

บทที่ 2

ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

2.1 ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ในการศึกษาแนวความคิดในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น จำเป็นต้องทำความเข้าใจความหมายของคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ก่อน ทั้งนี้ เพราะสิ่งที่จะถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้นั้น จะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครอง หากมิใช่นิติกรรมทางปกครองก็ไม่อาจยกเลิกหรือเพิกถอนได้ นอกจากนี้ ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองยังเป็นทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายปกครองที่ในต่างประเทศการศึกษากฎหมายปกครองต้องเริ่มด้วยการศึกษาข้อความคิดว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง

อนึ่ง ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองนี้ไม่ปรากฏในระบบกฎหมาย Common Law เพราะแม้แต่เรื่องนิติกรรมตามกฎหมายแพ่งก็ยังไม่ปรากฏ ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองจึงเป็นพัฒนาการของกฎหมายในระบบ Civil Law โดยเฉพาะ ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองนี้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งต่อมาระบบกฎหมายปกครองเยอรมันได้รับทฤษฎีนี้ไปพัฒนา จนกระทั่งนิติกรรมทางปกครองในระบบปกครองเยอรมันต่างจากฝรั่งเศส ดังจะได้กล่าวต่อไป

"รัฐ" เป็นสิ่งที่สมมติขึ้น รัฐจึงเป็นนามธรรมที่ไม่อาจกระทำการใด ๆ ได้โดยลำพัง รัฐจึงจำต้องอาศัยบุคคลเข้าไปกระทำการแทนรัฐ การกระทำของรัฐที่แสดงออกโดยบุคคลที่เข้าไปใช้อำนาจรัฐนั้นอาจแบ่งแยกได้เป็น 3 ประเภท ตามลักษณะของการกระทำ คือ การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ และการกระทำทางบริหาร

การกระทำทางบริหารอาจแยกได้เป็น 2 ส่วน คือ การกระทำของรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง ในที่นี้จะทำการศึกษาเฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครอง การกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่งที่แสดงออกโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ในทางทฤษฎีอาจแบ่งการกระทำของฝ่ายปกครองได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) นิติกรรมทางปกครอง (actes administratifs, Verwaltungsakt) คือ การแสดงเจตนาออกสู่ภายนอกของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวที่ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของบุคคล เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น

(2) ปฏิบัติการทางปกครอง (acte matériel, Realakt) เป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา มิได้มุ่งให้เกิดสิทธิและหน้าที่แต่อย่างใด เช่น การจัดการสิ่งกีดขวางการจราจร การรื้อถอนอาคารที่สร้างผิดแบบ การสอนหนังสือ เป็นต้น

ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับปฏิบัติการทางปกครอง คือ นิติกรรมทางปกครองนั้นมุ่งที่จะก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย ส่วนปฏิบัติการทางปกครองนั้น มิได้มุ่งก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายแต่ประการใด หากแต่มุ่งปฏิบัติงานที่อยู่ในความรับผิดชอบให้สำเร็จลุล่วง แต่ทั้งนิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครองก็มีส่วนสัมพันธ์กัน เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้หรืออาคารที่สร้างผิดแบบแปลน (คำสั่งนี้เป็นนิติกรรมทางปกครอง) แต่ผู้รับคำสั่งไม่ดำเนินการรื้อ ฝ่ายปกครองจึงดำเนินการรื้อถอนอาคารเอง (การดำเนินการรื้อถอนเป็นปฏิบัติการทางปกครอง) ดังนี้ จะเห็นได้ว่าปฏิบัติการทางปกครองมีความสำคัญมากในทางปฏิบัติ แต่ในทางกฎหมายแล้ว ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดาไม่มีบทบาทในทางกฎหมายปกครองเท่าใดนัก¹ เฉพาะนิติกรรมทางปกครองเท่านั้นที่มีบทบาทในทางกฎหมายปกครองอย่างยิ่ง เพราะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชน อย่างไรก็ตาม ทั้งนิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครองต่างอยู่ภายใต้หลักที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่หลักดังกล่าวนี้จะใช้บังคับโดยตรงกับนิติกรรมทางปกครอง ส่วนกับปฏิบัติการทางปกครอง จะใช้บังคับก็แต่โดยอ้อมเท่านั้น กล่าวคือ ถ้าหากนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีปัญหาว่านิติกรรมทางปกครองนั้นสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ ซึ่งอาจนำไปสู่การยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มิชอบด้วยกฎหมายได้ ในขณะที่หากปฏิบัติการทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่มีปัญหาเรื่องความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ของปฏิบัติการทางปกครอง เพราะได้มีการลงมือปฏิบัติการทางปกครองไปแล้ว จึงไม่มีกรณีให้ยกเลิกหรือเพิกถอนปฏิบัติการทางปกครอง คงมีแต่เพียงเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในกรณีที่ปฏิบัติการทางปกครองนั้น มิชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน²

¹ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 มาตรา 40, 42, 43 (2)

¹ กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน** (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2537), หน้า 120.

² วรพจน์ วิสชุดพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์**, (กรุงเทพมหานคร : พี.เค.พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 196 และ พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," **วารสารกฎหมายปกครอง** เล่ม 4 สิงหาคม 2528 ตอน 2, หน้า 273.

เพื่อให้เกิดความเข้าใจความหมายของนิติกรรมทางปกครองได้ดีขึ้น ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงความหมายของนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ซึ่งระบบกฎหมายปกครองของทั้งสองประเทศถือว่าเป็นแม่แบบของระบบกฎหมายปกครองในประเทศต่าง ๆ

2.1.1 ความหมายของนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ภาษาฝรั่งเศสโดยทั่วไปใช้คำว่า "acte administratif" ซึ่งเป็นคำย่อที่ย่อมาจากคำเต็มว่า "actes juridiques du droit administratif"³ นิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติใดให้นิยามไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองได้รับการพัฒนาจากศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) และความเห็นของนักวิชาการ

ตามทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองในฝรั่งเศสนั้น เมื่อกล่าวถึง "นิติกรรมทางปกครอง" จะหมายถึง "นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว" ที่ฝรั่งเศสเรียกว่า "Décision exécutoire"⁴ หรือที่บ่อยครั้งเรียกว่า "คำสั่งที่มีผลบังคับทันที"⁵ ในฝรั่งเศส "นิติกรรมทางปกครอง" หมายถึง การแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย⁶ นิติกรรมทางปกครองในฝรั่งเศสมีความหมายกว้างโดยรวมทั้งนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่นกฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ซึ่งมีได้เจาะจงตัวบุคคลเป็นการเฉพาะ และนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะราย เช่น คำสั่งต่าง ๆ ที่มีผลไปยังบุคคลที่กำหนดตัวได้แน่นอน

³ Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Tome II L.G.D.J., pp.188-189 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง และสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส," *วารสารกฎหมายปกครอง* เล่ม 9 เมษายน 2533 ตอน 1, หน้า 165.

⁴ โทคิน พลกุล, *การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง* เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตร "หลักกฎหมายปกครอง : วิธีสบัญญัติ" บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สิงหาคม 2530, หน้า 37. และ "คดีปกครองในฝรั่งเศส," *วารสารอัยการ* ฉบับที่ 97 มกราคม 2529, หน้า 43

⁵ พูนศักดิ์ ไวสารวง, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 275.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

จากนิยามความหมายของ "นิติกรรมทางปกครอง" ดังกล่าวข้างต้น อาจกำหนดองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองในฝรั่งเศสได้ ดังนี้

(1) นิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำโดยฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครอง ได้แก่ องค์กรเจ้าหน้าที่ในราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น รวมตลอดถึงองค์กรนิติบุคคลมหาชนอื่น ๆ ด้วย หากเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายอื่น ๆ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการโดยหลักก็ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง การพิจารณาองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองที่ว่าจะต้องกระทำโดยฝ่ายปกครองนี้ เป็นการใช้เกณฑ์ที่เกี่ยวกับองค์กร (organique) เป็นเกณฑ์พิจารณา ซึ่งเป็นวิวัฒนาการในช่วงแรกของทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งต่อมาได้พัฒนาไปโดยถือว่าแม้มิใช่เป็นคำสั่งที่ออกโดยฝ่ายปกครอง แต่เป็นคำสั่งที่ออกโดยองค์กรที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองให้ดำเนินการบริการสาธารณะ ก็อาจเป็นนิติกรรมทางปกครองได้ ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยยึดถือทฤษฎีการจัดทำแบบมหาชน (gestion publique)⁷ ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat ในคดี Monpeurt ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1942

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า เนื่องจากภาวะสงครามในประเทศฝรั่งเศส ทำให้มีการตรารัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 1940 จัดตั้งคณะกรรมการควบคุมอุตสาหกรรมเพื่อควบคุมการผลิตทางด้านอุตสาหกรรมชั่วคราว เพื่อแก้ไขปัญหาการขาดแคลนทรัพยากร ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาการขาดแคลนถ่านหิน คณะกรรมการควบคุมอุตสาหกรรมการผลิตถ่านหินก็พยายามจัดให้ผู้ผลิตถ่านหิน 3 แห่งตกลงกันจัดระบบการผลิตเพื่อประโยชน์แก่ผู้ผลิตเอง แต่เนื่องจากเกรงว่านโยบายดังกล่าวจะไม่ได้ผล ประธานคณะกรรมการดังกล่าวจึงออกคำสั่ง ลงวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 1941 ไม่อนุญาตให้บริษัทหนึ่งผลิตถ่านหิน (เนื่องจากการผลิตถ่านหินต้องนำเข้าเตาเผาซึ่งจำเป็นต้องใช้ถ่านหิน) และบังคับให้กิจการผลิตถ่านหินที่เหลืออีก 2 แห่งส่งหลอดถ่านหินจำนวน 20 ตันต่อเดือนในราคาต่ำกว่าราคาปกติ 20% แก่บริษัทดังกล่าวข้างต้นที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ผลิตถ่านหิน ผู้อำนวยการของกิจการ 1 ใน 2 แห่งนั้น จึงได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในการผลิตทางด้านอุตสาหกรรม รัฐมนตรีได้ยกเลิกคำร้อง ผู้อำนวยการดังกล่าวจึงได้ร้องขอให้ C.E. เพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีดังกล่าว C.E. ได้วินิจฉัยว่า "พิเคราะห์แล้วเห็นว่าเนื่องจากพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ ที่บังคับให้รัฐจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงทางด้านเศรษฐกิจ รัฐบัญญัติลงวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 1940 ได้จัดระบบการผลิตทางอุตสาหกรรมชั่วคราว เพื่อให้มีการใช้วัตถุดิบที่มี

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 276-284.

เหลืออยู่น้อยอยู่นั้นให้เป็นประโยชน์มากที่สุดในแง่ของผลผลิต คุณภาพ และต้นทุนการผลิต และปรับปรุงการใช้แรงงานเพื่อประโยชน์ร่วมกันของกิจการและลูกจ้าง จึงเห็นได้ว่าจากบทบัญญัติดังกล่าวของรัฐบัญญัติต้องการจัดให้มีบริการสาธารณะขึ้น และเพื่อบริหารบริการสาธารณะดังกล่าว ในขณะที่รอให้มีการจัดองค์การทางวิชาชีพที่แน่นอน จึงได้กำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการซึ่งมีหน้าที่กำหนดโครงการการผลิต หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับกิจการต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขทั่วไปในการดำเนินงานหรือเสนอราคาของสินค้าและบริการแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ภายใต้การควบคุมของรัฐมนตรี ดังนั้น แม้ฝ่ายนิติบัญญัติ จะไม่ได้บัญญัติให้คณะกรรมการควบคุมอุตสาหกรรมเป็นองค์การสาธารณะ(Etablissements Publics) ก็ตาม แต่คณะกรรมการดังกล่าวก็ได้รับมอบหมายให้มีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ และการสั่งการภายในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว ไม่ว่าจะโดยออกเป็นกฎหรือระเบียบที่มีผลบังคับทั่วไป หรือคำสั่งที่มีผลบังคับเฉพาะกรณีก็เป็นนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น คดีที่อาจเกิดขึ้นจากนิติกรรม หรือการกระทำดังกล่าวก็อยู่ในอำนาจของ Conseil d'Etat...⁸ C.E. วินิจฉัยยกฟ้องเนื่องจากไม่ปรากฏว่าคำสั่งของประธานคณะกรรมการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์นอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย⁸

ต่อมาก็มีคำวินิจฉัยของ C.E. ที่วินิจฉัยไว้ชัดว่า คำสั่งขององค์กรวิชาชีพ เป็นนิติกรรมทางปกครอง คือ คำวินิจฉัย C.E. ลงวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1943 คดี Bouguen ข้อเท็จจริงมีว่า คณะกรรมการแพทยสภาของฝรั่งเศสได้ออกกฎข้อบังคับเกี่ยวกับมรรยาทในการประกอบวิชาชีพ เช่น ข้อ 27 วรรค 2 ซึ่งห้ามมิให้แพทย์ซึ่งทำงานในเทศบาลแห่งหนึ่งไปให้การรักษาในเทศบาลอีกแห่งหนึ่ง ต่อมาปรากฏว่า นายแพทย์ Bouguen ได้เปิดคลินิกหลายแห่งในเทศบาลต่างกัน คณะกรรมการแพทยสภาประจำจังหวัดเมื่อทราบเข้า จึงมีคำสั่งให้เขาปิดคลินิกของเขาแห่งหนึ่ง ที่เมือง Pontrioux ซึ่งต่อมาคณะกรรมการแพทยสภาก็ได้วินิจฉัยตามคำสั่ง ดังกล่าว นายแพทย์ Bouguen จึงร้องขอให้ Conseil d'Etat พิจารณาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของคณะกรรมการแพทยสภา Conseil d'Etat มีคำวินิจฉัยว่า "...เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งหมดของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1940 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันที่ออกคำสั่งที่ถูกฟ้องให้เพิกถอน โดยเฉพาะ

⁸ แปลโดย ฤทัย หงส์สิริ, เอกสารประกอบคำสอนวิชากฎหมายปกครองฝรั่งเศส บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2537, หน้า 5-6.

อย่างขึงบทบัญญัติซึ่งกำหนดให้การโต้แย้งคำสั่งของคณะกรรมการแพทยสภาในเรื่องการลงโทษทางวินัยและการขึ้นทะเบียนต้องกระทำต่อ Conseil d'Etat โดยวิธีฟ้องให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบ (Recour Pour Excès de Pouvoir) เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ที่จะให้การจัดระเบียบและการควบคุมการประกอบวิชาชีพทางแพทย์เป็นบริการสาธารณะ แม้ว่าคณะกรรมการแพทยสภาจะไม่ใช่องค์การสาธารณะ (Etablissement Public) คณะกรรมการแพทยสภาที่มีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะดังกล่าว Conseil d'Etat จึงมีอำนาจที่จะพิจารณาคำร้องเพิกถอนคำสั่ง ซึ่งคณะกรรมการแพทยสภาออกในฐานะดังกล่าว(ฐานะที่มีส่วนร่วมในการดำเนินบริการสาธารณะ) โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งที่ออกตามมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น ซึ่งให้คณะกรรมการแพทยสภามีอำนาจหน้าที่ควบคุมการบังคับตามกฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการแพทย์ ด้วยเหตุนี้ นายแพทย์ Bouguen จึงขอที่จะขอให้ Conseil d'Etat พิจารณาคำสั่งของคณะกรรมการแพทยสภาที่ยืนตามคำสั่งห้ามมิให้เขา (นายแพทย์ Bouguen) เปิดคลินิกหลายแห่งและให้เขาปิดคลินิกที่เมือง Pontrioux...⁹ คดีนี้ Conseil d'Etat พิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการแพทยสภาดังกล่าว⁹

(2) นิติกรรมทางปกครองจะต้องเป็นนิติกรรม (acte juridique) หมายความว่า การกระทำที่จะถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้น การกระทำนั้นต้องก่อให้เกิดผลต่าง ๆ ในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชน เช่น ฝ่ายปกครองออกกฎกระทรวง กฎกระทรวงนั้นก่อให้เกิดหน้าที่ที่เอกชนต้องปฏิบัติตามก็ถือว่ากฎกระทรวงเป็นนิติกรรมทางปกครอง หรือฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารหรืออาคาร คำสั่งนี้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่เจ้าของอาคารที่ต้องปฏิบัติตาม คำสั่งนี้เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่หากคำสั่งใดฝ่ายปกครองมิได้มุ่งให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของปัจเจกชนโดยตรง คำสั่งนั้นก็ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง เช่น การตอบข้อซักถามหรือให้ข้อมูลแก่เอกชนที่ถามมายังฝ่ายปกครอง¹⁰ คำชี้แนะของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ให้แก่เลขานุการเทศบาลให้

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25-26.

¹⁰ คำวินิจฉัย C.E. ลงวันที่ 19 มกราคม 1973 คดี Ministre du Developpement Industriel Le Vasseur

ฟ้องคำสั่งที่เกี่ยวกับเงินเดือนของตนยังศาลปกครอง¹¹ รวมถึงการดำเนินการทั้งหลายอันเป็นการเตรียมการออกนิตินกรรมทางปกครองด้วย¹²

2.1.2 ความหมายของนิตินกรรมทางปกครองในประเทศเยอรมัน

คำว่า "นิตินกรรมทางปกครอง" ภาษาเยอรมันโดยทั่วไปใช้คำว่า "Verwaltungsakt" ซึ่งมาจากคำเต็มว่า "Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechtes" นิตินกรรมทางปกครองในเยอรมันนับว่าเป็นแกนของกฎหมายปกครองเยอรมัน โดยเยอรมันได้รับเอาทฤษฎีนิตินกรรมทางปกครองมาจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และได้มีการนำทฤษฎีนี้มาพัฒนานับตั้งแต่ ค.ศ. 1828¹³ โดย Otto Mayer ได้ให้นิยามคำว่า "นิตินกรรมทางปกครอง" ไว้ว่า เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือต่อประชาชนในกรณีเฉพาะราย¹⁴ ซึ่งต่อมาได้มีการให้นิยามคำว่า "นิตินกรรมทางปกครอง" ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1796 มาตรา 35 วรรคแรก ว่า "นิตินกรรมทางปกครอง คือ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก"¹⁵

จากนิยาม "นิตินกรรมทางปกครอง" ดังกล่าวข้างต้น อาจจำแนกองค์ประกอบของนิตินกรรมทางปกครองในเยอรมันได้ ดังนี้

(1) นิตินกรรมทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการที่มีวัตถุประสงค์อันแสดงออกด้วยลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวาจา หรือโดยผ่านทาง การเคลื่อนไหวร่างกาย เช่น การใช้สัญญาณมือของตำรวจจราจร รวมตลอดถึงการแสดงออกที่กระทำผ่านทางเครื่องจักรกลหรือเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น การควบคุมสัญญาณไฟจราจรด้วยระบบคอมพิวเตอร์

¹¹ คำวินิจฉัย C.E. ลงวันที่ 27 ตุลาคม 1937 คดี Bertinet

¹² รายละเอียดที่ว่า การกระทำอย่างไรไม่เป็นนิตินกรรมทางปกครอง โปรดดูโคคิน พลกุล, การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง, หน้า 40-42.

¹³ Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, (Berlin Heidelberg : Springer - Verlag, 1985), p.32.

¹⁴ Mayer, O, Deutsches Verwaltungsrecht, vol 1, 1895, p.95 อ้างใน Mahendra P. Singh. German Administrative Law in Common Law Perspective, p.32. และกมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 121.

¹⁵ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 121.

ด้วย¹⁶ ทั้งนี้ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการดังกล่าวเป็นลักษณะที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำฝ่ายเดียว โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนก่อน ซึ่งทำให้นิติกรรมทางปกครองในเยอรมันไม่หมายรวมถึงสัญญาทางปกครองด้วย¹⁷

(2) นิติกรรมทางปกครองต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง องค์ประกอบข้อนี้ทำให้แยกนิติกรรมทางปกครองออกจากการกระทำของรัฐลักษณะอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำของรัฐบาล "ฝ่ายปกครอง" (Behorde) ประมวลวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 1 (4) ให้คำนิยามไว้ว่า "ฝ่ายปกครอง คือ องค์กรที่มีหน้าที่กระทำการทางปกครอง"¹⁸ ในการพิจารณา "ฝ่ายปกครอง" นี้ มิได้พิจารณาแค่ว่าจะต้องเป็นองค์กรในฝ่ายปกครองเท่านั้น หากแต่มีความหมายกว้างโดยพิจารณาการใช้อำนาจปกครองด้วย ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงหมายรวมถึงองค์กรอิสระใด ๆ ที่ใช้อำนาจปกครอง ไม่ว่าจะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ รัฐมนตรีสภาผู้แทนราษฎร หรือองค์กรท้องถิ่น¹⁹ เช่น การที่สภานิติบัญญัติออกใบอนุญาตให้ดำเนินคดีอาญากับสมาชิกสภานิติบัญญัติระหว่างสมัยประชุมได้ตามมาตรา 46 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน²⁰ หรือการที่สมาคมวิชาชีพมีอำนาจออกใบอนุญาตให้กับผู้ประกอบการวิชาชีพนั้น ๆ²¹

(3) นิติกรรมทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะรายที่มีผลทางกฎหมาย²² การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนี้เป็นการกระทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปและเป็น

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122. และMahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, p.33.

¹⁷ สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 20 ฉบับที่ 4 ธันวาคม 2533, หน้า 65.

¹⁸ Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, p.33.

¹⁹ บุญศรี ม่วงศ์อุโฆษ, "คดีปกครองเยอรมัน," ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร | พี.เค.พรินติ้งเฮาส์, 2531), หน้า 169.

²⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 123.

²¹ สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," หน้า 65.

²² Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, p.123.

นามธรรม มาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะรายและเป็นรูปธรรม²³ ในที่นี้กฎเกณฑ์ที่มีความหมายสองนัย คือ นัยแรกเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดในการออกนิติกรรมทางปกครอง นัยที่สองเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นผลที่ได้จากตัวนิติกรรมทางปกครอง การยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมิใช่กฎเกณฑ์ในนัยแรก แต่เป็นกฎเกณฑ์ในนัยที่สอง²⁴

อนึ่ง การกระทำของฝ่ายปกครองที่ได้มุ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น ปฏิบัติการทางปกครองหรือการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียมหรือเป็นเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของการกระทำก่อนที่จะเป็นกฎเกณฑ์ หรือการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้คำปรึกษาหรือให้ข้อมูล²⁵

(4) นิติกรรมทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครอง การกระทำของฝ่ายปกครองที่จะเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้น ต้องเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น หากเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่เป็นการกระทำภายในขอบเขตกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายเอกชน ตัวอย่างเช่น การซื้อวัสดุต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อใช้ในหน่วยงาน การที่ฝ่ายปกครองเลิกสัญญาเช่า²⁶ ก็มิใช่นิติกรรมทางปกครอง การพิจารณาดังกล่าวข้างต้นมุ่งเน้นที่เนื้อหาของการกระทำว่าต้องมีเนื้อหาทางปกครองเป็นสำคัญ

(5) นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก องค์ประกอบข้อนี้แสดงให้เห็นว่า นิติกรรมทางปกครองเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชน รัฐจึงสามารถก้าวล่วงเข้าไปกำหนดสิทธิหน้าที่ของเอกชนได้ ดังนั้นหากเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง เช่น หนังสือเวียน คำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง แนวทางการใช้ดุลพินิจ การเตรียมการออกนิติกรรมทางปกครองเหล่านี้จึงมิใช่นิติกรรมทางปกครอง อนึ่ง บุคคลบางประเภทมีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ เช่น ข้าราชการ นักศึกษาในมหาวิทยาลัย นักโทษ จึงมีนิติสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษด้วย ซึ่งทำให้จำเป็นต้องแยกพิจารณาสิทธิของบุคคลดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์พื้นฐาน กับความสัมพันธ์ในทางการงาน (การแยกเรื่องงานออกจากส่วนตัว) กล่าวคือ ความสัมพันธ์พื้นฐานเป็นนิติสัมพันธ์ที่ก่อหรือเปลี่ยนแปลงนิติฐานะของบุคคล เช่น คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ลงโทษข้าราชการ คำสั่งดังกล่าวนี้กระทบต่อความ

²³ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 124.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน. และ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, "คดีปกครองเยอรมัน," หน้า 168.

²⁵ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 124-125.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน. และ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, "คดีปกครองเยอรมัน," หน้า 169.

สัมพันธ์พื้นฐาน ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงออกสู่ภายนอก คำสั่งนี้จึงเป็นนิติกรรมทางปกครอง ส่วนความสัมพันธ์ในทางการงานเป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบคำสั่งที่ให้ปฏิบัติในการทำงานซึ่งผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม²⁷ เช่น คำสั่งย้ายข้าราชการให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นซึ่งคำสั่งนี้ไม่กระทบต่อสิทธิพื้นฐานไม่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก จึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

(6) นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง เป็นการที่ฝ่ายปกครองออกกฎเกณฑ์ที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของปัจเจกชนเป็นการเฉพาะรายอย่างเจาะจง เช่น การออกใบอนุญาตให้เอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง (individual) และเฉพาะข้อเท็จจริง เรื่องใดเรื่องหนึ่ง (konkret)²⁸ องค์ประกอบข้อนี้ต่อมาได้มีการขยายให้กว้างออกไป โดยหมายรวมถึงคำสั่งทั่วไปทางปกครองที่เรียกว่า "Allgemeine Inverfugung" ด้วย คำสั่งทั่วไปทางปกครองนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม แต่กำหนดจำนวนผู้รับคำสั่งไม่ได้ เช่น ตำรวจห้ามมิให้ประชาชนเดินขบวนร่วมกัน หรือห้ามมิให้เข้าไปในเขตบ้านที่ซาร์ดู²⁹ อนึ่ง องค์ประกอบข้อนี้เป็นการแบ่งแยกกระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับกฎหมายลำดับรอง กฎหมายลำดับรองเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปเป็นนามธรรมไม่เจาะจง เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง แต่ทั้งนิติกรรมทางปกครองและกฎหมายลำดับรองก็อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ยังมีความแตกต่างในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอน โดยอาจเป็นการยกเลิกหรือเพิกถอนภายในฝ่ายปกครอง หรือโดยศาลปกครองก็ได้ ส่วนหากเป็นกฎหมายลำดับรองจะต้องไปพิจารณาในเรื่องหลักการควบคุมการออกกฎหมายซึ่งมีวิธีการที่แตกต่างกัน³⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งสองกรณีเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเช่นเดียวกัน

จากการที่ได้ศึกษาความหมายของ "นิติกรรมทางปกครอง" ของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน พบว่า ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองเกิดขึ้นก็ด้วยมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง โดยที่นิติกรรมทางปกครองเป็นตัวกำหนดสิทธิของเอกชนผู้ถูกระทบสิทธิให้แจ้งชัด เพื่อให้เอกชนสามารถร้องขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองได้

²⁷ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 127. และสมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 กันยายน 2530, หน้า 67.

²⁸ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 128. และ Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, p.34.

²⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 129.

³⁰ Vgl. Schapats, Vesfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung, 3 Aufl. 1982 VII, p.6. อังโน สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," หน้า 66.

ความหมายของ “นิติกรรมทางปกครอง” ที่ใช้ในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน มีสาระสำคัญไม่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เพราะกฎหมายปกครองเยอรมันเกิดจากการที่นักกฎหมายเยอรมันนำหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมาพัฒนา ดังจะเห็นได้ว่า ตำรากฎหมายปกครองเล่มแรกในเยอรมันเป็นการแปลกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตาม เยอรมันได้พัฒนาระบบกฎหมายปกครองของตนจนมีลักษณะเฉพาะ ดังจะเห็นได้ว่า ความหมายของ “นิติกรรมทางปกครอง” ในฝรั่งเศสมีความหมายกว้างกว่าในเยอรมัน โดยนิติกรรมทางปกครองในฝรั่งเศสหมายรวมถึงทั้งนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายและมีผลทั่วไปในขณะที่เยอรมันจำกัดเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะเรื่องเท่านั้น

2.1.3 ความหมายของนิติกรรมทางปกครองในประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีการพยายามนำแนวคิดทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองมาใช้โดยเฉพาะจากนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศส โดยในช่วงแรกนักกฎหมายไทย แปลคำว่า “act administratif” ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสว่า “การกระทำในทางปกครอง”³¹ หรือ “การกระทำโดยการแสดงเจตนาในทางปกครอง”³² ต่อมา ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้เสนอให้แปลคำว่า “acte administratif” ว่า “นิติกรรมทางปกครอง” โดยมีความเห็นว่า การแปลคำดังกล่าวว่า “การกระทำทางปกครอง” ก่อให้เกิดความไขว้เขวเกี่ยวกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองในวงการศึกษากฎหมายของไทย จึงเห็นว่าควรจะแปลคำดังกล่าวว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เช่นเดียวกันกับการแปลคำว่า “juristic act” ในกฎหมายแพ่งว่า “นิติกรรม” ไม่ใช่แปลว่า “การกระทำ”³³

นอกจากนั้น นักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมัน ก็ได้แปลคำว่า “Verwaltungsakt” ว่า “นิติกรรมทางปกครอง”³⁴ เช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยประสบ

³¹ ประยูร กาญจนดุล, ถ้อยบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, เอกสารโรเนียวเขียนเล่ม คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2524, หน้า 22.

³² ปรีดี พนมยงค์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พ.ศ. 2474 แก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2513) ใน ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของ ปรีดี พนมยงค์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 236.

³³ ออมร จันทรสมบูรณ์, ข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในหนังสือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0501/ร.1757 ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2527 ถึงนายกรัฐมนตรี แจ้งผลการวินิจฉัยร้องทุกข์กรณี นายสมนึก เรืองพริ้ม ใน วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ตอน 2 สิงหาคม 2527, หน้า 531.

³⁴ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 120.

ความสำเร็จขั้นต้นในการนำทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองมาใช้ ดังจะเห็นได้ว่า นักกฎหมายมหาชนไทยส่วนใหญ่ในปัจจุบันยอมรับที่จะใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างแพร่หลาย³⁵ แต่ก็ยังคงมีนักกฎหมายมหาชนบางส่วนยังคงใช้คำว่า “การกระทำทางปกครอง” อยู่³⁶ โดยให้เหตุผลว่า “การกระทำในทางปกครองไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมตามความหมายในกฎหมายแพ่ง เพราะฉะนั้น จึงไม่ควรเรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ดังที่มิ้นกกฎหมายบางคนใช้เรียกอยู่ นิติกรรมตามกฎหมายแพ่งหมายถึง การใด ๆ อัน ทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิตามกฎหมายเอกชน (ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149) แต่การกระทำในทางปกครองเป็นการก่อให้เกิดสถานะตามกฎหมายมหาชน โดยอาจจะไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนก็ได้ และมีใช่เป็นเรื่องก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้การ

³⁵ มนตรี รูปสุวรรณ, “หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 6, ธันวาคม 2530 ตอน 3, หน้า 573-587 ; สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” หน้า 59. ; ขวัญชัย สันตสว่าง, “หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย,” บทบัญญัติ เล่ม 44, 2531 ตอน 4, หน้า 3. ; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538), หน้า 308 ; วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทธรรมสารจำกัด, 2538), หน้า 25. ; จำปี โสทธิพันธุ์, “ความเป็นโมฆะและความเป็นโมฆียะของนิติกรรมทางปกครองตามระบบกฎหมายอิตาลี,” ใน อาจารย์บุชา หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 229. ; ชาญชัย แสงศักดิ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 9 เมษายน 2533 ตอน 1, หน้า 158-214. ; บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), 361 หน้า ; อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธุ์กุล, การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลไทย, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), 86 หน้า ; ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, “นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 21 ฉบับที่ 4 ธันวาคม 2534, หน้า 593.

³⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “คดีปกครองเยอรมัน,” หน้า 172.

ปกครองเกี่ยวกับเรื่องสิทธิส่วนเอกชนเหมือนกับนิติกรรม"³⁷ ด้วยความเคารพต่อเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า นิติกรรมในกฎหมายแพ่งมีนิติกรรมฝ่ายเดียวที่อาศัยการแสดงเจตนาของผู้ทำนิติกรรมเพียงฝ่ายเดียวโดยมีพิกัดต้องอาศัยความยินยอมจากผู้รับนิติกรรม ก็ถือว่าเป็นนิติกรรมในกฎหมายแพ่งแล้ว เช่น คำเสนอ พินัยกรรม เป็นต้น ดังนั้น การนำคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" มาใช้กับการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่จะผูกพันเอกชน จึงไม่น่าจะมีข้อขัดข้องแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม แม้จะพอหาข้อยุติในการแปลคำว่า "acte administratif" และ "Verwaltungsakt" ว่า "นิติกรรมทางปกครอง" แต่ก็ยังคงมีปัญหาต่อไปว่านิติกรรมทางปกครองในประเทศไทยจะมีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด เพราะดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ในประเทศฝรั่งเศสหมายรวมทั้งนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายและที่มีผลทั่วไปด้วย ส่วน "นิติกรรมทางปกครอง" ในประเทศเยอรมัน หมายถึงเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายเท่านั้น เนื่องจากนักกฎหมายมหาชนไทยส่วนใหญ่เป็นผู้ที่จบการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศส จึงได้มีความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตของ "นิติกรรมทางปกครอง" ในประเทศไทยให้หมายรวมทั้งนิติกรรมที่มีผลเฉพาะรายและที่มีผลทั่วไปด้วย ซึ่งก็มีการยอมรับพอสมควร โดยจะสังเกตได้จากวิทยานิพนธ์ทางนิติศาสตร์หลายเล่ม ได้กำหนดขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองตามแนวทางของฝรั่งเศส³⁸ แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยในมาตรา 5 ได้นิยามขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองไว้ว่า

"คำสั่งทางปกครอง" หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผล เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับ หรือมีผลกระทบต่อ สถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง"

แม้พระราชบัญญัตินี้จะใช้คำว่า "คำสั่งทางปกครอง" แต่ก็หมายถึงนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง เหตุที่ไม่ใช่คำว่านิติกรรมทางปกครองก็เพราะผู้ร่างเกรงว่าจะก่อให้เกิดความ

³⁷ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 158-159.

³⁸ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย, 361 หน้า ; อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธุ์กุล, การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลไทย, หน้า 16.

สับสนแก่สมาชิกรัฐสภา จนอาจเป็นเหตุให้กฎหมายไม่ผ่านสภาได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัตินี้จะเห็นว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ได้ให้นิยามนิติกรรมทางปกครองไว้ โดยเป็นคำนิยามที่สอดคล้องกับความหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ใช้อยู่ในประเทศเยอรมัน ที่หมายถึงแต่เฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะเรื่องเท่านั้น ไม่หมายรวมถึงที่มีผลเป็นการทั่วไปด้วย

ในวิทยานิพนธ์นี้จึงจะศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง โดยขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองจะถือตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดไว้

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในมาตรา 5 บทนิยาม "คำสั่งทางปกครอง" จะเห็นได้ว่าเป็นการนำเอาแนวความคิดเรื่องนิติกรรมทางปกครองมาใช้ ทั้งนี้ โดยมีการกำหนดขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองสอดคล้องกับขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน ดังนั้น ในการพิจารณาถึงขอบเขตของ "คำสั่งทางปกครอง" ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองนี้ ผู้เขียนจะศึกษาโดยเทียบจากขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายปกครองเยอรมัน

จากนิยามความหมายของ "คำสั่งทางปกครอง" ในมาตรา 5 อาจจำแนกองค์ประกอบของ "คำสั่งทางปกครอง" ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองได้ ดังนี้

(1) นิติกรรมทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นการสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ตัวอย่างเช่น การออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโรงงานตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีคำสั่งให้เจ้าของอาคารระงับการก่อสร้างอาคารที่ยังไม่ได้รับใบอนุญาตหรือให้รื้อถอนอาคารดังกล่าวเนื่องจากไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 การวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นต้น

(2) นิติกรรมทางปกครองต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้นิยามความหมายของ "เจ้าหน้าที่" ไว้ว่า "เจ้าหน้าที่" หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจ หรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอย่างอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม เมื่อพิจารณาจากการนิยามความหมายของ "เจ้าหน้าที่" ไวดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ที่จะออกนิติกรรมทางปกครองนั้น มิได้มีความหมายแคบเฉพาะต้องเป็นองค์กรภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่มีความหมายกว้างโดยพิจารณาถึงการใช้อำนาจปกครองด้วย ดังนั้น แม้มิใช่คำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ในฝ่ายปกครอง แต่เป็นคำสั่งที่ออกจากองค์กรที่ใช้อำนาจปกครอง ก็อาจเป็นนิติกรรมทางปกครองได้ ซึ่งเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับหลักทฤษฎีการจัดทำแบบมหาชน ตัวอย่างคำสั่งที่ออกจาก

องค์กรที่มีเจ้าหน้าที่ในฝ่ายปกครอง เช่น การที่องค์กรวิชาชีพมีอำนาจออกใบอนุญาตให้กับผู้ประกอบวิชาชีพนั้น เช่น คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพบัญชี มีอำนาจออกใบอนุญาตเป็นผู้สอบบัญชีตามพระราชบัญญัติผู้สอบบัญชี พ.ศ. 2505 หรือคณะกรรมการสภาเภสัชกรรม มีอำนาจออกใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเภสัชกรรมตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537

อนึ่ง องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองข้อนี้ที่ว่า ต้องเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ทำให้สามารถแยกนิติกรรมทางปกครองออกจากการกระทำของรัฐในลักษณะอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำของรัฐบาล

(3) นิติกรรมทางปกครองต้องมีลักษณะที่เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนี้เป็นการทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไปและเป็นนามธรรมมาเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะและเป็นรูปธรรม ตัวอย่างการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ที่สร้างนิติสัมพันธ์ที่ทำให้มีการเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตยอมก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้รับอนุญาต การที่เจ้าหน้าที่เพิกถอนใบอนุญาตยอมทำให้สิทธิที่ประชาชนได้รับไปแล้วต้องระงับไป การที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งต่อประชาชนยอมทำให้ประชาชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง เป็นต้น

อนึ่ง การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ได้มุ่งสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลยอมไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เช่น ปฏิบัติการทางปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา มิได้มุ่งให้เกิดสิทธิและหน้าที่แต่อย่างใด เช่น การจัดการสิ่งกีดขวางการจราจร การรื้อถอนอาคารที่สร้างผิดแบบ การสอนหนังสือ เป็นต้น นอกจากนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้คำปรึกษาหรือแนะนำ ก็มีใช้การมุ่งสร้างนิติสัมพันธ์เช่นกัน ตัวอย่างเช่น การที่กรมสรรพากรตอบข้อหารือของเอกชนเกี่ยวกับภาษีอากร หนังสือตอบข้อหารือดังกล่าวนี้ มิได้มุ่งสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นแต่อย่างใด และการเตือนให้ทราบถึงสิ่งที่ต้องพึงปฏิบัติก็มีได้เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์เช่นเดียวกัน

โปรดดูพระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537, พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525, พระราชบัญญัติวิชาชีพสถาปัตยกรรม พ.ศ. 2508, พระราชบัญญัติการประกอบอาชีพงานก่อสร้าง พ.ศ. 2522, พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ต่างมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจองค์กรวิชาชีพในการออกใบอนุญาตให้กับผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 946/2505 โจทก์ฟ้องอ้างว่า โจทก์ได้ส่งสินค้าเครื่องอัดสำเนา "เทอร์โมแฟกซ์" จากต่างประเทศเข้ามาจำหน่าย โดยโจทก์เห็นว่า มิใช่เครื่องถ่ายภาพหรือเอกสาร อันต้องเสียภาษีการซื้อโภคภัณฑ์ตามกฎหมาย โจทก์ได้มีหนังสือสอบถามไปยังกรมสรรพากร

ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าหน้าที่กรมตรวจคนเข้าเมืองมีหนังสือเท่าความถึงการที่โจทก์ได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทย และบอกให้ทราบว่าจะต้องเดินทางกลับออกไปภายในกำหนดที่ได้รับอนุญาตเป็นการเตือนให้โจทก์ ซึ่งถือหนังสือเดินทางคนต่างด้าวรู้ไว้เท่านั้น ไม่เป็นการโต้แย้งสิทธิโจทก์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1107/2508) หรือเจ้าพนักงานการพิมพ์มีหนังสือถึงโจทก์ใจความว่า หนังสือพิมพ์ของโจทก์ไม่ได้พิมพ์ออกโฆษณาและจำหน่ายติดต่อกันเป็นระยะเวลา 30 วัน ใบอนุญาตของโจทก์สิ้นสุดลงตามพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 จึงเรียนมาเพื่อทราบ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1167/2510)

อย่างไรก็ตาม มีปัญหาว่า "คำเตือน" ของพนักงานตรวจแรงงานที่อาศัยอำนาจตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงาน ข้อ 77 ที่บัญญัติว่า "เมื่อปรากฏว่านายจ้างได้มีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงานพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะให้คำเตือนแก่นายจ้างเพื่อให้นายจ้างได้ปฏิบัติตามการให้ถูกต้องตามคำเตือนที่ได้ให้ไว้ โดยกำหนดระยะเวลาที่จะให้นายจ้างปฏิบัติตามคำเตือนนั้น ๆ ก่อนที่จะดำเนินการลงโทษให้เป็นไปตามกฎหมายก็ได้" คำเตือนดังกล่าวนี้จะเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์หรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานไม่ก่อให้เกิดการโต้แย้งสิทธิ โดยให้เหตุผลว่า คำเตือนไม่ใช่คำวินิจฉัยชี้ขาดหรือคำสั่งให้นายจ้างต้องปฏิบัติตาม แต่เป็นคำชี้แจงให้นายจ้างทราบว่านายจ้างได้กระทำการฝ่าฝืนประกาศกระทรวงมหาดไทย และนายจ้างควรปฏิบัติอย่างไรแต่ในตัวคำเตือนเองไม่มีผลในทางกฎหมายให้นายจ้างต้องปฏิบัติตาม(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1444/2519(ประชุมใหญ่), 2488/2519, 60/2520, 1649/2520, 2515/2520, 695/2522, 1311/2522, 1903/2523 และ 93/2524) ทั้งนี้ อาจเพราะศาลเห็นว่าแม้พนักงานตรวจแรงงานไม่ออกคำเตือนนายจ้างก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานอยู่

จำเลย จำเลยได้แจ้งมายังโจทก์ว่า เครื่องอัดสำเนาดังกล่าวเป็นโคคกัณฑ์ประเภทที่ 5 (ข) ซึ่งต้องเสียภาษีโคคกัณฑ์ตามประมวลรัษฎากร โจทก์ได้มีหนังสือทักท้วงจำเลยไปหลายครั้ง จำเลยก็คงยืนยันความเห็นเดิม โจทก์จึงฟ้องจำเลยขอให้ศาลพิพากษาว่าเครื่องอัดสำเนาดังกล่าวไม่ใช่โคคกัณฑ์อันจะต้องเสียภาษีการซื้อโคคกัณฑ์ตามประมวลรัษฎากร ดังนี้ ถ้าวินิจฉัยเช่นนี้ไม่ได้ว่ามีมูลโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 เพราะจำเลยยังมีได้เรียกเก็บหรือสั่งให้โจทก์เสียภาษี ซึ่งเมื่อถึงเวลาจริง ๆ เข้าจำเลยอาจเปลี่ยนความเห็นไม่เรียกเก็บก็ได้ การที่โจทก์มีความขบขันหรือเป็นห่วงล่วงหน้า ทั้ง ๆ ที่จำเลยยังไม่ลงมือปฏิบัติกรอย่างใด นอกจากแสดงความเห็นขัดแย้งกัน โจทก์จะขอให้ศาลชี้ขาดว่า ความเห็นของโจทก์ผิดหรือถูกยังไม่ได้

แล้ว คำเตือนดังกล่าวจึงไม่ได้ไปกระทบกระเทือนสิทธิหน้าที่ของนายจ้างแต่ประการใด ดังนี้ ศาลฎีกาจึงเห็นว่า คำเตือนไม่ก่อนิติสัมพันธ์ขึ้นนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหานี้ได้มีนักกฎหมายแสดงความเห็นว่า คำเตือนให้นายจ้างปฏิบัติตามกฎหมายแรงงานเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ที่ก่อหน้าที่แก่นายจ้างโดยให้เหตุผลไว้ ดังนี้

...แต่ถ้าพิจารณาด้วยหลักกฎหมายปกครองแล้วมีกฎหมายให้อำนาจพนักงานตรวจแรงงานในการออกคำเตือน ถ้าคำเตือนไม่ชอบด้วยกฎหมาย นายจ้างผู้รับคำเตือนนั้นก็ชอบที่จะโต้แย้งคัดค้านต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูง อันเป็นการอุทธรณ์ภายในอำนาจบริหารแล้วอาจฟ้องร้องต่อศาลให้ตรวจสอบความถูกต้องของคำเตือนได้ ส่วนการที่นายจ้างฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานก็มีโทษทางอาญาอยู่แล้วนั้นก็ไม่ใช่ความผิดทางอาญาที่เป็นอาชญากรรมเพราะกฎหมายแม่บทของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานได้กำหนดขั้นตอนการเปรียบเทียบปรับไว้³⁹

ประเด็นปัญหานี้ หากพิจารณาประกอบกับนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะเห็นว่า คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ข้อ 77 แต่ที่ยังเป็นปัญหาก็คือ คำเตือนนี้สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลหรือไม่ กรณีนี้เมื่อพิจารณาตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานโดยแยกเรื่องความรับผิดทางอาญาออกจากกฎหมายปกครอง จะเห็นว่า การที่นายจ้างฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองแรงงานนั้น มีบทกำหนดโทษทางอาญาไว้แล้ว แต่นายจ้างที่ฝ่าฝืนจะได้รับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อมีคำพิพากษาของศาล แต่ก่อนที่จะมีคำพิพากษาของศาลลงโทษนายจ้าง หากเจ้าพนักงานตรวจแรงงานเห็นว่านายจ้างปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ย่อมมีอำนาจออกคำเตือน (คำสั่ง) ให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องได้ เมื่อพิจารณาในแง่นี้ คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานจึงมีค่าเท่ากับเป็นคำสั่งให้นายจ้างปฏิบัติตามนั่นเอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานนี้เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อนึ่ง หากจะพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่ง หากไม่ถือว่าคำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานเป็นนิติกรรมทางปกครองแล้ว เมื่อมีการออกคำเตือนโดยมิชอบด้วย

³⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 253-254. และโปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย, (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 165-170.

กฎหมายก็ไม่อาจมีการยกเลิกเพิกถอนได้ ซึ่งจะทำให้สิทธินายจ้างถูกกระทบกระเทือน คือ เมื่อมีค่าเตือนแล้วนายจ้างไม่ปฏิบัติตามเพราะเห็นว่าตนยังมีได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่นายจ้างก็ไม่อาจโต้แย้งคัดค้านค่าเตือนนั้นได้ ผลที่สูदनายจ้างก็อาจถูกดำเนินคดีอาญาฐานไม่ปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานได้

(4) นิติกรรมทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครอง ทั้งนี้ เมื่อพิจารณา มาตรา 5 ที่นิยามความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” กับ “เจ้าหน้าที่” จะเห็นว่าการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่นั้นก็คือ การใช้อำนาจทางปกครอง กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครอง หากแม้เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ แต่เป็นการกระทำภายในขอบเขตกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายเอกชน ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าหน้าที่ซื้อวัสดุอุปกรณ์เพื่อใช้ในทางราชการ การซื้อดังกล่าวนี้อยู่ในขอบเขตกฎหมายเอกชนจึงมิใช่นิติกรรมทางปกครอง การพิจารณาองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองข้อนี้จึงเป็นการพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำเป็นสำคัญ

(5) นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองข้อนี้แสดงให้เห็นชัดว่า นิติกรรมทางปกครองเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชน รัฐจึงสามารถก้าวล่วงเข้าไปกำหนดสิทธิหน้าที่ของเอกชนได้ ดังนั้น หากเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองที่ยังไม่มีผลโดยตรงออกสู่ภายนอก ก็มิใช่นิติกรรมทางปกครอง เช่น หนังสือเวียน คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง แนวทางการใช้ดุลพินิจ

อนึ่ง มีปัญหาว่า การสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการ คำสั่งดังกล่าวนี้เป็นการกระทำที่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก หรือเป็นการกระทำภายในฝ่ายปกครอง ปัญหานี้เมื่อพิจารณาถึงสถานะของข้าราชการจะเห็นว่า ข้าราชการมี 2 สถานะ คือ เป็นข้าราชการกับเป็นบุคคลธรรมดาคนหนึ่ง ซึ่งหากพิจารณาถึงสิทธิความสัมพันธ์กับรัฐแล้ว ความสัมพันธ์ของราชการกับรัฐมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ ข้าราชการมีทั้งความสัมพันธ์พื้นฐานกับรัฐ และความสัมพันธ์ในทางการทำงานกับรัฐ ในส่วนของความสัมพันธ์ในทางการทำงานที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบคำสั่งที่ให้ปฏิบัติในการทำงานในฐานะผู้ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติ เช่น คำสั่งย้ายข้าราชการให้ไปดำรงตำแหน่งอื่น คำสั่งเช่นนี้ไม่ถือว่ามีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก สำหรับความสัมพันธ์พื้นฐานที่ก่อหรือเปลี่ยนแปลงนิติฐานะของบุคคล เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งไล่ออก ซึ่งคำสั่งเหล่านี้กระทบสิทธิพื้นฐานของข้าราชการ มีปัญหาว่า คำสั่งเช่นนี้เป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า คำสั่งที่เกี่ยวกับสถานะของข้าราชการนั้นเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน เป็นอำนาจของราชการฝ่ายบริหารโดยเฉพาะโจทก์จะขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่ง

ดังกล่าวไม่ได้⁴⁰ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496, 818/2499, 568/2502, 1066/2513, 355/2516, 2230/2520, 822/2522, 1896/ 2522, 2531/2522, 1155/2526 และ 3535/2529) ซึ่งเสมือนหนึ่งศาลเห็นว่า คำสั่งที่เกี่ยวกับสถานะของข้าราชการนั้น ไม่กระทบสิทธิพื้นฐานของข้าราชการจึงไม่เป็นการโต้แย้งสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55

ปัญหาข้างต้น หากพิจารณาพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 5 บทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” จะเห็นได้ชัดว่า นิติกรรมทางปกครองรวมถึงการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลด้วย สถานภาพของสิทธิในที่นี้ย่อมหมายถึง กรณีสิทธิพื้นฐานของข้าราชการได้รับการกระทบจากคำสั่งลงโทษทางวินัยด้วย ดังนั้น ตามพระราชบัญญัตินี้คำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการเป็นนิติกรรมทางปกครอง

(6) นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองข้อนี้ได้มาจากการพิจารณานิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” กับ “กฎ” ที่ว่า คำสั่งทางปกครองไม่รวมกฎ โดยมาตรา 5 ได้นิยามว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” กรณีเฉพาะเรื่องอาจพิจารณาได้ 2 กรณี กรณีแรก การระบุตัวบุคคลผู้รับนิติกรรมทางปกครองเฉพาะเรื่องนี้ไว้ โดยรวมถึงระบุกุ่มบุคคลที่เจาะจงตัวได้ด้วย ตัวอย่างเช่น การออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยระบุชื่อเจาะจงไว้ในใบอนุญาต กรณีที่สอง คำสั่งทั่วไปทางปกครอง ทั้งนี้ หากพิจารณานิยามในมาตรา 5 จะเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองไม่หมายรวมถึงกฎ โดยนัยกลับกันสิ่งใดที่ไม่ใช่กฎก็เป็นนิติกรรมทางปกครอง จากนิยาม “กฎ” จะเห็นว่า กรณีเป็น คำสั่งที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดโดยเฉพาะ ไม่ใช่ทั่วไปย่อมไม่ใช่กฎ กรณีนี้แม้ไม่อาจระบุตัวบุคคลที่แน่นอนได้ แต่ก็ เป็นกรณีเฉพาะเรื่อง ซึ่งถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง ตัวอย่าง เช่น

1) นายอำเภอได้ประกาศคำสั่งห้ามมิให้ผู้หนึ่งผู้ใดทำนาหรือทำประโยชน์ใด รุกเข้าไปในเขตบึงแห่งหนึ่ง ซึ่งเป็นสาธารณประโยชน์และหวงห้ามรักษาพืชพันธุ์ สัตว์น้ำนั้น โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติปกครองท้องถิ่นที่ 2457 มาตรา 122 (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1409/2494) คำสั่งของนายอำเภอมิได้ระบุบุคคลผู้รับคำสั่ง แต่ได้ระบุเป็นกรณีเฉพาะ คือ เขตที่ห้ามเข้า คำสั่งเช่นนี้ก็ เป็นนิติกรรมทางปกครอง

⁴⁰ อิศสระ นิติทัศน์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527), หน้า 124-125. และบรรเจิด สิงคะเนติ, อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย, หน้า 140-145 และ 174-175.

2) นายอำเภอออกประกาศห้ามรถยนต์วิ่งรับส่งผู้โดยสารในเส้นทางที่กำลังก่อสร้างเพื่อป้องกันอันตรายแก่ผู้โดยสาร และอำนวยความสะดวกในการก่อสร้างให้เสร็จโดยเร็ว โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มาตรา 118 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2495 มาตรา 40 วรรคสาม (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 378-379/2517)

2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

2.2.1 นิติรัฐกับความชอบด้วยกฎหมาย

ทฤษฎีหรือแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐในความหมายสมัยใหม่ กำเนิดขึ้นในบริบทของความเปราะบางสภาพไร้กฎหมายและความไม่สงบในยุคกลาง เป็นเหตุให้ "รัฐ" กำเนิดขึ้นระหว่าง ค.ศ. 1280-1360⁴¹ และมีการเสริมด้วยทฤษฎี "อำนาจอธิปไตย" จนทำให้กษัตริย์อังกฤษและฝรั่งเศสอ้างว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ในศตวรรษที่ 16⁴² ก่อให้เกิด "สมบูรณาญาสิทธิราชย์" จนหลุยส์ที่ 14 ของฝรั่งเศสกล่าวว่า "รัฐคือตัวข้านี้เอง" (Etat c'est moi)⁴³ ต่อมาเมื่อระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ประสบความล้มเหลว ก็มีการเสนอแนวความคิดเสรีนิยมที่ให้ความสำคัญกับคุณค่าของมนุษย์แต่ละคนในฐานะปัจเจกชน ที่มุ่งจำกัดอำนาจผู้ปกครอง⁴⁴ จนพัฒนาไปสู่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ⁴⁵ ไม่ใช่ของใครคนใดคนหนึ่ง นอกจากนี้นิติรัฐยังได้รับการพัฒนาชัดเจนจากเหตุการณ์ปฏิวัติฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789

แนวความคิดทฤษฎีนิติรัฐจึงถือกำเนิดขึ้นมาจากระบบเสรีนิยมในทางการเมืองที่มีความมุ่งหมายที่จะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่บุคคลในการที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิโดยรัฐ "นิติรัฐ" ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า "Legal State" ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า "Etat de Droit" และภาษาเยอรมันใช้คำว่า "Rechtsstat" คำว่า "นิติรัฐ" นี้ ได้มีการศึกษาทางวิชาการในปลายศตวรรษที่ 19 และตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 19 ก็ได้มีการใช้คำนี้อย่างแพร่หลาย นิติรัฐในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุมีผล ในศตวรรษที่ 19 นี้ นิติรัฐมิได้

⁴¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2536), หน้า 21.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 28, 33.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

หมายถึงเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐ แต่หมายถึงวิธีการหรือลักษณะของการกระทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม⁴⁶

คำว่า "นิติรัฐ" มีผู้ให้นิยามไว้หลายท่าน เช่น

(1) "นิติรัฐ" หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้น พัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็น รัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด⁴⁷

(2) "ความคิดเรื่องนิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ฝังใฝ่ในสิทธิ ปังเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมิบัพัญญูตีในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีอยู่วิธีเดียว คือ ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบโคที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะมีผู้บังคับรัฐอยู่เสมอ และโดยการที่มีบัพัญญูตีให้ราษฎรเป็นองค์กร(Organ) ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรงสำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร"⁴⁸

(3) "นิติรัฐก็คือ รัฐที่กำหนดเป็นเป้าหมายที่จะคุ้มครองเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในรัฐและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ ในรัฐดังกล่าวนี้ การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น"⁴⁹

⁴⁶ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 92.

⁴⁷ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 127.

⁴⁸ หยุต แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538), หน้า 123-124.

⁴⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 157.

อย่างไรก็ตาม การให้นิยามดังกล่าวก็ยังไม่อาจเข้าใจนิติรัฐได้อย่างชัดเจน การนิยาม "นิติรัฐ" ที่จะให้เข้าใจได้ชัดเจนนั้นอาจจำต้องอธิบายโดยเทียบกับ "รัฐตำรวจ" ดังที่นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสชื่อ การ์เร เดอแมลแบร์ (R. Carré de Malberg) ให้นิยาม "นิติรัฐ" ไว้ ดังนี้

ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอะไรก็ได้ ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้น จะทำอย่างไรก็ได้ (la fin justifie des moyens) ตรงกันข้ามกับ "นิติรัฐ" (Etat de droit หรือ Rechtsstat) ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกันนั่นก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น (loi) ให้อำนาจไว้เท่านั้นกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้นนิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็น

ที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบและที่
ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย”⁵⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจสรุปว่า นิติรัฐ คือ รัฐภายใต้กฎหมาย รัฐหรือเจ้าหน้าที่
ของรัฐจะกระทำการใด ๆ อันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจ
ฉะนั้นในนิติรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมีความสำคัญ

ใน “นิติรัฐ” การกระทำของรัฐทุกอย่างจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหรืออธิบายด้วย
กฎหมายได้ รัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย นิติรัฐมีเป้าหมายในการ
กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐและอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชน
เป็นสังคมที่ปกครองโดยกฎหมาย หน้าที่ของนิติรัฐ คือ รัฐที่รับใช้ประชาชน⁵¹

ดังนั้น เมื่อมองว่า “นิติรัฐ” คือ หลักที่ว่ารัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดจะต้องอยู่ภายใต้
ใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐตราขึ้น⁵² แล้ว ก็หมายความว่า

ประการแรก การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องมีกฎหมายเป็น
รากฐาน ซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลาย
ลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือน
สิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้จะมีกฎหมายเป็นรากฐานของการกระทำ
หรือใช้อำนาจแล้ว ยังมีหลักต่อไปว่า การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นต้องชอบ
ด้วยกฎหมาย คือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ วัตถุประสงค์ที่กฎหมาย
กำหนดไว้หากผิดไปจากที่กำหนดไว้ เราก็ถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วย
กฎหมาย นี่คือหลักกฎหมายที่เรียกว่าความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของ
องค์กรของรัฐ (principe de la légalité)⁵³

⁵⁰ แปลจาก R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, (Paris : CNRS, 1920), p.488. อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 2 | การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2537), หน้า 49-50.

⁵¹ กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, หลักกฎหมายปกครอง, หน้า 96.

⁵² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 52.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

ประการที่สอง หากรัฐหรือองค์กรของรัฐฝ่าฝืนกฎหมายที่ตนตราขึ้น จะต้องมี กลไกและกระบวนการที่บุคคลสามารถทำให้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นไร้ ผลไป และหากความเสียหายเกิดแก่บุคคลก็สามารถเรียกให้รัฐหรือองค์กรของรัฐ ชดใช้ค่าเสียหายได้ เราเรียกมิติที่สองนี้ว่า “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำของรัฐ” (Contrôle de légalité) ซึ่งในระบบกฎหมายทั้งหลาย อาจมอบภาระในการควบคุมนี้ไว้ที่ศาล ซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรม (อย่างใน อังกฤษ สหรัฐอเมริกา) หรือศาลพิเศษ เช่น ศาลปกครอง (อย่างในฝรั่งเศส หรือ เยอรมัน) ก็ได้ และการให้มืองค์กรและกระบวนการวินิจฉัยในการกระทำที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมายไม่มีผล ตลอดจนให้ชดใช้ค่าเสียหาย นี้เองที่ทำให้ “นิติรัฐ” มี ประสิทธิภาพบังคับจริงจัง ไม่ใช่เป็นหลักการบนกระดาษเท่านั้น...⁵⁴

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ใน “นิติรัฐ” การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วย กฎหมาย และมีการควบคุมความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐด้วยการกระทำของรัฐ การควบคุมการกระทำของรัฐให้ชอบด้วยกฎหมายมีวิธีการดังต่อไปนี้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติในนิติรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ เว้นแต่ที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ต้องออกโดยประชาชนหรือองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชน⁶⁵ อนึ่ง หากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีปัญหาว่าฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็จะมีระบบควบคุม เช่น ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดว่ากฎหมายที่ออกนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ (เช่น ในสหรัฐอเมริกา) หรืออาจมีการตั้งองค์กรเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ (เยอรมัน) หรือตุลาการรัฐธรรมนูญ (ไทย) เป็นผู้วินิจฉัยก็ได้ หากศาลเห็นว่ากฎหมายที่ออกมานั้นขัดรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นก็ไม่มีผลบังคับตั้งแต่นั้น

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการในนิติรัฐ มีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ เพราะตุลาการเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้องค์กรตุลาการจะเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันองค์กรตุลาการก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย กล่าวคือ ตุลาการต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปตามตัวบทกฎหมาย ในระบบกฎหมายจึงต้องมีกลไกในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการ เช่น การที่กำหนดให้ศาลมี 3 ชั้น โดยให้ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาศาลล่าง หรือการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดว่าคำพิพากษาของศาลสูงสุดอื่นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างเช่นในเยอรมัน เป็นต้น⁶⁶

(3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารอาจแยกได้เป็น 2 ส่วน คือ รัฐบาลกับฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจเรียกรวมการกระทำของฝ่ายบริหารทั้ง 2 ส่วนได้ว่า การกระทำของรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง เฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีหลักว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นปฏิบัติการทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง ที่จะกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ถ้าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีกระบวนการควบคุม เช่น ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอน และถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เอกชน ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบ ถ้าหากเป็นปฏิบัติการทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

อนึ่ง ที่กล่าวว่า การกระทำของรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น การกระทำของรัฐบาล ได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา และการ

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 278.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 278.

กระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ⁵⁷ การกระทำของรัฐบาลก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย คือ รัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลในการกระทำของรัฐบาล และเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องศาล แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องว่ารัฐบาลกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ใช้ค่าเสียหายไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำของรัฐบาลไม่ถูกควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลเท่านั้นแต่อาจถูกควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล เป็นต้น⁵⁸

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นข้อเรียกร้องประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยสาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมายมีอยู่ว่าการกระทำของรัฐทุกอย่างต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจ และมีกระบวนการในการควบคุมการกระทำของรัฐที่มีชอบด้วยกฎหมายด้วย

2.2.2 ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายเดิมเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนเท่านั้น เพราะในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีหลัก The king can do no wrong ซึ่งทำให้รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาเมื่อเกิดแนวความคิด “นิติรัฐ” ในศตวรรษที่ 18 การกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติยังไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้แทนของปวงชน การที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายก็เท่ากับเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน ต่อมาในศตวรรษที่ 20 จึงเกิดแนวคิดที่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องอยู่ภายใต้หลักนี้ด้วย โดยสืบเนื่องมาจากคำตัดสินของศาลฎีกาอเมริกาในคดี Marbury V. Madison ในปี ค.ศ.1803 ในปัจจุบันจึงเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า การกระทำของรัฐทุกฝ่ายต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย⁵⁹

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายอาจพิจารณาได้ 2 นัย คือ การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วยกฎหมาย และการควบคุมให้การกระทำของรัฐชอบด้วยกฎหมาย ในที่นี้จะได้พิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 177-179.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 179-180.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 275-276.

2.2.2.1 ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หมายถึง ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองใด ๆ อันเป็นการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้⁶⁰

หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกันก็เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย⁶¹ ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่ว่า "เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ(รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ) ไว้ จะทำมิได้ (โดยเฉพาะเมื่อกระทบสิทธิเสรีภาพปัจเจกชน)"⁶² ที่ถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองนั้น หมายถึง ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และนิติกรรมทางปกครองที่ออกนั้นต้องสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย ซึ่งในนัยนี้จะเห็นว่ากฎหมายเป็นทั้งรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง ในขณะเดียวกัน กฎหมายก็เป็นขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองด้วย ส่วนที่ถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น หมายความว่า หากนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหมดสิ้นไป เช่น การขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เป็นต้น

⁶⁰ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, หลักกฎหมายปกครอง, หน้า 135 ; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 279-280. International Institute for Legal and Administrative Terminology; Manual of International Legal and administrative Terminology, (Germany), p.25. Brown L. Neville and Garner J.F., French Administrative Law, (London : Butterworths, 1983), pp.132-133 ; หัสวุฒิ วิทิตวิรัชกุล, "หลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครอง," รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 83 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ (กรุงเทพมหานคร : มุลินีนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 280 ; วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, หน้า 13.

⁶¹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, หน้า 164. และขวัญชัย สันตสว่าง, "หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย," หน้า 2

⁶² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2, หน้า 51.

2.2.2.2 เนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง มีประเด็นสำคัญน่าพิจารณา คือ ความหมายของ “กฎหมาย” ในหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนี้มีความหมายเพียงใด ทั้งนี้ เพราะกฎหมายมีหลายประเภท และแต่ละประเภทก็มีหลายรูปแบบ ผู้เขียนจะได้แยกวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก คือ กฎหมายที่เป็นรากฐานที่มา(source) ของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง กรณีที่สอง คือ กฎหมายที่เป็นขอบเขต (limitation) ของนิติกรรมทางปกครอง

กรณีแรก กฎหมายที่เป็นรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง กฎหมายที่จะให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนหรือปวงชนตราขึ้นเอง⁶³

สำหรับกฎหมายไทย ปรากฏความหมายของ “กฎหมาย” ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนชัดเจนในรัฐธรรมนูญ คือ รัฐธรรมนูญในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ในข้อความตอนต้นของบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ เหล่านี้ จะมีการรับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างสัมพันธ์ (relative) คือ ให้อำนาจรัฐออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นได้ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538

“มาตรา 42 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะและเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการรบ หรือการสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่า อาจมีการออก “กฎหมาย” มาจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ ซึ่งต้องพิจารณาต่อไปว่า “กฎหมาย” ในรูปแบบใดที่เป็นกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญที่จะออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

⁶³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 282. และ กมลชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 135.

ในรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการออกกฎหมาย ดังนี้

“มาตรา 93 ร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯถวายภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภา เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้”

“มาตรา 175 ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้”

“มาตรา 178 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญทั้งฉบับจะเห็นได้ว่า มีเพียงบทบัญญัติในการตรากฎหมายที่ถือว่าเป็นกฎหมายที่จะมาจำกัดสิทธิประชาชนได้ในความหมายของรัฐธรรมนูญเพียง 2 มาตรา คือ มาตรา 92 และ 175 โดยในมาตรา 92 บัญญัติไว้ชัดว่า เมื่อพระราชบัญญัติประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็น “กฎหมาย” ส่วนมาตรา 175 บัญญัติไว้ชัดว่า พระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนดก็ย่อมเป็นกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน อีกทั้งเมื่อพิจารณาตามมาตรา 178 จะเห็นว่า พระราชกฤษฎีกาจะออกขัดต่อกฎหมายไม่ได้ “กฎหมาย” ที่พระราชกฤษฎีกาที่ออกมาขัดไม่ได้นี้ ก็ได้แก่กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ

กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญที่จะตราขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้ จึงมิได้เฉพาะกฎหมายที่ตราในรูปแบบพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะอาศัยกฎหมายเป็นรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ “กฎหมาย” นั้น ต้องเป็นกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ

เหตุผลประการสำคัญที่จำกัดเฉพาะ “กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ” เท่านั้นที่จะเป็นรากฐานให้ฝ่ายปกครองใช้ออกนิติกรรมทางปกครองกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ก็เพราะกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยผ่านความเห็นชอบของผู้แทนปวงชน ในกรณีนี้พระราชบัญญัติจะเห็นชัดว่าตราขึ้นโดยรัฐสภา* (ฝ่ายนิติบัญญัติ) ส่วนกรณีพระราชกำหนดแม้จะตราโดยฝ่ายรัฐบาล แต่เมื่อตราขึ้นแล้วต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา** ซึ่ง

* รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 มาตรา 93

** รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 มาตรา 175 วรรค 3

เป็นไปตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนที่ว่า กฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎร หรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร จะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยความยินยอมของ "ผู้แทนปวงชน" ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือทางอ้อมของราษฎร⁶⁴

กรณีที่สอง กฎหมายที่เป็นขอบเขตของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง กฎหมายที่เป็นขอบเขตของอำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง นอกจากจะหมายถึงกฎหมายที่เป็นรากฐานที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองแล้ว ยังรวมถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายอื่น ๆ อีกด้วย ไม่ว่าจะกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายนั้นเองเป็นสายลักษณะอักษรหรือไม่ นอกจากนั้น แม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นสามารถออกกฎเกณฑ์ได้เอง เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็ต้องเคารพกฎหมายนั้นด้วยจนกว่าตนจะได้แก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกกฎหมายนั้นด้วยรูปแบบและกระบวนการเดียวกันกับที่ออกกฎหมายนั้น ๆ หากตนเองฝ่าฝืนโดยการออกนิติกรรมทางปกครองขัดต่อกฎหมายนั้น ถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังคำวินิจฉัย Conseil d'Etat ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน 1980 คดี Ville de Midi-bel-Abbes ซึ่งตัดสินไว้ว่า นายกเทศมนตรีออกเทศบัญญัติห้ามจอดรถ ต่อมาไปใช้อำนาจอนุญาตให้บุคคลบางคนจอดรถได้ เป็นการฝ่าฝืนเทศบัญญัติไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁵

อนึ่ง แม้เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นการวางแนวกำหนดเกณฑ์การออกคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ก็มีผลผูกพันฝ่ายปกครองให้จำต้องออกนิติกรรมทางปกครองภายใต้กฎเกณฑ์ที่เป็นการวางแนวกำหนดเกณฑ์การออกคำสั่งนั้น หากฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันหลักความเสมอภาคและสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมจากฝ่ายปกครอง⁶⁶

2.2.2.3 ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองมีขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย การพิจารณาขอบเขตของหลักดัง

⁶⁴ Jörg Paul Muller, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, Edition Staempfli & Cie SA, 1983, pp.107-122. อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, หน้า 28.

⁶⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 281.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 118-119.

กล่าวจึงต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง⁶⁷ ในการออกนิติกรรมทางปกครอง ในทางทฤษฎีอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง อาจแบ่งได้ 2 ประเภท

(1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มีอำนาจผูกพัน (Mandatory Power) อำนาจผูกพัน คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติ บังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้นฝ่ายปกครองจะต้องออกนิติกรรมทางปกครองที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้⁶⁸ โดยไม่มีเสรีภาพในการเลือกปฏิบัติ⁶⁹ เช่น กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองรับจดทะเบียนตั้งบริษัท โดยกำหนดเงื่อนไขไว้หลายประการ ถ้าเอกชนรายใดยื่นขอจดทะเบียนบริษัทโดยปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ครบถ้วน ฝ่ายปกครองต้องรับจดทะเบียน จะอ้างเหตุที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เพื่อไม่รับจดทะเบียนไม่ได้ (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2383/2526)

นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันนี้ ฝ่ายปกครองเปรียบเสมือนเครื่องทำงานอัตโนมัติให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น กรณีนี้นิติกรรมทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างสมบูรณ์

(2) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) อำนาจดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ และสมควรจะออกนิติกรรมทางปกครองโดยมีเนื้อหาอย่างไร ตัวอย่างเช่น เมื่อปรากฏว่าผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการคนใดดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และในกรณีที่ตกลงว่าสมควรออกคำสั่งฝ่ายปกครองก็ยังสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต⁷⁰ ซึ่งจะเห็นว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมี 2 ประเภท คือ ประเภทแรกฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะ

⁶⁷ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย, หน้า 17.

⁶⁸ Jean Rivero, "Droit administratif," (Paris : Dalloz, 1980), p.83. อ้างใน วรรณพานิชย์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," หน้า 41.

⁶⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครอง, หน้า 169. และอิสระ นิติทัศน์ ประภาส, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : กิ่งจันทร์การพิมพ์, 2529), หน้า 104.

⁷⁰ วรรณพานิชย์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," หน้า 43.



ออกหรือไม่ออกนิตินกรรมทางปกครอง ประเภทที่สอง เมื่อฝ่ายปกครองเลือกที่จะออกนิตินกรรมทางปกครอง ก็มีดุลพินิจเลือกที่จะออกนิตินกรรมทางปกครองอย่างไรในหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายกำหนดไว้⁷¹

นิตินกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนี้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ก่อให้เกิดเสรีภาพอย่างไร้ขอบเขต⁷² มิฉะนั้นแล้วอำนาจดุลพินิจก็จะไม่แตกต่างกับอำนาจผลการ⁷³ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด จะใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น ในเรื่องหลักความเสมอภาคและหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ ภายใต้หลักความเสมอภาคในการวินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เมื่อฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และได้ออกนิตินกรรมทางปกครองให้แก่ประชาชนคนใดไปแล้ว ย่อมผูกพันที่จะวินิจฉัยเรื่องอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การจะเปลี่ยนแปลงนิตินกรรมทางปกครองที่ออกให้ใหม่จะต้องมีและแสดงเหตุผลพิเศษ ภายใต้หลักความสมควรแก่เหตุ (Ubersmassverbot) หรือหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์จะต้องเหมาะสม จำเป็น และได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ⁷⁴

เมื่อพิจารณาถึงขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิตินกรรมทางปกครอง จะเห็นว่า ในกรณีที่เป็นนิตินกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันนั้น นิตินกรรมทางปกครองตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างสมบูรณ์ ส่วนกรณีที่เป็นนิตินกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนั้น นิตินกรรมทางปกครองแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ความชอบด้วยกฎหมาย กับความเหมาะสม เฉพาะในแง่ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ส่วนความเหมาะสมเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยแท้

⁷¹ กมลชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 171.

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 174.

⁷³ อิศระ นิตินศัพท์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : กิ่งจันทร์การพิมพ์, 2529), หน้า 106.

⁷⁴ กมลชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 174. และวราพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, หน้า 34-35, 38-45.

2.2.2.4 ข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ หมายถึง สิ่งที่ทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่อาจบังคับได้โดยสมบูรณ์ ซึ่งมีอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ เรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กับทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ สำหรับเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนหน้านี้แล้ว ซึ่งจะเห็นว่า ที่ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองก็เพราะหากนิติกรรมทางปกครองได้ออกโดยฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ หลักความชอบด้วยกฎหมายจะครอบคลุมเฉพาะขอบเขตของการใช้ดุลพินิจกับการใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่คลุมถึงความเหมาะสมของนิติกรรมทางปกครอง

ในที่นี้จึงจะขอลำถึงเฉพาะทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ (La Theorie des circonstances exceptionnelles)

แนวความคิดของทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ ในบางสถานการณ์ที่ไม่ปกติ การจะให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเหมือนในภาวะการปกติไม่ได้ เพราะเป็นการเสี่ยงต่อการที่จะทำให้การดำเนินงานในทางปกครองเป็นอัมพาต ดังนั้น ในสถานการณ์ที่ไม่ปกติความจำเป็นย่อมเป็นกฎหมาย⁷⁵ ฝ่ายปกครองจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายเหมือนในสถานการณ์ปกติ แต่อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางปกครองที่ออกในสถานการณ์ไม่ปกติ ต้องอยู่ใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ

ลักษณะของสถานการณ์ไม่ปกติ อำนาจของฝ่ายปกครองที่ได้รับในเมื่อมีสถานการณ์ไม่ปกติ บางครั้งก็กำหนดไว้ในกฎหมายโดยตรง เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี 1958 มาตรา 16 ให้อำนาจพิเศษแก่ประธานาธิบดีในสถานการณ์ไม่ปกติ หรือประเทศไทยก็มีพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 นอกจากนั้น หลักว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติอาจเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาล เช่น Conseil d'Etat เคยวินิจฉัยไว้ว่า ในยามสงครามฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษเพิ่มมากขึ้น เช่น อำนาจในการเรียกเกณฑ์บุคคลและทรัพย์สิน นอกจากนี้ สถานการณ์ไม่ปกติอาจเกิดจากความไม่สงบหรือเกิดการจลาจลในทางการเมืองหรือสังคม เช่น สถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์คับขัน⁷⁶

⁷⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 286. และ อิศระ นิติกันต์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 110.

⁷⁶ ขวัญชัย สันตสว่าง, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537), หน้า 126-127.

ผลในทางกฎหมายของสถานการณ์ไม่ปกติ คือ เป็นการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองออกไป ทำให้การกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองบางอย่างที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ไปนั้นชอบด้วยกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่หากเป็นในภาวะการณปกติการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การให้อำนาจแก่ "เจ้าหน้าที่โดยพฤตินัย" ทำการแทนเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากสถานการณ์จำเป็นและรีบด่วนต้องดำเนินการบางอย่าง (C.E., 7 มกราคม 1944, Lecoq; 5 mars 1948, Marion)⁷⁷

ขอบเขตของหลักว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ เป็นเพียงทฤษฎีที่ผ่อนคลายหลักความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิใช่เป็นข้อยกเว้นโดยเด็ดขาด จึงมิได้หมายความว่า ในสถานการณ์ไม่ปกติใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยสิ้นเชิง เป็นแต่เพียงว่าการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครอง โดยหลักนี้มีการผ่อนคลายและมีการจำกัดอำนาจน้อยกว่าในภาวะปกติ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติกรให้เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ขยายออกไป⁷⁸ จึงอาจเรียกได้ว่า ในสถานการณ์ไม่ปกติฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ไม่ปกติ(ไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในภาวะการณปกติ) กล่าวคือนิติกรรมทางปกครองหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้น ต้องมีความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเช่นนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและจำเป็นที่จะต้องขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในภาวะการณปกติ อีกทั้งนิติกรรมทางปกครองหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้นต้องพอสมควรได้สัดส่วนกับความจำเป็นของเหตุการณ์เพียงพอ⁷⁹

2.2.3 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ในแง่ที่หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น หลักดังกล่าวเรียกร้องให้มีการควบคุมนิติกรรมทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเป็นจริงขึ้นมาได้ในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งในที่นี้จะได้พิจารณาถึงวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและองค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

⁷⁷ บารัคดี อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 127-128. และ อิศระ นิติพัทธ์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 113.

⁷⁸ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, เอกสารโรเนียวเย็บเล่ม คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2524, หน้า 31.

⁷⁹ ขวัญชัย สันตสว่าง, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 127-128.

2.2.3.1 วิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

วิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ขั้นตอน

(1) ก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองเพื่อทำนิติกรรมทางปกครองมีขั้นตอนเริ่มตั้งแต่คิด ตระเตรียม และออกนิติกรรมทางปกครอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองก่อนออกนิติกรรมทางปกครองเริ่มตั้งแต่การที่ฝ่ายปกครองคิด ตระเตรียม เรื่อยไปจนถึงมีนิติกรรมทางปกครองเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนั้น การควบคุมก่อนออกนี้ ยังรวมถึงการพิจารณาถึงความเหมาะสมของนิติกรรมทางปกครองด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเกิดแนวความคิดเรื่องกระบวนการในการออกนิติกรรมทางปกครองขึ้น เพื่อป้องกันมิให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เหมาะสม⁸⁰ สำหรับวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองก่อนออกนิติกรรมทางปกครองอาจแบ่งได้ 3 กระบวนการ⁸¹

1) การสร้างองค์กรที่มีหน้าที่ในการให้ความเห็นเบื้องต้นทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง ในปัจจุบันองค์กรเหล่านี้ เช่น สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส Contraloria ของประเทศชิลี และสภากฎหมาย (Conseil Legislatif) สำหรับประเทศไทย ได้แก่ คณะกรรมการกฤษฎีกาในส่วนของกรมการร่างกฎหมายซึ่งทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายปกครอง คล้ายกับ C.E.

2) การให้ประชาชนควบคุมโดยให้มีส่วนร่วมก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้โอกาสประชาชนที่จะถูกกระทบจากการออกนิติกรรมทางปกครองมีสิทธิในการป้องกันส่วนได้เสียของตนเองได้ สำหรับรูปแบบของการมีส่วนร่วมของประชาชน ได้แก่ วิธีการโต้แย้งการปรึกษาหารือ การได้สวนสาธารณะ

3) การเปิดโอกาสให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ และการให้เหตุผลในนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นการทำให้ความลับของทางราชการคลายความศักดิ์สิทธิ์ลง และการที่บังคับให้ฝ่ายปกครองให้เหตุผลในนิติกรรมทางปกครอง เป็นหลักประกันที่มีประสิทธิภาพอย่างยิ่ง เพราะทำให้ประชาชนรู้ถึงเหตุผลในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นซึ่งหากตนเห็นว่าเหตุผล

⁸⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและความคุ้มครองฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 20-26.

⁸¹ โภคิน พลกุล, "รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง," วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 1 ปีที่ 12 (2524), หน้า 41-50.

นั้นไม่ถูกต้อง ก็สามารถที่จะโต้แย้งคัดค้านเพื่อนำไปสู่การแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก เพิกถอน นิติกรรมทางปกครองต่อไปได้

วิธีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง มีข้อดีในแง่ที่เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของประชาชนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะทำนิติกรรมทางปกครอง นอกจากนี้ การที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลในนิติกรรมทางปกครองยังเป็นหลักประกันอีกชั้นหนึ่งที่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาอำนาจของตนตามกฎหมาย เพื่อปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง อนึ่ง วิธีการนี้ยังคลุมถึงการที่ให้ฝ่ายปกครองพิจารณาถึงความเหมาะสมในการออกนิติกรรมทางปกครอง นอกจากความชอบด้วยกฎหมายด้วย ซึ่งต่างจากการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองภายหลังออกนิติกรรมทางปกครองซึ่งมักจะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเป็นหลัก⁸²

อย่างไรก็ตาม วิธีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองก่อนออกนิติกรรมทางปกครองก็มีข้อเสียบางประการ โดยเฉพาะเมื่อกระบวนการที่กฎหมายกำหนดซับซ้อนเกินไป กินเวลายาวนานเกินไป ฝ่ายปกครองอาจปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าวพอเป็นพิธี ซึ่งทำให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหลืออยู่น้อย⁸³ ด้วยเหตุนี้เองลำพังเพียงวิธีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองก่อนออกนิติกรรมทางปกครองจึงไม่เพียงพอในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง จึงจำเป็นต้องมีมาตรการอื่นมาเสริมซึ่งก็คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองภายหลังออกนิติกรรมทางปกครอง⁸⁴

(2) ภายหลังออกนิติกรรมทางปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็ย่อมจำเป็นต้องมีวิธีการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง วิธีการที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองภายหลังออกนิติกรรมทางปกครอง อาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

⁸² Guy Braibant, Nicole Questiaux and Celine Wiener, Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens, r.p., p.223. อ้างใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย, หน้า 28-29.

⁸³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย, หน้า 29-30.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

1) การถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลย (inexistence) ซึ่งเป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มาจากองค์กรที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมาย (dépourvu d'existence légale) หรือเป็นองค์กรที่ไม่มีอำนาจใด ๆ ของฝ่ายปกครองอยู่เลยอย่างเห็นได้ชัด (manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration) หรือนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ใช่อำนาจฝ่ายปกครอง แต่เป็นอำนาจศาลปกครอง (empiètement de l'administration sur les attributions d'une juridiction) เป็นต้นนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวข้างต้นถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับสูง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส Conseil d'Etat ถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่เกิดขึ้นเลย⁸⁶ ส่วนในประเทศเยอรมันมีการบัญญัติวิธีการในการถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลยไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในมาตรา 44 ว่า นิติกรรมทางปกครองเป็นโมฆะเมื่อมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเป็นที่ยอมรับอย่างแจ้งชัดที่แม้แต่วิญญาณที่ไม่ได้มีการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้ว ก็ตอบได้ว่านิติกรรมทางปกครองผิดพลาดอย่างแจ้งชัด⁸⁶ นอกจากนี้ ยังกำหนดตัวอย่างเหตุแห่งโมฆะกรรมในแต่ละเรื่องไว้ดังนี้ นิติกรรมทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่อาจทราบได้ว่าออกโดยส่วนราชการฝ่ายปกครองใดหรือหน่วยงานของรัฐหน่วยใด หรือนิติกรรมทางปกครองที่จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีพิธีการมอบเอกสารสำคัญให้ ในกรณีที่ไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้ตามพิธีการนั้น หรือนิติกรรมทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองนั้น และเป็นกิจการที่เกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์หรือนิติกรรมทางปกครองที่สั่งให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการหรือปฏิบัติกรอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งด้วยเหตุผลทางข้อเท็จจริงแล้วไม่อาจปฏิบัติได้ หรือนิติกรรมทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันผิดกฎหมาย ซึ่งหากผู้รับนิติกรรมทางปกครองปฏิบัติตามแล้วอาจจะต้องรับโทษอาญา หรืออาจจะต้องถูกปรับทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸⁷

⁸⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 362.

⁸⁶ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความชอบด้วยกฎหมาย ความไม่ชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน," รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2540), หน้า 57.

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59-61. และ Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985), p.42.

ผลทางกฎหมายในกรณีที่ถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลย หรืออาจเรียกว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ (เสียเปล่า) ประการแรก นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่อาจก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย คือ ไม่อาจบังคับการตามนิติกรรมทางปกครองที่โมฆะได้ ประการที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะนี้ไม่อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้เพราะถือว่าเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ประการที่สาม ผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่โมฆะสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลขอให้พิสูจนความเป็นโมฆะกรรมของนิติกรรมทางปกครองได้ทุกเมื่อไม่มีอายุความ

2) การถือว่านิติกรรมทางปกครองยังสมบูรณ์อยู่ แต่อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้ ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ตกเป็นโมฆียะ กรณีนี้จะเกิดขึ้นเมื่อนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับธรรมดา (illegal, irrégulier, entaché d'excès de pouvoir) แต่ไม่ร้ายแรงถึงระดับโมฆะกรรม ซึ่งเหตุที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองตกเป็นโมฆียะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยไว้ ซึ่งอาจแยกได้ดังนี้ มีการกระทำเกินอำนาจ (incompétence) ทำผิดแบบหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ (vice de forme) ใช้อำนาจโดยผิดวัตถุประสงค์หรือโดยบิดผัน (détournement de pouvoir) หรือละเมิดกฎหมายด้วยประการอื่น (violation de la loi) สำหรับในเยอรมันอาจพิจารณาเหตุแห่งโมฆียะกรรมว่ามาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีบัญญัติหรือวิธีสารบัญญัติ คือ ไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีบัญญัติ เช่น เขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง วิธีพิจารณา แบบ การฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ การให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัย ส่วนในแง่สารบัญญัติ เช่น เจื่อนไขในการใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครอง ความสอดคล้องของนิติกรรมทางปกครองกับตัวบทกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองที่มีอำนาจดุลพินิจด้วย ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจไม่ผิดพลาด การวินิจฉัยสั่งการในการออกนิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำอย่างสมควรแก่เหตุ นิติกรรมทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนกระจ่าง⁸⁸

ผลของนิติกรรมทางปกครองที่ตกเป็นโมฆียะ ประการแรก นิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลใช้บังคับจนกว่าจะถูกยกเลิกหรือเพิกถอน ประการที่สอง ผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายสามารถอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองหรือฟ้องขังศาลขอให้ยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (ซึ่งก็คือ การบอกล้างนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะนั้นเอง)

⁸⁸ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความชอบด้วยกฎหมาย ความไม่ชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน," หน้า 48-56.

2.2.3.2 องค์การที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

หากพิจารณาในแง่องค์การที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อาจแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน คือ การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครอง

(1) การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองนี้ เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเอง ไม่มีองค์การภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครองอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก) การร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร เป็นการร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองซึ่งออกนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง หรือต่อผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองที่ออกนิติกรรมทางปกครองนั้น ซึ่งเป็นไปตามสายงานบังคับบัญชา การร้องเรียนนี้อาจกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือกระทำด้วยวาจาก็ได้ ไม่มีรูปแบบที่เคร่งครัด การควบคุมวิธีนี้มีอยู่ในทุกประเทศโดยทั่วไป แต่เป็นการควบคุมที่ไม่มีวิธีการที่แน่นอน และไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นคดีหรือข้อพิพาท⁸⁰ ข้อดีของการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารก็คือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการสั่งการแก้ไขนิติกรรมทางปกครองกว้าง คือ นอกจากจะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองแล้ว ยังสามารถควบคุมความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจออกนิติกรรมทางปกครองด้วย นอกจากนี้ วิธีการในการร้องทุกข์ในฝ่ายบริหารยังกระทำได้สะดวกกว่าการฟ้องร้องคดี ตลอดจนเสียค่าใช้จ่ายไม่สูงด้วย อย่างไรก็ตาม วิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารก็มีข้อเสียในแง่ที่ประชาชนอาจไม่ได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณา ทั้งนี้ เพราะฝ่ายปกครองอาจปกป้องพวกเดียวกัน โดยเฉพาะในกรณีที่ร้องเรียนขอให้ฝ่ายปกครองที่ออกนิติกรรมทางปกครองทบทวนการออกนิติกรรมทางปกครอง เพราะคงเป็นการยากที่จะให้ฝ่ายปกครองยอมรับว่านิติกรรมทางปกครองที่ตนออกไปบกพร่องหรือผิดพลาด นอกจากนั้น การพิจารณาเรื่องที่ร้องเรียน ฝ่ายปกครองอาจพิจารณาฝ่ายเดียวโดยไม่ให้ออกาสประชาชนโต้แย้งก็ได้ จึงเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหารไม่เพียงพอในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ข) วิธีการในลักษณะกึ่งข้อพิพาท ด้วยวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองยังไม่เพียงพอในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้นจึงมีอีกองค์กรหนึ่งที่จะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง โดยคณะกรรมการที่มีใช้ศาลยุติธรรม ใช้วิธีการพิจารณาใน

⁸⁰ อมร จันทรสมบูรณ์, *กฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527), หน้า 98.

ลักษณะที่เป็นคดีข้อพิพาท โดยมีวิธีพิจารณาที่ให้โอกาสผู้ร้องเรียนชี้แจงข้อโต้แย้งได้ ตลอดจนมีกระบวนการในการแสวงหาพยานหลักฐาน ในประเทศอังกฤษเรียกคณะกรรมการนี้ว่า Administrative Tribunals ซึ่งมีผู้แปลว่าศาลฝ่ายบริหาร⁹⁰ ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ โดยมีหน้าที่เฉพาะเรื่องเฉพาะราวแตกต่างกันไปตามพระราชบัญญัติที่จัดตั้งจะกำหนดไว้ ข้อดีของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลฝ่ายบริหารคือ ศาลฝ่ายบริหารประกอบด้วยผู้ซึ่งมีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้าน ซึ่งจะช่วยให้พิจารณาข้อพิพาทที่ต้องการความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านได้ดี อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินการในศาลฝ่ายบริหารยังสิ้นเปลืองน้อย และวิธีการพิจารณาก็รวดเร็ว บรรยากาศการพิจารณาเป็นกันเอง นอกจากนี้ที่สำคัญก็คือ ศาลฝ่ายบริหารมีวัตถุประสงค์ที่จะพิจารณาวินิจฉัยข้อโต้แย้งในทางที่จะให้ความเป็นธรรมและถูกต้องแก่คู่ความมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยไม่ผูกมัดกับพยานหลักฐานดังศาลยุติธรรม⁹¹ ศาลฝ่ายบริหารพิจารณาทตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในการออกนิติกรรมทางปกครอง

สำหรับในประเทศไทย องค์กรที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาทมีทั้งในรูปคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติโดยเฉพาะเพื่อควบคุมในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น คณะกรรมการลิขสิทธิ์ มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาที่มีคำสั่งเรื่องค่าตอบแทนและเงื่อนไขการใช้ลิขสิทธิ์⁹² หรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร⁹³ มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งการตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร⁹⁴ และคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเป็นการทั่วไปคือ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

(2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

ด้วยเหตุที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองมีข้อจำกัดบางประการดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงเป็นการจำเป็นต้องมีการควบคุมภายนอก

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13

⁹¹ เกษียงไกร เจริญธนาวัฒน์, องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและความคุ้มครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย, หน้า 38.

⁹² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 56

⁹³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 60 (2)

⁹⁴ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 มาตรา 50

⁹⁵ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 มาตรา 51

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง อาจดำเนินการได้โดยองค์กรในหลายลักษณะ เช่น ศาล องค์กรพิเศษ (เช่น ombudsman, prokuratura) หรือทางการเมือง แต่วิธีการเหล่านี้มีผลต่างกัน กล่าวคือ การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ เช่น ombudsman หรือทางการเมืองไม่มีผลโดยตรงในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หากแต่มุ่งเน้นที่จะควบคุมฝ่ายปกครองมากกว่า ในขณะที่การควบคุมโดยศาลจะมุ่งที่ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น ในที่นี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงเฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรศาลเท่านั้น

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยองค์กรศาล อาจแยกพิจารณาโดยคำนึงถึงลักษณะของศาลได้ 2 ประเภท คือ ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

ก) ศาลยุติธรรม ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนใหญ่ได้แก่ประเทศกลุ่ม Anglo-Saxon เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ เป็นต้น หลักกฎหมาย Common Law ไม่ได้ให้ความแตกต่างระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง และถือว่าทั้งเอกชนและฝ่ายปกครองมีฐานะเท่าเทียมกัน จึงต้องถูกควบคุมโดยศาลยุติธรรมอันเดียวกัน ศาลยุติธรรมในอังกฤษ คือ High Court และ Court of Appeal นอกจากจะรับคดีพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองโดยตรง แล้วยังพิจารณาคดีที่ผ่านการพิจารณาของศาลบริหารด้วย (Administrative Tribunals) สำหรับในสหรัฐอเมริกามีประเด็นที่น่าสนใจที่ว่าแม้จะมีระบบคล้ายคลึงกับอังกฤษ แต่ผู้พิพากษาจะควบคุมถึงความสอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยผู้พิพากษาจะดูว่าการมอบอำนาจนิติบัญญัติบางประการให้แก่ฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ไม่เป็นการโอนไปซึ่งอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งต้องเป็นของสภา Congress ไป นอกจากนั้น ศาลยังดูว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญที่ว่า บุคคลไม่อาจถูกพรากไปซึ่งชีวิตหรือทรัพย์สินโดยปราศจาก Due Process of Law (สุภานิติกระบวนการ) ได้รับการเคารพปฏิบัติเพียงใด⁹² และใน Administrative Procedure Act มาตรา 706 ยังบัญญัติให้ศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยหรือคำสั่งขององค์กรฝ่ายปกครองที่ทำลงโดยมิได้ปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดโดยกฎหมาย นอกจากนี้ผู้พิพากษาจะควบคุมว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่เป็นลักษณะ Ultra Vires อีกด้วย⁹³

ข) ศาลปกครอง ระบบนี้ให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาคดีปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม จึงเรียกว่าระบบศาลคู่ ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ถือเป็นแบบแผนของระบบศาลคู่นี้ ในระบบนี้จะมีเกณฑ์การแบ่งแยกให้คดีปกครองขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ส่วนคดีอื่น ๆ ยังคงอยู่ในขอบอำนาจของศาลยุติธรรม สำหรับเยอรมันแม้มีการตั้งศาลปกครองเพื่อพิจารณาคดี

⁹² โภคิน พลกุล, "รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง," หน้า 60.

⁹³ เกริญไกร เจริญธนาวัดน์, องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและความคุ้มครองปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย, หน้า 41.

ปกครอง แต่ยังมีศาลพิเศษอื่น ๆ นอกจากศาลยุติธรรม คือ ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลภาษีอากร โดยทั่วไปในเยอรมัน ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา คดีแรงงานจะตกแก่ศาลแรงงาน จึงอาจกล่าวได้ว่า ในส่วนกฎหมายเอกชนนั้นศาลยุติธรรมเป็นศาลทั่วไป ศาลแรงงานเป็นศาลเฉพาะ ส่วนทางด้านกฎหมายมหาชนนั้น ศาลปกครองเป็นศาลทั่วไป โดยมีศาลเฉพาะ คือ ศาลสังคมและศาลภาษี⁹⁴

สำหรับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ศาลดังกล่าวจะควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น ไม่อาจควบคุมความเหมาะสมของนิติกรรมทางปกครองได้ นอกจากนี้ ศาลจะหยิบยกเรื่องความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองขึ้นมาพิจารณาเองโดยที่ไม่มีผู้ร้องขอไม่ได้ เพราะการพิจารณาของศาลมีลักษณะข้อพิพาท

2.3 ความหมายของการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เป็นกลไกหนึ่งที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ดังจะเห็นได้จากการศึกษาในหัวข้อ 2.2 โดยการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะเกิดขึ้นภายหลังจากมีการออกนิติกรรมทางปกครองแล้ว ทั้งนี้ การยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอาจกระทำโดยฝ่ายปกครองหรือโดยศาลก็ได้ การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะกระทำได้ที่ต่อเมื่อนิติกรรมทางปกครองที่ออกมานั้นมิชอบด้วยกฎหมาย แต่ความมิชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่จะถือว่านิติกรรมทางปกครองไม่เกิดขึ้นเลย (โมฆะ) ซึ่งอาจเรียกนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ตกเป็นโมฆียะ นิติกรรมทางปกครองที่ตกเป็นโมฆียะนี้มีผลบังคับทางกฎหมาย แต่อาจมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองหรือร้องขอต่อศาลให้ยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายบางกรณีก็อาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้

ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน ต่างก็มีแนวความคิดว่าด้วยการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่ทั้ง 2 ระบบก็มีความแตกต่างกันในบางประเด็นโดยเฉพาะในประเด็นความหมายของการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทั้ง 2 ระบบ มีความหมายแตกต่างกัน ดังนั้น ก่อนที่จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์และผลของการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง จำเป็นต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของการยกเลิกและเพิกถอนในระบบกฎหมายของทั้ง 2 ประเทศก่อน

⁹⁴ โภคิน พลกุล, "รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง," หน้า 67.

2.3.1 ประเทศฝรั่งเศส

นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illégal, irrégulier, entaché d'exces de pouvoir) แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ร้ายแรงพอที่จะถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้นเลย นิติกรรมทางปกครองนั้นยังคงมีผลบังคับซึ่งเป็นไปตามหลักเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (privileges de l' Administration) ที่ว่า นิติกรรมทางปกครองได้รับการสันนิษฐานว่าชอบด้วยกฎหมาย (privilege du préalable หรือเอกสิทธิ์ที่จะไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยศาลก่อนออกคำสั่ง) ซึ่งทำให้นิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับต่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองทันที แต่อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ อาจถูกทำให้สิ้นผลโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง อนึ่ง แม้นิติกรรมทางปกครองชอบด้วยกฎหมายบางกรณี อาจมีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้

การทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผล ในประเทศฝรั่งเศสอาจกระทำได้โดยการยกเลิก (abrogation) หรือเพิกถอน (retrait) นิติกรรมทางปกครอง ในความหมายทั่วไปมีการใช้คำว่าเพิกถอนโดยคลุมถึงการยกเลิกด้วย แต่ในทางวิชาการคำทั้งสองมีความต่างกัน กล่าวคือ การยกเลิก หมายถึง การทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลโดยให้มีผลในอนาคตนับตั้งแต่วันยกเลิก ส่วนการเพิกถอน หมายถึง การทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลทั้งในอดีตและอนาคต⁹⁵ ดังนั้นในฝรั่งเศส ศาลจะใช้วิธีการใดทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผล จึงพิจารณาว่าจะทำให้การสิ้นผลนั้นย้อนหลังไปในอดีตหรือไม่ ถ้าย้อนหลังก็ต้องใช้การเพิกถอน ถ้าไม่ย้อนหลังก็ใช้วิธีการยกเลิก

2.3.2 ประเทศเยอรมัน

นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายปกครองเยอรมันอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท ประเภทแรก นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะ ซึ่งนิติกรรมประเภทนี้ไม่มีผลบังคับนับตั้งแต่เริ่ม

⁹⁵ พูนศักดิ์ ใสสารว, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 4 ตอน 2 (สิงหาคม 2528) หน้า 308 ; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 357. ; บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 131.

แรกนี้ออกนิตินิยมทางปกครอง เมื่อถือว่าโมฆะ เสียเปล่ามาตั้งแต่ต้นก็ย่อมจะไม่จำเป็นต้องยกเลิกหรือเพิกถอน อย่างไรก็ตาม ผู้รับนิตินิยมทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะอาจร้องขอต่อศาลปกครองเพื่อพิสูจน์โมฆะของนิตินิยมทางปกครอง ประเภทที่สอง นิตินิยมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ร้ายแรงถึงขั้นโมฆะกรรมซึ่งอาจเรียกนิตินิยมทางปกครองประเภทนี้ว่า นิตินิยมทางปกครองที่ตกเป็นโมฆียะ นิตินิยมที่ตกเป็นโมฆียะนี้ยังคงมีผลบังคับทางกฎหมาย แต่อาจมีการยกเลิกหรือเพิกถอนได้^{๙๖}

การยกเลิกหรือเพิกถอนนิตินิยมทางปกครองที่เป็นโมฆียะ ย่อมมีผลทำให้นิตินิยมทางปกครองสิ้นสุดลง ซึ่งอาจเรียกเป็นภาษากฎหมายว่า การบอกล้างนิตินิยมทางปกครอง (Aufhebung) การยกเลิกและเพิกถอนนิตินิยมทางปกครองมีความหมายต่างกับการยกเลิก (Ruecknahme) หมายถึง การบอกล้างนิตินิยมทางปกครองที่เป็นโมฆียะในขณะออกนิตินิยมทางปกครอง ส่วนการเพิกถอน (Widerruf) หมายถึง "การบอกล้างนิตินิยมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการในขณะออกนิตินิยมทางปกครองนั้น แต่ต่อมาภายหลังขณะที่นิตินิยมทางปกครองดังกล่าวยังมีผลบังคับ ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งเป็นเงื่อนไขในการออกนิตินิยมทางปกครองเปลี่ยนแปลงไป ทำให้นิตินิยมทางปกครองดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น"^{๙๗} ความแตกต่างที่สำคัญในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิตินิยมทางปกครองคือ ต้องพิจารณาในขณะที่ยกเลิกนิตินิยมทางปกครองนั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากในขณะที่ยกเลิกนิตินิยมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจมีการยกเลิกได้ แต่หากขณะออกนิตินิยมทางปกครองชอบด้วยกฎหมายแต่ต่อมาไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิตินิยมทางปกครองนั้น อาจถูกเพิกถอนได้

จากการศึกษาความหมายของการยกเลิกและเพิกถอนนิตินิยมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน จะเห็นว่ามึลักษณะร่วมกัน คือ การยกเลิกและเพิกถอนนิตินิยมทางปกครองทั้งในฝรั่งเศสและเยอรมันต่างมีผลทำให้นิตินิยมทางปกครองสิ้นสุดลง ทั้งนี้ โดยต่างก็มาจากประเด็นที่ว่า เมื่อมีการออกนิตินิยมทางปกครองแล้ว จะสามารถทำให้นิตินิยมทางปกครองสิ้นสุดลงได้หรือไม่ และถ้าหากสามารถทำให้สิ้นสุดลงได้ การสิ้นสุดลงนั้นจะมีผลย้อนหลังหรือมีผลในอนาคต แต่มีความแตกต่างกัน คือ การที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนนิตินิยมทางปกครองในฝรั่งเศสพิจารณาถึงผลของการสิ้นสุดของนิตินิยมทางปกครองว่า มีผลในอนาคต

^{๙๖} กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 132 และ Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985), pp.42, 44.

^{๙๗} กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 133-134. และ Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, p.45.

หรือย้อนไปในอดีตถ้ามีผลในอนาคตจะใช้วิธีการยกเลิก (abrogation) ส่วนหากมีผลย้อนไปในอดีตจะใช้วิธีการเพิกถอน (retrait) แต่ในเยอรมันการจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น พิจารณาถึงเหตุที่จะยกเลิกหรือเพิกถอน กล่าวคือ พิจารณาวานิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายในขณะที่ออกหรือไม่ถ้านิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในขณะที่ออกจะใช้วิธีการยกเลิก (Ruecknahme) แต่ถ้านิติกรรมทางปกครองชอบด้วยกฎหมายในขณะที่ออก แล้วต่อมากลายเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังจะใช้วิธีการเพิกถอน (Widerruf)

อนึ่ง การยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนี้ จะต่างจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้เพราะนิติกรรมทางปกครองเมื่อแจ้งแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองแล้วก็ย่อมจะมีผลบังคับ ผลบังคับนี้เป็นการนำไปใช้ปฏิบัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองนั้น ๆ และสอดคล้องกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในขณะนั้นด้วย ผลบังคับดังกล่าวนี้จึงอาจมีการยกเลิกเพิกถอนได้ แตกต่างจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งจะมีลักษณะเป็นการชี้ขาดยุติข้อพิพาท คำพิพากษาของศาลโดยหลักทั่วไปแล้วจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยศาลเดียวกันนั้นไม่ได้ ในขณะที่ฝ่ายปกครองอาจยกเลิกเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขนิติกรรมทางปกครองที่ตนเป็นผู้ออกนั้นได้^{๑๘} และหากเป็นกรณีที่คำพิพากษาถึงที่สุดแล้วก็ไม่อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เว้นแต่เป็นการแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อย^{๑๙} หรือมีกฎหมายให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้^{๒๐} ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายปกครองอาจยกเลิกเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้อยู่เสมอ จึงอาจกล่าวได้ว่า การให้มีการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทาง

^{๑๘} กมลชัย รัตนสกาวงศ์, สาระสำคัญ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2540) หน้า 24.

^{๑๙} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 143 บัญญัติว่า

“มาตรา 143 ถ้าในคำพิพากษาหรือคำสั่งใด มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อยอื่น ๆ และมีได้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น เมื่อศาลที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่งนั้นเห็นสมควร หรือเมื่อคู่ความที่เกี่ยวข้องร้องขอ ศาลจะมีคำสั่งเพิ่มเติมแก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเหล่านั้นให้ถูกต้องก็ได้ แต่ถ้าได้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น อำนาจที่จะแก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเหล่านั้น ย่อมอยู่แก่ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาแล้วแต่กรณี คำขอให้แก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเหล่านั้น ให้ยื่นต่อศาลดังกล่าวแล้ว โดยกล่าวไว้ในฟ้องอุทธรณ์หรือฎีกา หรือโดยทำเป็นคำร้องส่วนหนึ่งต่างหาก

การทำคำสั่งเพิ่มเติมตามมาตรา นี้ จะต้องไม่เป็นการกลับหรือแก้คำวินิจฉัยในคำพิพากษาหรือคำสั่งเดิม”

^{๒๐} เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/39 วรรคแรก บัญญัติว่า “เมื่อผู้มีส่วนได้เสียแสดงว่าพฤติการณ์ รายได้หรือฐานะของคู่กรณีได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลจะสั่งแก้ไขในเรื่องค่าอุปการะเลี้ยงดูโดยให้เพิกถอน ลด เพิ่ม หรือกลับให้ค่าอุปการะเลี้ยงดูอีกก็ได้”

ปกครองได้ก็เพื่อให้มีการใช้นิติกรรมทางปกครองให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอยู่เสมอ ในขณะที่คำพิพากษาของศาลเป็นการชี้ขาดข้อพิพาท จึงมีลักษณะเด็ดขาดถึงที่สุด



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคหนึ่ง

การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง

จากการศึกษาบทที่ 2 ถึงแนวความคิดว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง พบว่าภายใต้หลักนิติรัฐ ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองใด ๆ มากกระทบสิทธิต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และหากมีนิติกรรมทางปกครองใดออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเป็นต้องมีวิธีการและกระบวนการในการทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นสุด

วิธีการหนึ่งที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นสุด คือ การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเป็นวิธีการที่ใช้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ภายหลังจากที่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้ การยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอาจกระทำโดยฝ่ายปกครองเองหรือศาลก็ได้

ในภาคหนึ่งนี้ จะได้ศึกษาถึงการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง โดยจะเริ่มศึกษาถึงแนวความคิดในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของต่างประเทศ คือ ประเทศฝรั่งเศส (บทที่ 3 หัวข้อ 3.1) และประเทศเยอรมัน (บทที่ 3 หัวข้อ 3.2) โดยจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์และผลของการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงแนวความคิดในการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง หลังจากนั้นจะได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวความคิดในการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายปกครองในประเทศไทย (บทที่ 4) ว่ามีอยู่อย่างไร

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย