ ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะเป็นผู้อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้ หรือไม่สามารถที่จะดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนและเสียหายนั่นเอง

ปัญหาที่ต้องพิจารณาในประเด็นต่อไป คือ หากผู้ตรวจการแผ่นดินไม่อยู่ในฐานะที่จะอุทธรณ์ได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินจะสามารถร้องขอต่อศาลปกครองให้พิจารณาคความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้หากตีความว่าผู้ตรวจการแผ่นดินไม่สามารถร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เพราะไม่อาจอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองได้แล้ว ย่อมทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่อาจร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อประชาชนได้เลย แต่หากตีความว่าการร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นข้อยกเว้นของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง

<sup>57</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง 2539 มาตรา 5 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้

คู่กรณี หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองเนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครอง”

และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ย่อมทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้แม้จะมีได้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ตาม ในประเด็นนี้เห็นว่าถ้าผู้ตรวจการแผ่นดินไม่สามารถร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเพราะไม่ได้อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้ว จะทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่สามารถอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 และมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาใช้ในการร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ในทุกกรณี และไม่สมดังเจตนารมณ์ของบทกฎหมายที่ประสงค์ให้มีกลไกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของผู้ตรวจการแผ่นดินและศาลปกครอง จึงเห็นว่าผู้ตรวจการแผ่นดินไม่จำเป็นต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็สามารถร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้ เพราะกฎหมายประสงค์จะให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและรัฐ และผู้ตรวจการแผ่นดินมิใช่ผู้เสียหายหรือจะถูกกระทบสิทธิต่อคำสั่งทางปกครองโดยตรง จึงไม่มีความจำเป็นต้องขอให้ฝ่ายปกครองทบทวนคำสั่งทางปกครองเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนเสียหาย แต่เป็นผู้มีสิทธิเสมือนผู้เสียหายในการร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐ ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงสามารถร้องขอหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองได้แม้ไม่มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ตาม<sup>58</sup>

(จ) กรณีที่ผู้เดือดร้อนเสียหายจากคำสั่งทางปกครองและผู้ตรวจการแผ่นดินได้เสนอเรื่องต่อศาลปกครองให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยมูลกรณีเดียวกัน ในกรณีนี้ หากเหตุผลที่กล่าวอ้างของผู้เดือดร้อนเสียหายแตกต่างกับผู้ตรวจการแผ่นดิน ศาลปกครองต้องพิจารณาเหตุผลของทั้งสองฝ่ายจะถือคำฟ้องของฝ่ายใดเป็นคำฟ้องหลักก็ได้เพราะผู้ฟ้องคดีต่างมีสิทธิในการฟ้องคดีทั้งคู่ และแม้ผู้ฟ้องคดีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดถอนฟ้องก็จะไม่กระทบต่อสิทธิการฟ้องคดีของอีกฝ่าย เพราะแม้ผู้เดือดร้อนเสียหายจะไม่ตั้งใจเอาความแล้ว แต่ผลการฟ้องคดีของผู้ตรวจการแผ่นดินอาจนำมาซึ่งการปรับปรุงแก้ไขกฎอันเป็นที่มาของคำสั่งทางปกครอง หรือมาตรฐานและแนวทางการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นๆ อย่างไรก็ตามหากเป็นคดีละเมิด

---

<sup>58</sup> รายงานการประชุมหรือเพื่อวางแนวทางในการประสานงานและปฏิบัติงานร่วมกันระหว่างสำนักงานศาลปกครองกับสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน วันพฤหัสบดีที่ 16 สิงหาคม 2544 ห้องประชุม 1 ชั้น 3 สำนักงานศาลปกครอง หน้า 7

ของฝ่ายปกครองที่ได้ฟ้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนแล้ว หากผู้เดือดร้อนเสียหายได้ถอนฟ้องคดีแล้ว คำฟ้องของผู้ตรวจการแผ่นดินอาจตกไปด้วยหากการดำเนินคดีดังกล่าวไม่ได้มีผลประโยชน์สาธารณะรวมอยู่ด้วย แต่การฟ้องคดีละเมิดของฝ่ายปกครองประเภทนี้ก็เป็นปัญหาว่าอำนาจฟ้องคดีของผู้ตรวจการแผ่นดินจะครอบคลุมไปถึงหรือไม่

(จ) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องอายุความสะดุดหยุดอยู่ในกรณีที่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินก่อนมีการฟ้องต่อศาลปกครอง กรณีที่อายุความที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองจะสะดุดหยุดอยู่นั้น ได้กำหนดไว้ในมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539<sup>59</sup> ว่ากรณีที่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรือยื่นให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์วินิจฉัยชี้ขาด ให้อายุความสะดุดหยุดอยู่ไม่นับในระหว่างนั้นจนกว่าการพิจารณาจะถึงที่สุดหรือเสร็จไปโดยประการอื่น แต่ถ้าเสร็จไปเพราะเหตุถอนคำขอหรือทั้งคำขอให้ถือว่าอายุความเรียกร้องของผู้ยื่นคำขอไม่เคยมีการสะดุดหยุดอยู่เลย และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อที่ 31 กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่มีการฟ้องต่อศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลปกครอง ถ้าปรากฏว่าศาลนั้นไม่รับฟ้องเพราะไม่มีอำนาจพิจารณาคดี หรือผู้ฟ้องคดีถอนคำฟ้องเพื่อนำมาฟ้องใหม่ต่อศาลปกครอง ให้ถือว่ากำหนดเวลาฟ้องคดีต่อศาลปกครองสะดุดหยุดอยู่นับแต่วันยื่นคำฟ้องถึงวันที่คดีของศาลอื่นสิ้นสุด

สำหรับการนำข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองไปร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ไม่มีกฎหมายใดกำหนดไว้ว่าจะมีผลต่ออายุความเช่นไร ทั้งการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ใช่การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง การนำข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองไปร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่ทำให้อายุความการฟ้องคดีต่อศาลปกครองของผู้เดือดร้อนเสียหายสะดุดหยุดอยู่แต่อย่างใด ผู้เดือดร้อนเสียหายจึงต้องพิจารณาว่าจะเลือกนำข้อพิพาทร้องเรียนหรือฟ้องคดีต่อหน่วยงานใด

ในทางกลับกันหากผู้เดือดร้อนเสียหายได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินย่อมไม่สามารถรับไว้พิจารณาได้ ตามมาตรา 28 (2) แห่งพระราชบัญญัติประกอบ

<sup>59</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 67 บัญญัติว่า

“เมื่อมีการอุทธรณ์ตามบทบัญญัติในส่วนที่ 5 ของหมวด 2 แห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือการยื่นคำขอต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อให้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วให้อายุความสะดุดหยุดอยู่ไม่นับในระหว่างนั้นจนกว่าการพิจารณาจะถึงที่สุดหรือเสร็จไปโดยประการอื่น แต่ถ้าเสร็จไปเพราะเหตุถอนคำขอหรือทั้งคำขอให้ถือว่าอายุความเรียกร้องของผู้ยื่นคำขอไม่เคยมีการสะดุดหยุดอยู่เลย”

รัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552<sup>60</sup> แต่หากศาลปกครองมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องเนื่องจากเป็นข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา หรือผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีที่ศาลปกครองกำหนด หรือกรณีที่ศาลปกครองพิพากษายกฟ้องเพราะเป็นเรื่องคู่พิพาทโดยแท้ที่ศาลปกครองจะไม่เข้าไปตรวจสอบแล้ว จะถือว่าเป็นเรื่องที่ยังไม่มีการพิพากษาหรือคำสั่งเด็ดขาด ผู้ตรวจการแผ่นดินย่อมสามารถรับไว้พิจารณาได้<sup>61</sup>

(ข) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอายุความการฟ้องคดีของผู้ตรวจการแผ่นดินต่อศาลปกครองเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น นอกจากเงื่อนไขเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 วรรคสองแล้ว พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 49<sup>62</sup> ยังได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับอายุความไว้ว่าการฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้ หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ปัญหาที่ต้องพิจารณาสำหรับเรื่องนี้ คือ การขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญของคำสั่งทางปกครองโดยผู้ตรวจการแผ่นดินต้องอยู่ภายใต้อายุความนี้หรือไม่ และหากอยู่ภายใต้อายุความดังกล่าวแล้ว จะเริ่มนับอายุความเมื่อใด

ปัญหาว่าการขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญของคำสั่งทางปกครองผู้ตรวจการแผ่นดินต้องอยู่ภายใต้อายุความหรือไม่ นั้น เห็นว่าเมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดบทบัญญัติเฉพาะไว้สำหรับเงื่อนไขทางอายุความของการฟ้องคดีโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน การฟ้องคดีของผู้ตรวจการแผ่นดินจึงต้องอยู่ภายใต้อายุความสำหรับการฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง

<sup>60</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 28 บัญญัติว่า  
“เรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินวินิจฉัยว่ามีลักษณะดังต่อไปนี้ ไม่ให้รับไว้พิจารณาหรือให้ยุติการพิจารณา  
(2) เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือเรื่องที่ศาลมีคำ พิพากษาหรือมีคำสั่งเสร็จเด็ดขาดแล้ว”

<sup>61</sup> รายงานการประชุมหารือเพื่อวางแนวทางในการประสานงานและปฏิบัติงานร่วมกันระหว่างสำนักงานศาลปกครองกับสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน วันพฤหัสบดีที่ 16 สิงหาคม 2544 ห้องประชุม 1 ชั้น 33 สำนักงานศาลปกครอง หน้า 3-4

<sup>62</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 49 บัญญัติว่า  
“การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้ หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีหรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นี้ด้วย เพราะบทบัญญัติตามมาตรา 49 ดังกล่าว ประสงค์จะใช้บังคับสำหรับการฟ้องคดีโดยทั่วไปทุกประเภท

เมื่อการฟ้องคดีของผู้ตรวจการแผ่นดินต้องอยู่ภายใต้อายุความสำหรับการฟ้องคดีแล้ว ปัญหาอีกประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาคือ อายุความสำหรับการขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายและรัฐธรรมนูญของคำสั่งทางปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินจะเริ่มนับเมื่อใด กล่าวคือ ตามที่มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้เริ่มนับเมื่อ “วันที่รู้ หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี” ซึ่งการที่ผู้ตรวจการแผ่นดินรู้หรือควรรู้ นั้น จะหมายถึงวันที่ผู้เดือดร้อนเสียหายมาร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือวันที่ผู้ตรวจการแผ่นดินได้ผลการตรวจสอบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ในกรณี que เห็นว่า อำนาจในการพิจารณาของผู้ตรวจการแผ่นดินว่าคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วย กฎหมายด้วยเหตุใดนั้น หาได้ยึดติดอยู่กับเหตุผลหรือข้อเท็จจริงที่ภู่านาเสนอจากการร้องเรียนของ ผู้เดือดร้อนเสียหาย แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถตรวจสอบและพิจารณาวินิจฉัยถึงสาเหตุแห่ง ความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ด้วยตนเอง ความรับรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ระหว่างผู้เดือดร้อนเสียหายกับผู้ตรวจการแผ่นดินจึงแตกต่างกัน จึงเห็นว่าอายุความฟ้องคดีต่อศาล ปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินในกรณีนี้เริ่มนับเมื่อวันที่ผู้ตรวจการแผ่นดินได้ผลการตรวจสอบถึง ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ได้ผูกพันอยู่กับความรู้หรือควรรู้ถึงเหตุ ฟ้องคดีของผู้เดือดร้อนเสียหายแต่อย่างใด ในกรณีตามความเห็นนี้ แม้ว่าผู้เดือดร้อนเสียหาย ประสงค์จะหลีกเลี่ยงอายุความโดยนำเรื่องมาร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินภายหลังที่ตนไม่ได้ ดำเนินการฟ้องร้องในอายุความก็ตาม แต่เมื่อการพิจารณาวินิจฉัยและรับรู้ถึงเหตุแห่งความไม่ชอบ ด้วยกฎหมายของผู้ตรวจการแผ่นดินแยกออกจากความรู้ของผู้เดือดร้อนเสียหายแล้ว การ ร้องเรียนของผู้เดือดร้อนเสียหายย่อมไม่ทำให้ตนกลับมีสิทธิฟ้องคดีขึ้นใหม่แต่ประการใด แต่เป็น อำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินในการพิจารณาถึงเหตุผลและความเหมาะสมในการดำเนินการฟ้องคดี ต่อศาลปกครอง

3.3.3 กระบวนการขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรืออนุญาต ให้สิทธิประโยชน์หรือออกเอกสารสิทธิ ตามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 99

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นองค์กรอิสระ มีภารกิจหลักในการตรวจสอบการใช้ อำนาจรัฐ และขับเคลื่อนมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น มาตรการตรวจสอบผลประโยชน์ทับซ้อนของนายรัฐมนตรี รัฐมนตรี

ตลอดจนคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ว่าต้องไม่เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นของบริษัท ห้ามดำเนินกิจการในลักษณะหาผลประโยชน์ทับซ้อนหรือที่ขัดกับหน้าที่ในตำแหน่งที่ดำรงอยู่ (Conflict of Interests) มาตรการห้ามผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นเจ้าของกิจการหรือเป็นผู้ถือหุ้น ในกิจการสื่อสารมวลชนเพื่อป้องกันการใช้สื่อสารมวลชนแสวงหาประโยชน์ และมาตรการที่กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของตนเอง คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ตลอดทั้งทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลหรืออยู่ในการถือครองของผู้อื่นทั้งโดยตรงและโดยอ้อม<sup>63</sup>

นอกจากนี้ยังมีกระบวนการได้ส่วนข้อเท็จจริงสำหรับการกระทำของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือมีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ โดยผลของการได้ส่วนข้อเท็จจริงดังกล่าว หากปรากฏว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหา คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะทำการชี้มูลความผิด ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องถูกถอดถอน หรือมีความรับผิดในทางวินัยหรือทางอาญา แล้วแต่กรณี ผลจากการชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้น นอกจากจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความรับผิดในทางวินัยและทางอาญาแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 99 ยังกำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจดำเนินการเกี่ยวกับเอกสารสิทธิหรือสิทธิประโยชน์ที่ได้จากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐและทำให้เสียหายแก่ทางราชการด้วย

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 99 ให้อำนาจกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. สามารถดำเนินการยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธิซึ่งกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเกิดความเสียหายแก่ทางราชการ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดเจ้าหน้าที่ของรัฐ และการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธินั้น เกิดจากการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิด บทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อแก้ไขเยียวยาผลกระทบและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ โดยสร้างกระบวนการภายหลังจากที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิด ซึ่งถือเป็นกระบวนการที่เพิ่มเติมขึ้นและสามารถ

<sup>63</sup> “กฎหมายกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต.” เล่มเดิม.

แยกออกจากกระบวนการลงโทษผู้กระทำความผิดในทางวินัยและทางอาญา และเป็นกระบวนการที่ประสงค์ให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตเป็นไปโดยสมบูรณ์รอบด้าน เป็นส่วนเติมเต็มของกระบวนการลงโทษทางอาญาและทางวินัยกับผู้กระทำความผิด กล่าวคือ กระบวนการลงโทษทางอาญาและทางวินัยนั้น เป็นกระบวนการที่มีลักษณะควบคุมและลงโทษผู้กระทำความผิด แต่กระบวนการยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธิอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดนั้น เป็นกระบวนการที่มีลักษณะแก้ไขและเยียวยาสิ่งที่ถูกทำลายหรือถูกทำให้เสื่อมลงจากการทุจริตหรือการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายให้กลับคืนสู่สภาพเดิมหรืออย่างน้อยก็ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อไป

กระบวนการดำเนินการยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธิซึ่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้น มีจุดเริ่มต้นกระบวนการโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. ต้องมีมติชี้มูลความผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเสียก่อน ไม่ว่าจะชี้มูลความผิดนั้นจะเป็นการวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นมีความผิดทางอาญาหรือมีความผิดทางวินัยก็ตาม หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดดังกล่าว เป็นการอนุมัติหรืออนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือออกเอกสารสิทธิแก่บุคคลใด ไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ทางราชการแล้ว คณะกรรมการ ป.ป.ช. ย่อมมีอำนาจตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ที่จะดำเนินการเพื่อให้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธินั้นได้ เมื่อกฎหมายกำหนดจุดเริ่มต้นของกระบวนการโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. ต้องมีมติชี้มูลความผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หนึ่งผู้ใดก่อน ดังนั้นมติชี้มูลความผิดกับเจ้าหน้าที่ผู้อนุมัติ อนุญาต หรือออกคำสั่ง จึงเป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจดำเนินการยกเลิกหรือเพิกถอนตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว

ขั้นตอนการดำเนินการเพื่อให้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น มาตรา 99 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 กำหนดให้นำกระบวนการตามมาตรา 93 มาตรา 94 และมาตรา 95 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งเป็นการนำกระบวนการดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดทางวินัยมาใช้บังคับกับการยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธิซึ่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติชี้มูลความผิดแล้ว ให้ส่งรายงานพร้อมความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ดำเนินการร้องขอให้ศาล

มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธิที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกชี้มูลความผิดได้อนุมัติหรืออนุญาตให้ไปโดยให้ผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาดำเนินการภายในสามสิบวัน และส่งสำเนาคำร้องขอต่อศาลให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ภายในสิบห้าวัน หากผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดังกล่าวละเลยไม่ดำเนินการ ให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางวินัยหรือตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้น และในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดังกล่าวละเลยไม่ดำเนินการหรือการดำเนินการไปโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสมให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เสนอความเห็นต่อนายกรัฐมนตรี หรือผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจควบคุมหรือกำกับดูแลเพื่อพิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องเหมาะสมต่อไปได้ ทั้งนี้ อาจแบ่งขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดให้ดำเนินการขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งยกเลิกหรือเพิกถอนการอนุมัติหรือการอนุญาตให้สิทธิประโยชน์หรือเอกสารสิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ได้เป็น 6 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขการใช้อำนาจครบถ้วนตามมาตรา 99 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 แล้ว ให้ประธานกรรมการ ป.ป.ช. ส่งรายงานและเอกสาร พร้อมทั้งความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

(2) ผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานนั้นพิจารณายื่นคำร้องหรือคำฟ้องต่อศาล เพื่อให้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิหรือเอกสารสิทธิที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองซึ่งออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการ ป.ป.ช.

(3) เมื่อยื่นคำร้องหรือคำฟ้องต่อศาลแล้ว ให้ผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องส่งสำเนาคำร้องหรือคำฟ้องดังกล่าว ไปให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่ศาลได้รับคำร้องหรือคำฟ้องนั้น

(4) หากผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ดำเนินการยื่นคำร้องหรือคำฟ้องต่อศาล ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งรายงานและเอกสาร พร้อมทั้งความเห็นไปยังนายกรัฐมนตรี หรือคณะกรรมการอื่นซึ่งมีหน้าที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น แล้วแต่กรณี

(5) ให้นายกรัฐมนตรีหรือคณะกรรมการอื่นซึ่งมีหน้าที่ควบคุมดูแลตามขั้นตอนที่ (4) พิจารณาสั่งการตามความเห็นสมควร

(6) ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องละเลยไม่ดำเนินการยื่นคำร้องหรือคำฟ้องต่อศาล ให้ถือว่าผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องผู้นั้นกระทำความผิดวินัยหรือกฎหมายตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคล