



รายงานการวิจัย

เรื่อง แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยกับความชอบด้วยกฎหมายของ
การแต่งตั้งข้าราชการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ฐิติพร ลิ้มแหลมทอง

ได้รับเงินอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง

พ.ศ. 2557

บทคัดย่อ

ชื่อเรื่อง : แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยกับความชอบด้วย
กฎหมายของการแต่งตั้งข้าราชการ
ชื่อผู้วิจัย : ผู้ช่วยศาสตราจารย์รัฐดิพร ลิ้มแหลมทอง
ปีที่วิจัย : 2557
ชื่อที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์ ดร. สมชัย ศิริสมบุญแนว

แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัตวิสัย (Subjective Element) เป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง อัตวิสัยหมายถึงมุมมองหรือความคิดเห็นของบุคคล โดยเฉพาะสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึก ความเชื่อ ความต้องการ ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคล เพราะบุคคลเท่านั้นที่มีสิ่งเหล่านี้ได้ องค์ประกอบส่วนอัตวิสัย มีด้วยกัน 2 กรณี กรณีแรกได้แก่มูลเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร และกรณีที่สองได้แก่มูลเหตุชักจูงใจหรือการบิดเบือนอำนาจ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครองอันเกิดจากมูลเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร ได้แก่ การแสดงเจตนาบกพร่องอันเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง บังคับ หรือรวมไปถึงการเรียกรับหรือเสนอให้เงินหรือประโยชน์อื่นใด คำสั่งทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลธรรมดาผ่านองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง เมื่อการแสดงเจตนาเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง บังคับ หรือรวมไปถึงการเรียกรับหรือเสนอให้เงินหรือประโยชน์อื่นใด ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปมิได้เป็นไปด้วยองค์ประกอบทางจิตใจที่สมบูรณ์ ก็ย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการเป็นคำสั่งทางปกครองต้องมีการแสดงเจตนายินยอมซึ่งเป็นเงื่อนไขแห่งการสมบูรณ์หรือคำสั่งย้ายข้าราชการที่ริเริ่มจากตัวข้าราชการเอง เหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครเป็นแนวคิดที่ยังไม่ได้มีการกล่าวถึงในตำรา นักวิชาการที่ศึกษาในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสหรือศาลปกครองไทย แต่พบว่ามีอยู่ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนเยอรมัน ตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน

มาตรา 14 (1) การแต่งตั้งข้าราชการจะถูกเพิกถอน กรณีถ้า (1) บังคับ ข่มขู่ หลอกลวง หรือคิดสินบนเจ้าหน้าที่ และบทบัญญัติเกี่ยวกับการย้ายที่เกิดจากการยื่นคำร้องขอของ ข้าราชการ ตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน มาตรา 28 แบบ (1) และ (2) ที่ต้องได้รับความยินยอมจากข้าราชการที่ยื่นคำร้องขอย้าย เหตุบกพร่อง ในเจตนาโดยใจสมัครนี้มีกล่าวถึงในประเทศแถบละตินอเมริกาที่ได้รับอิทธิพลระบบ กฎหมายกึ่งเยอรมันกึ่งฝรั่งเศสเช่นกัน ซึ่งงานวิจัยฉบับนี้ให้ความสำคัญกับเหตุความ ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากมูลเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร และพบว่าหากมี การบัญญัติเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครในกฎหมายข้าราชการพลเรือนจะทำให้ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการก็ดี คำสั่งการย้าย การโอนก็ดี เป็นหลักประกันสิทธิให้แก่ข้าราชการได้อย่างมีประสิทธิภาพ และกระทำได้ง่ายกว่าการค้นหาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง อันเกิดจากมูลเหตุชักจูงใจหรือการบิดเบือนอำนาจ ซึ่งต้องตรวจสอบมูลเหตุจูงใจของ เจ้าหน้าที่จากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพราะวัตถุประสงค์กฎหมายคือเจตนารมณ์ ของกฎหมาย ฉะนั้นผู้พ้นเจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องแสดงเจตนาตามที่ กฎหมายกำหนดเท่านั้น การออกคำสั่งเพื่อประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะเพื่อ ส่วนตัวหรือบุคคลอื่นย่อมมิใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายปกครองแต่อย่างใด ถือว่า เป็นการบิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ฉะนั้นผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้แก่ไขพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 โดยเพิ่มเติม มาตรา 53 วรรคสี่ ดังนี้ “การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญตาม ความในวรรคหนึ่ง และวรรคสอง มาตรา 55 มาตรา 56 มาตรา 63 มาตรา 64 และมาตรา 65 หากผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ถูกบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง หรือ มีการเรียกรับหรือเสนอให้เงินหรือประโยชน์อื่นใด ให้ถือว่าการแต่งตั้งนั้นไม่ชอบด้วย กฎหมาย”

ABSTRACT

Research Title : Idea of Subjective Element with Legality of Appointment for Civil Servant

Researcher : Asst. Thitiporn Limlaemthong

Year of Research : 2014

Research Supervisor : Assoc. Dr. Somchai Sirisomboonvej

The concept of subjective element causes illegality in essence of an administrative act. That is, the subjective element means an individual perspective or viewpoint especially toward feeling, belief, and need exclusively possessed by the individual. There are two kinds of subjective element: defect caused by willing intent and motive or authority distortion. Specifically speaking, an illegal cause in essence of administrative act as a result of the defect caused by willing intent is the defective declaration of intention caused by threat, swindling, compulsion and bribery or others as such; the administrative act is an individual declaration of intention sent through the government administrative units. Once the declaration of intention is caused by compulsion, threat, swindling or bribery, this invalidates the issued administrative act due to the lack of complete sensibility element then whence resulting in unlawful administrative act. For instance, the appointment of government officials requires the declaration of willing intent which is the condition of completion or the appointment of moving officials is initiated by the individual official. In fact, the defect caused by willing intent is an unprecedentedly-mentioned concept in textbooks by scholars who study French administrative law system or Thai administrative tribunal. However, it is found in the provision related to appointment of German civil servants according to Bundesbeamtengesetz (BBG) Section 14 (1) Appointment of officials is revoked if (1)

compulsion, threat, swindling or bribery and the provision regarding the moving caused by official's filing a petition according to BBG, German civil law Section 28 category of *Versetzung* (1) and (2) which must receive consent from the official who files the moving petition. In other words, the defect caused by willing intent is mentioned in Latin American countries influenced by combined German and French laws. This research emphasizes illegality as a result of defect caused by willing intent and indicates that if an enactment of defect caused by willing intent is written in civil service law, legal verification of the appointment of officials, or of moving officials, or of transfer will be of right protection for the government officials efficiently. The enactment is achieved by less effort than identifying the cause of illegality in essence of administrative act caused by motive or authority distortion. The official's motive must be investigated in order to attain the legal purposes, in other words, the legal intention which commits the officials or administrative units to declare an intention lawfully determined only. Issuance for any benefits especially for personal purposes or others' does not conform to the purpose of administrative law, regarded as authority or legal purpose distortion.

Thus, the researcher proposes the revision of Civil Service Act B.E.2551 by addition of Section 53 Paragraph 4 as "Appointment of ordinary civil servants as in Paragraph one and two Section 55, Section 56, Section 63, Section 64, and Section 65 will be illegitimate if the commander in charge of the appointment as stated in Section 57 is forced, threatened, or bribed."

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(2)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	(4)
บทที่	
1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย	9
3. สมมติฐานของการวิจัย	9
4. ขอบเขตของการวิจัย	10
5. วิธีการดำเนินการวิจัย	10
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	10
2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง	12
1. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง	12
1.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นที่มาแห่งอำนาจกระทำการของ ฝ่ายปกครอง	13
1.2 กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง	14
2. การกระทำทางปกครอง	17
2.1 นิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	18
2.2 คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน	20
2.3 คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายปกครองไทย.....	22
3. ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง	27
3.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกของ คำสั่งทางปกครอง.....	31

บทที่	หน้า
3.2 ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง.....	37
3.2.1 องค์ประกอบส่วนอรรถวิสัย	37
3.2.2 องค์ประกอบส่วนภาวะวิสัย.....	41
3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนไทยกับ กฎหมายต่างประเทศ.....	46
1. การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ	46
1.1 การแต่งตั้งผู้ได้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง	47
1.2 การย้าย.....	48
1.3 การโอน	48
1.4 การเลื่อนระดับ.....	50
1.5 การแต่งตั้งผู้ที่มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง....	52
2. ผู้มีอำนาจแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ	53
2.1 ตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง	54
2.2 ตำแหน่งประเภทบริหารระดับต้น.....	54
2.3 ตำแหน่งประเภทอำนวยการ ประเภทวิชาการ ระดับปฏิบัติการ ชำนาญการ ชำนาญการพิเศษ และเชี่ยวชาญ และประเภททั่วไป ในสำนักงานรัฐมนตรี	55
2.4 ตำแหน่งประเภทอำนวยการระดับสูง.....	55
2.5 ตำแหน่งประเภทอำนวยการระดับต้น	55
2.6 ตำแหน่งประเภทวิชาการระดับทรงคุณวุฒิ	55
2.7 ตำแหน่งประเภทวิชาการระดับเชี่ยวชาญ.....	55
2.8 ตำแหน่งประเภทวิชาการระดับชำนาญการพิเศษ	56
2.9 ตำแหน่งประเภทวิชาการระดับปฏิบัติการ ชำนาญการ ตำแหน่ง ประเภททั่วไประดับปฏิบัติงาน ชำนาญงานและอาวุโส.....	56
2.10 การแต่งตั้งตามมาตรา 53 และการย้ายตามมาตรา 63.....	56

บทที่	หน้า
3. การแต่งตั้งและการย้ายข้าราชการพลเรือนเยอรมัน	57
3.1 การย้ายข้าราชการไปช่วยงานราชการ	58
3.2 การย้าย	59
4. การย้ายข้าราชการพลเรือนฝรั่งเศส.....	62
4.1 การย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการ.....	62
4.2 การย้ายโดยการริเริ่มของผู้บังคับบัญชา.....	63
5. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสิทธิแก่ข้าราชการ	65
5.1 การร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.....	65
5.2 สิทธิตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539	68
6. แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้ง ข้าราชการ	70
4 วิเคราะห์ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ กับแนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัตวิสัย.....	83
1. ปัญหาเกี่ยวกับแนวคิดเกี่ยวกับความบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ	83
2. ปัญหาเกี่ยวกับเหตุบกพร่องในมูลเหตุจูงใจเพื่อพิจารณาความไม่ชอบ ด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ	88
3. หลักประกันสิทธิแก่ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งแต่งตั้งกรณีการย้าย การโอน.....	92
3.1 หลักประกันสิทธิตามกฎหมายข้าราชการพลเรือน.....	93
3.2 หลักประกันสิทธิตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง	95
4. การไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัตวิสัย กรณีบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร	98

บทที่	หน้า
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	102
1. บทสรุป	102
2. ข้อเสนอแนะ.....	109
บรรณานุกรม	113
ประวัติผู้วิจัย	116

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การแต่งตั้งที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนสามัญ พ.ศ. 2551 นั้น หมายถึงการสั่งให้ข้าราชการพลเรือนมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในงานของตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง ได้กำหนดกรณีการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนไว้ 5 กรณี ได้แก่ (1) การแต่งตั้งผู้ได้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง (2) การย้าย (3) การโอน (4) การเลื่อนตำแหน่ง และ (5) การแต่งตั้งผู้มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม ซึ่งการแต่งตั้งทั้ง 5 กรณีดังกล่าวอาจเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ได้แก่การแต่งตั้งผู้ได้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง การเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น และการแต่งตั้งผู้มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม และเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ได้แก่ การย้าย การโอน ซึ่งเป็นคำสั่งภายในขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ฉะนั้น คำสั่งแต่งตั้งที่เป็นคำสั่งทางปกครองก็จะมีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งแต่งตั้งจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอีกด้วยนอกเหนือจากกฎหมายข้าราชการพลเรือน ส่วนคำสั่งแต่งตั้งที่เป็นคำสั่งภายในนั้นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งแต่งตั้งก็เป็นไปตามกฎหมายข้าราชการพลเรือน และภายใต้หลักควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยกระบวนการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายเช่นการร้องทุกข์ และโดยองค์กรตุลาการ ในภายหลัง อย่างไรก็ดี การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทั้งสองประเภทดังกล่าวมีข้อจำกัดที่แตกต่างกันทั้งในส่วนบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนทั้งที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ในการศึกษาลักษณะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองจะศึกษาในเชิงปฏิเสธเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือจะศึกษาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองแทนที่จะศึกษาว่ามีเหตุใดบ้างที่ทำให้คำสั่งหรือการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากก่อให้เกิดความเข้าใจลักษณะคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้ดีกว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองก็จะตรวจสอบเพียงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครอง หากปรากฏเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นก็ถือว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรือกระทำการที่ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใด ซึ่งเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถแบ่งออกเป็น 2 เหตุ¹ คือ (1) เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นในส่วนกฎหมายสารบัญญัติ และ (2) เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง² จะเป็นส่วนในกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ประการแรก ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ความบกพร่องในความสามารถของเจ้าหน้าที่ ขั้นตอน และแบบของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 หมวด 3 ว่าด้วยการสรรหา การบรรจุ และการแต่งตั้ง ได้แก่ มาตรา 57 บัญญัติกรณีผู้มีอำนาจที่ เป็นผู้สั่งบรรจุ และแต่งตั้ง ซึ่งเป็นเรื่องความสามารถของผู้ทำคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ และ มาตรา 63 ที่บัญญัติไว้เพียงว่า “การย้าย การโอน หรือการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้ง

¹ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จักรีราชการพิมพ์, 2540), หน้า 182-183.

²ตำรากฎหมายปกครองฝรั่งเศสเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น จะแบ่งเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ศาลมักอ้างเป็นเหตุในการเพิกถอน ด้วยกัน 2 เหตุ คือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (illégalité externe) และ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (illégalité interne)

ให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แล้วแต่กรณี ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.

การโอนข้าราชการข้าราชการพลเรือนสามัญจากกระทรวงหรือกรมหนึ่ง ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในต่างประเทศสังกัดอีกกระทรวงหรือกรมหนึ่ง เป็นการชั่วคราวตามระยะเวลาที่กำหนด ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด

การย้ายหรือการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำเดิม จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น”

นอกจากนี้ มาตรา 69 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็นผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 มีอำนาจสั่งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ประจำส่วนราชการเป็นการชั่วคราวโดยให้พ้นจากตำแหน่ง หน้าที่เดิมได้ตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. การให้ได้รับเงินเดือน การแต่งตั้ง การเลื่อนเงินเดือน การดำเนินการทางวินัย และการออกจากราชการของข้าราชการพลเรือนสามัญตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.”

บทบัญญัติมาตรา 57 และมาตรา 69 บัญญัติให้การโอน เลื่อนตำแหน่ง การย้าย หรือย้ายชั่วคราวให้เป็นไปตาม กฎ ก.พ. ซึ่งปัจจุบันยังมิได้มีการดำเนินการออกกฎ ก.พ. ยังคงอาศัยหนังสือเวียน 7/2552 และ ว. 17/2552 โดยให้ใช้ กฎ ก.พ. เดิมเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้

ประการที่สอง ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ (1) องค์ประกอบในส่วนอัตวิสัย (Subjective Element) ซึ่งมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับความบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร และความบกพร่องในมูลเหตุจูงใจ หรือการบิดเบือนอำนาจ (Abuse of Power) และ (2) องค์ประกอบในส่วนภาวะวิสัย (Objective of Element) ซึ่งมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับความบกพร่องในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และบกพร่องในวัตถุประสงค์

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบด้านอัตวิสัย โดยเฉพาะความบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร ซึ่ง ศ. ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้หยิบยกเหตุ

ดังกล่าวมาอธิบายไว้ว่า “คำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง หลักการกระทำโดยใจสมัครย่อมเป็นองค์ประกอบสำคัญ... หลักทั่วไปในการแสดงเจตนาโดยวิปริตจึงยอมนำมาใช้ได้” ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเจ้าหน้าที่วิกลจริตหรือไร้ความสามารถ ถูกหลอกลวง ถูกข่มขู่ หรือเข้าใจผิดในสาระสำคัญของข้อเท็จจริง” เหตุดังกล่าวนี้ไม่ปรากฏในทางทฤษฎีและตำรากฎหมายปกครองฝรั่งเศส หากจะเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ถือว่าเป็นความบกพร่องในความสามารถของเจ้าหน้าที่ การที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งไปโดยวิกลจริตหรือไร้ความสามารถ ถูกหลอกลวง ถูกข่มขู่ หรือเข้าใจผิดในสาระสำคัญของข้อเท็จจริงถือว่าเป็นการกระทำเนื่องจากไม่มีอำนาจ ซึ่งเรื่องนี้ ศ. ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ เห็นว่ากฎหมายปกครองในประเทศกลุ่มละตินอเมริกามีหลักนี้ค่อนข้างชัดเจน จึงน่าจะเป็นปัญหาในแนวคิดทางทฤษฎีมากกว่าที่ยังมิได้พัฒนาให้สมบูรณ์ และประกอบกับอิทธิพลของแนวคิดด้วยว่าจะได้รับอิทธิพลจากกลุ่มระบบกฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศส กลุ่มระบบกฎหมายปกครองประเทศเยอรมัน หรือกลุ่มระบบกฎหมายปกครองประเทศเยอรมันถึงประเทศฝรั่งเศส³ เป็นต้น

ในประเทศเยอรมัน กฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน (Beamten-gesetz: BBG) ถือว่า การแต่งตั้ง (Ernennung) เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งมีใน 4 กรณี ได้แก่ การบรรจุ (Eintellung) การเปลี่ยนสถานะจากข้าราชการฝึกหัดหรือชั่วคราวเป็นข้าราชการประจำ (Umwandlung) การเลื่อนตำแหน่ง (Beförderung) และการเปลี่ยนสายงาน (Aufstieg) หากการแต่งตั้งทั้ง 4 กรณีมีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยพฤติการณ์พิเศษเหล่านี้ เช่น การแต่งตั้งเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง หรือติดสินบนเจ้าหน้าที่ ทำให้คำสั่งแต่งตั้งเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นเหตุในการเพิกถอนได้⁴ (Beamten-gesetz-BBGs 14) และบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวหาได้ปรากฏในกฎหมายข้าราชการพลเรือนของไทยอย่างชัดเจนไม่ ฉะนั้น หากการแต่งตั้งโดยเจ้าหน้าที่กระทำ

³โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม, ปิยนุตร แสงกนกกุล, กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), หน้า 20-84.

⁴คณันท์ ชัยชนะ, การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน [Online], available URL: <http://www.pub-law.net.com>.

ไปโดยบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร จะเป็นเหตุให้เพิกถอนได้ด้วยความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบด้านอัตวิสัย หรือถือว่าเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจ และเป็นประเด็นปัญหาที่จะต้องทำการศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นหลักประกันความเป็นธรรมที่ดีแก่ข้าราชการที่รับคำสั่ง

นอกจากนี้ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องจากบกพร่องในมูลเหตุจูงใจ (le but หรือ le motif) ซึ่งนักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะแยกออกมาจากเหตุภาวะวิสัยที่ทำให้เกิดคำสั่งทางปกครอง การควบคุมมูลเหตุจูงใจนี้ก็มาจากหลักที่ว่ากฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่เพื่อให้ดำเนินการตามความประสงค์ของกฎหมาย การใช้อำนาจผิดเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้อาจเกิดโดยสุจริตหรือไม่ก็ตาม หากไม่ใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือนอกเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือที่เรียกว่าการบิดเบือนการใช้อำนาจ (Abuse of Power) ก็จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน อาทิเช่นการใช้อำนาจด้วยเหตุเฉพาะบุคคล หรือการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะนอกความมุ่งหมายของกฎหมาย เป็นต้น สำหรับการแต่งตั้งข้าราชการจะเป็นประเด็นสำคัญของการวิจัยได้แก่คำสั่งแต่งตั้งที่เป็นคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล กรณีการย้าย ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 หมวด 3 ว่าด้วยการสรรหา การบรรจุ และการแต่งตั้ง การย้าย ตามมาตรา 63 และ มาตรา 69 ให้อำนาจผู้บังคับบัญชาในการย้ายข้าราชการ โดยการย้ายข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่ต่ำกว่าเดิมจะต้องได้รับความยินยอมจากข้าราชการก่อน ซึ่งเป็นแบบหรือเงื่อนไขของความสมบูรณ์ของคำสั่งแต่งตั้งเท่านั้น แต่กรณีการย้ายข้าราชการชั่วคราวให้ไปประจำส่วนราชการ ที่ผู้บังคับบัญชาสามารถอ้างเหตุผลความจำเป็นได้ ซึ่งถ้อยคำของคำว่า “เหตุผลความจำเป็น” เท่านั้นที่ผู้มีอำนาจแต่งตั้งจะใช้เป็นมูลเหตุจูงใจในการออกคำสั่งแต่งตั้ง

การแต่งตั้งกรณีการย้ายนั้นผู้บังคับบัญชาสามารถอาศัยอำนาจบังคับบัญชาซึ่งเป็นอำนาจตามหลักกฎหมายปกครองทั่วไป โดยการย้ายอาจเกิดขึ้นจากความประสงค์ของตัวข้าราชการเองหรือโดยสมัครใจของข้าราชการก็ได้ อย่างไรก็ตามการย้ายบางกรณีมิได้วัตถุประสงค์ที่แท้จริงเพื่อการบริหารงานบุคคล แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษตัวข้าราชการแทนที่จะดำเนินการกระบวนการทางวินัยข้าราชการ รวมถึงการย้าย

ข้าราชการโดยมีมูลเหตุทางการเมืองที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักการบริหารงานบุคคล การย้ายทั้งสองกรณีดังกล่าวเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจทั้งสิ้น แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยถือว่าการย้ายเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลหรือคำสั่งภายใน แม้จะทำให้สภาพการทำงานของเจ้าหน้าที่เปลี่ยนแปลงโดยสิ้นเชิงหรือจะมีการเปลี่ยนโครงสร้างของหน่วยงานเช่นมีการยุบรวมหน่วยงานก็ตาม การย้ายหมายถึงการสั่งให้ข้าราชการผู้ดำรงตำแหน่งหนึ่งไปดำรงตำแหน่งอื่นในระดับเดียวกัน ภายในกรมเดียวกัน ทั้งจะเป็นตำแหน่งในสายงานเดียวกันหรือต่างสายงานก็ได้ (การเปลี่ยนสายงาน) คำสั่งย้ายที่มีไปยังข้าราชการใดเนื่องจากข้าราชการนั้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครอง ในความสัมพันธ์เกี่ยวกับหน้าที่การงาน เช่น คำสั่งย้ายนายอำเภอจากที่หนึ่งไปเป็น นายอำเภออีกที่หนึ่ง หรือคำสั่งให้ข้าราชการ ไปช่วยปฏิบัติราชการที่ส่วนราชการอื่น เป็นต้น การย้ายที่เป็นคำสั่งภายในจะไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งหากพิจารณาข้อเท็จจริงโดยต้องแท้แล้วคำสั่งย้ายข้าราชการบางคำสั่งที่มีได้ เป็นไปเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล เช่นคำสั่งย้ายเพื่อเป็นการลงโทษ หรือคำสั่งย้ายด้วยเหตุผลทางการเมือง สมควรจะสร้างหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ ข้าราชการผู้นั้นหรือไม่อย่างไร การสร้างหลักประกันสิทธิแก่ผู้ได้รับผลกระทบต่อคำสั่ง ทางปกครองที่ปรากฏในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นการควบคุมก่อนการ กระทำ (ออกคำสั่ง) เช่นการแจ้งผลกระทบสิทธิ หรือการเปิดโอกาสให้ใช้สิทธิในการ ต่อสู้โต้แย้งอย่างเต็มที่ก่อนจะมีคำสั่ง ซึ่งจะทำให้ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทาง ปกครองรู้สึกพอใจและเต็มใจที่จะปฏิบัติตามคำสั่งซึ่งก่อให้เกิดผลดีแก่การบริหาร ราชการ และไม่ทำให้เกิดปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองหากภายหลัง องค์กรตุลาการได้เพิกถอนว่าการกระทำ (คำสั่ง) นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย ฉะนั้น การที่ศาลปกครองตีความว่าคำสั่งแต่งตั้งกรณีการย้ายนั้นเป็นคำสั่งภายใน หลักประกัน สิทธิแก่ข้าราชการที่รับคำสั่งแต่งตั้งกรณีการย้าย จะไม่ได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติ ดังกล่าวแต่อย่างใด หากแต่ใช้วิธีการร้องทุกข์ตามที่กฎหมายข้าราชการพลเรือนบัญญัติ ไว้ ซึ่งเป็นการควบคุมภายหลังการกระทำ (ออกคำสั่ง) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การย้ายที่ริเริ่มจากผู้บังคับบัญชาอาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน เพื่อลงโทษ ทางวินัยต่อข้าราชการหรือการย้าย โดยมีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการ ซึ่งการทำคำสั่งย้าย

ข้าราชการเพื่อความเป็นธรรมและโปร่งใส มาตรา 65 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1905 สำหรับคำสั่งย้ายข้าราชการที่เป็นการลงโทษทางวินัย หรือคำสั่งย้ายที่มีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการเป็นหลัก กฎหมายให้สิทธิข้าราชการขอตรวจดูแฟ้มประวัติและเอกสารที่ใช้ประกอบการพิจารณาออกคำสั่ง เพื่อเปิดโอกาสให้ข้าราชการได้รู้ถึงเหตุของคำสั่งย้ายและสามารถชี้แจงโต้แย้งได้ตามสมควร นอกจากนี้คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษซึ่งถือเป็นวิธีลงโทษทางวินัยประเภทหนึ่งที่ต้องระบุเหตุผลประกอบไว้ด้วยเสมอ แต่ถ้าเป็นคำสั่งย้ายข้าราชการที่เป็นคำสั่งภายในอื่น ๆ เช่น เป็นไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลในการออกคำสั่ง

ในประเทศเยอรมัน การย้ายตามกฎหมายข้าราชการแห่งสหพันธ์เยอรมัน มี 2 ประเภท ได้แก่การย้ายระหว่างหน่วยงาน และการย้ายภายในหน่วยงาน ซึ่งการย้ายระหว่างหน่วยงานเป็นการย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งใหม่พร้อมกับภาระหน้าที่ใหม่ ในหน่วยงานอื่นอย่างถาวร เป็นคำสั่งที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะ (ตำแหน่ง) และสิทธิของข้าราชการ โดยตรง จึงเป็นคำสั่งย้ายข้าราชการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือ คำสั่งย้ายข้าราชการแบบ *Versetzung* ตามนัยมาตรา 26 ที่ข้าราชการอาจถูกโยกย้ายให้ปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบเขตงานในความรับผิดชอบของผู้บังคับบัญชาคนเดิมหรือไม่ ซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยผู้บังคับบัญชาเพื่อความต้องการหรือความจำเป็นของงานในหน้าที่หรือตามคำร้องขอของตัวข้าราชการก็ได้ หากแต่การโยกย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ ณ ตำแหน่งอื่นทำให้สิทธิประโยชน์เปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ได้เป็นตามคำร้องขอ ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องรับฟัง และการโยกย้ายไปปฏิบัติหน้าที่อื่นโดยเหตุผลในการปฏิบัติหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานเช่นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของหน่วยงาน สิทธิประโยชน์ ภาระหน้าที่ ความรับผิดชอบต้องเหมาะสมกับข้าราชการด้วย ส่วนการย้ายภายในหน่วยงานนั้นเป็นเพียงคำสั่งเปลี่ยนแปลงหน้าที่และความรับผิดชอบภายในหน่วยงานนั้นเช่นย้ายฝ่ายไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง

ความบกพร่องเกี่ยวกับมูลเหตุชักจูงใจในการแต่งตั้งข้าราชการหรือการบิดเบือนการใช้อำนาจนั้น เป็นเหตุทางอ้อมเพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการแต่งตั้งข้าราชการ ซึ่งมีผลในระบบกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสแตกต่างจากการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอาจอาศัยเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายสภาพภายนอกได้

เช่น ความสามารถของเจ้าหน้าที่ เพราะการเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากความบกพร่องเกี่ยวกับมูลเหตุชกแจงใจ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจะไม่สามารถออกคำสั่งในลักษณะเช่นนั้นได้อีก แต่หากการเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากความสามารถของเจ้าหน้าที่ วิธีพิจารณา หรือแบบก็ดี เจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขให้ถูกต้อง และออกคำสั่งใหม่ได้ ฉะนั้นเมื่อเหตุที่ทำให้เกิดคำสั่งนั้นไม่ใช่เจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายที่ให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่ง ก็ถือว่ามิใช่เหตุร้ายแรงเพียงพอที่เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แล้ว อย่างไรก็ดี การยอมรับเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากบกพร่องในมูลเหตุชกแจงใจอาจเกิดขึ้นได้จากการวางหลักจากคำพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลปกครองไทยส่วนใหญ่จะยกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครองเป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากยากแก่การพิสูจน์ว่าผู้มีอำนาจแต่งตั้งกรณีการย้ายมีวัตถุประสงค์นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ กอปรกับแนวคิดในทางทฤษฎีที่มีอิทธิพลต่อตุลาการศาลปกครองไทยเองที่ยังมีความเห็นในเรื่องการหิบบกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบด้านอัติวิสัยที่แตกต่างกัน ปรากฏตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 33/2557 กรณีศาลปกครองสูงสุด มีความเห็นว่า การโอนไม่ดำเนินการตามแบบที่ต้องจัดให้มีเหตุผล ซึ่งเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครอง แต่การจัดให้มีเหตุผลนั้นต้องมีเหตุผลประกอบคำสั่งด้วย ศาลปกครองกลับเห็นว่าดุลพินิจการโอนของผู้บังคับบัญชาไม่ชอบ เพราะไม่มีข้อเท็จจริงสนับสนุนเพียงพอโดยใช้แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมข้อเท็จจริงซึ่งเป็นมูลเหตุชกแจงใจในการออกคำสั่งหรือการปิดเบื้ออนอำนาจ ซึ่งเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง ทำให้เกิดความสับสนในผลของคำพิพากษาอย่างมาก

จากสภาพปัญหาดังกล่าว แม้องค์ประกอบในส่วนอัติวิสัยในเหตุบกพร่องในมูลเหตุชกแจงใจสามารถครอบคลุมเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง แต่ความจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัติวิสัย โดยเฉพาะในส่วนเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเหตุบกพร่องด้วยใจสมัครที่ยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างกัน เพื่อหาแนวทางที่จะสร้างหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งแต่งตั้งที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการปรับปรุง

กฎหมายข้าราชการพลเรือนเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการ เพื่อให้หลักกฎหมายปกครองไทยพัฒนาได้โดยใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเป็นเครื่องมือให้ศาลปกครองใช้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการในการใช้เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายชัดเจนที่แน่นอนตามหลักนิติธรรม

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหาแนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอรรถวิสัยกับความชอบด้วยกฎหมายของการแต่งตั้งข้าราชการ
2. เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง
3. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอรรถวิสัย กับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน
5. เพื่อศึกษาบทสรุปและข้อเสนอแนะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายข้าราชการพลเรือนและแนวทางการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอรรถวิสัยกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน

3. สมมติฐานของการวิจัย

แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอรรถวิสัยเป็นหลักกฎหมายปกครองที่ประเทศไทยควรนำมาปรับใช้โดยเฉพาะการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน โดยปรับปรุงแก้ไขกฎหมายข้าราชการพลเรือนเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการ เพื่อเป็นแนวทางพัฒนาหลักกฎหมายปกครองดังกล่าวของประเทศไทยโดยใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร สอดคล้องกับนักกฎหมายไทยที่มีความคุ้นเคยกับการปรับบท

กฎหมาย สร้างหลักประกันสิทธิแก่ข้าราชการพลเรือนอย่างมีประสิทธิภาพและควบคุม
ดุลพินิจของผู้มีอำนาจแต่งตั้ง และทำให้ขอบเขตการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของ
การแต่งตั้งข้าราชการโดยศาลปกครองสอดคล้องการหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ
อธิปไตยและหลักนิติธรรม

4. ขอบเขตของการวิจัย

วิจัยฉบับนี้จะทำการศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของ
คำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากความบกพร่อง
ด้วยใจสมัคร เปรียบเทียบกับแนวคิดแนวคิดและทฤษฎีของต่างประเทศโดยเฉพาะ
ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน รวมถึงหลักประกันสิทธิต่าง ๆ อันเกิดจากการ
แต่งตั้งที่เป็นเหตุผลในการสนับสนุนประเด็นวิจัย ทั้งนี้เฉพาะกรณีการแต่งตั้งข้าราชการ
พลเรือนตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไข
ปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิแก่ข้าราชการพลเรือนและการบริหาร
ทรัพยากรบุคคลตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

5. วิธีการดำเนินการวิจัย

วิจัยฉบับนี้ดำเนินการ โดยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ที่เกี่ยวข้อง
ต่าง ๆ เป็นหลัก อาทิ คำรากฎหมายปกครอง งานวิจัย วิทยานิพนธ์ กฎหมาย บทความ
คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาแนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอรรถวิสัยกับ
ความชอบด้วยกฎหมายของการแต่งตั้งข้าราชการ

2. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง
3. ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบถึงการวิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอวัยวะกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน
5. ทำให้ทราบถึงบทสรุปและข้อเสนอแนะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายข้าราชการพลเรือนและแนวทางการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอวัยวะกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน

บทที่ 2

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ความหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นไปตามบทนิยาม มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นเครื่องมือทางกฎหมายอย่างหนึ่งในการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยการกระทำทางปกครองตามหลักนิติรัฐ ซึ่งการศึกษาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผู้ทำการศึกษากันอยู่ด้วยกันหลายหลักเกณฑ์ แต่ในที่นี้จะได้ทำการศึกษาตามที่ ศ. ดร. ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ที่เขียนไว้ในหนังสือกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งได้แบ่งการศึกษาลักษณะคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย 2 ประการใหญ่ เป็นตำรากฎหมายปกครองในประเทศไทย ที่ได้กล่าวถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะประเด็นองค์ประกอบในส่วนอัตวิสัยไว้ชัดเจน

1. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการที่สำคัญ หลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก หลักแรก ได้แก่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นที่มาแห่งอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ซึ่งหมายความว่ากรณีใดที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ฝ่ายปกครองผูกพันต้องกระทำก่อนการกระทำอื่นใด และจะต้องไม่กระทำการใดที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ ในขณะนั้นไม่ได้ ส่วนหลักที่สอง ได้แก่ กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของ
เอกชน¹

1.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นที่มาแห่งอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง

ความชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์
อักษรลำดับชั้นพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอพระราชบัญญัติ ทั้งนี้
เนื้อหาของกฎหมายที่ให้อำนาจก็ต้องมีความแน่นอนชัดเจน มีผลเป็นการทั่วไป หากแต่
ด้วยข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติถ้อยคำให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองนั้น ทำให้
ปรากฏถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง เช่น การกระทำที่กระทบต่อความสงบ
เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การกระทำที่เป็นอันตรายต่อเยาวชน เป็นต้น
ทำให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจวินิจฉัยในการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เข้ากับถ้อยคำของ
กฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงหรือคุณสมบัติทางกฎหมาย นอกจากนี้บางกรณี
ฝ่ายนิติบัญญัติยังให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจเลือกผลทางกฎหมายได้ นอกเหนือจาก
การใช้อำนาจผูกพัน หรือที่เรียกว่าดุลพินิจตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำ
แต่อำนาจดุลพินิจนี้ก็ไม่ใช่ว่าฝ่ายปกครองมีเสรีภาพจะตัดสินใจกำหนดการกระทำหรือไม่
โดยอิสระ ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาสั่งการโดยคำนึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย
ประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะกรณี ภายใต้อำนาจความเสมอภาคด้วย ซึ่งเป็นหลัก
สำคัญประการหนึ่งภายใต้อำนาจนิติรัฐนั่นเอง ได้แก่หลักความชอบด้วยกฎหมายในทาง
เนื้อหา ที่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมาย รวมไปถึงฝ่ายปกครองที่
ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้กำหนดหลักเกณฑ์ในกฎหมายลำดับรอง บัญญัติ

¹ตามความเห็นของ Maunz นักกฎหมายชาวเยอรมัน อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ,
หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540
(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 26-27.

²ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายปกครองของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร:
โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2556), หน้า 113.

ถ้อยคำให้เป็นไปตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย (das Prinzip der Rechtssicherheit) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (Verbot rückwirkender Gesetze) และหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Üebermassverbot) หรือหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit)³

1.2 กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง

ข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองทำนองเดียวกับอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองที่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ฉะนั้นเมื่อไม่มีกฎหมาย ฝ่ายปกครองก็ไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองจึงได้แก่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดนั่นเอง โดยเฉพาะการกระทำการใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชน อำนาจไม่ใช่สิทธิที่ฝ่ายปกครองจะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการ แต่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้โดยมีวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายปกครองใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ก่อปรกัให้กับดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพด้วย การที่ฝ่ายปกครองไม่ใช่อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อาจเป็นการละเลยหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ และหากการละเลยหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่ฝ่ายปกครองได้ การตีความว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจหรือไม่จึงต้องตีความเคร่งครัด กล่าวคือโดยหลักแล้วฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชน การมีอำนาจกระทำการใด ๆ ของฝ่ายปกครองจึงเป็นข้อยกเว้น และเมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรลำดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดบัญญัติไว้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ในประเทศยุโรป เช่น ระบบกฎหมายออสเตรีย เคร่งครัดกับอำนาจกระทำการใด ๆ ของฝ่ายปกครองว่า ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นผลดีหรือผลร้ายแก่บุคคลก็ต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไว้เสมอเช่นเดียวกับกฎหมายสเปน ส่วนระบบกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นได้ทั้งรัฐบัญญัติ และกฎหมายของฝ่ายบริหารที่อาจมีผลกระทบต่อบุคคลที่สุจริต ความมั่นคงแห่ง

³บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดิม, หน้า 27.

นิติฐานะและความไว้วางใจของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบสิทธิโดยตรง หากอำนาจ
 กระทำการของฝ่ายปกครองไม่มีกฎหมายรองรับเนื่องจากความผิดพลาดในข้อกฎหมาย
 ไม่ว่าจะเกิดจากความสำคัญผิดว่ากฎหมายนั้นมีผลบังคับ ทั้งที่ในความเป็นจริงกฎหมาย
 ได้ถูกยกเลิกไปแล้วหรือยังอยู่ระหว่างดำเนินการเพื่อประกาศใช้ หากมีกฎหมายอื่นที่มี
 ผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ ศาลปกครองฝรั่งเศสจะแก้ไขข้อบกพร่องโดยการเปลี่ยนฐาน
 ทางกฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง ฉะนั้นเป็นนัยว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสใช้หลักไม่มี
 กฎหมาย ไม่มีอำนาจ ไม่เคร่งครัดมากนัก⁴ ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันเองยังเป็น
 ประเด็นถกเถียงว่าการกระทำที่เป็นให้ประโยชน์แก่เอกชน กรณีจำเป็นต้องมีกฎหมาย
 ให้อำนาจกระทำการหรือไม่ ความเห็นฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเคร่งครัดกับหลักไม่มีกฎหมาย
 ไม่มีอำนาจ การกระทำที่เป็นการให้ประโยชน์แก่เอกชนคนหนึ่ง อาจไปกระทบสิทธิของ
 เอกชนอีกรายหนึ่งก็ได้ ความเห็นอีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นว่าฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ
 ที่เป็นการให้ประโยชน์แก่เอกชนได้เสมอ แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ⁵

นอกจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรลำดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด
 จะจำกัดอำนาจกระทำการใด ๆ ของฝ่ายปกครองแล้ว บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ
 ลายลักษณ์อักษร หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป
 ล้วนเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการใด ๆ ของฝ่ายปกครองหรือขอบเขตการกระทำทาง
 ปกครองทั้งสิ้น เช่นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว
 พ.ศ. 2557 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความ
 เป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครอง
 ตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์
 ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับ
 การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” ปรากฏหลักสำคัญ ๆ เช่น หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
 หลักความเสมอภาค เป็นต้น หรือ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
 พ.ศ. 2550 “มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

⁴ปิยบุตร แสงกนกกุล, เรื่องเดิม, หน้า 103-106.

⁵บรรเจิด สิงหนาด, เรื่องเดิม, หน้า 27.

จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม” ปรากฏหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น ศาลปกครองสูงสุดไทย นำหลักดังกล่าวจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ดี หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ดีมาปรับใช้ปรากฏในคำพิพากษาหลายเรื่อง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550 เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจการรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์และของอื่น ๆ ของการรถไฟแห่งประเทศไทย ต้องจัดให้มีขบวนรถโดยสารสำหรับขนส่งผู้โดยสารให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีและสามารถอำนวยความสะดวกสบายในการเดินทางให้แก่ผู้โดยสารได้ตามสมควร โดยเฉพาะหน้าต่างของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟซึ่งมิได้มีไว้เพียงเพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกเข้าไปในภายในรถเท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็นสรรพสิ่งที่อยู่ภายนอกรถไฟเพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถและระแวดระวังอันตรายที่อาจจะมีจากภายนอกด้วย รถโดยสารที่ไม่มีหน้าต่าง จึงไม่อาจเรียกได้ว่ารถโดยสาร และต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่าง เป็นการปฏิบัติต่อผู้โดยสารเชิงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้โดยสาร หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ.14/2545 ซึ่งหยิบยกหลักกฎหมายที่ว่าฝ่ายต้องเคารพหลักเกณฑ์ที่ตนสร้างขึ้นเพื่อเพิกถอนการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี (สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี และคณะกรรมการสรรหากรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ที่ไม่เคารพหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ตนได้กำหนดขึ้น (หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย) จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองไทยได้ยอมรับนำหลักดังกล่าวมาใช้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เนื่องจากกรณีดังกล่าวไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ เป็นต้น

ส่วนกฎหมายประเพณีซึ่งได้แก่แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งได้รับการประพฤติปฏิบัติสม่ำเสมอและนมนาน และมีความรู้สึกสำนึกว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตาม (Opinio Juris) ก็เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำของฝ่ายปกครองได้ เช่น การเสนอร่างกฎกระทรวงที่ต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ก่อนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะลงนามประกาศใช้ ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต้องทำเช่นนั้น แต่เป็นแนวปฏิบัติที่กระทำกันมา และเป็นสิ่งที่จำต้องทำ⁶

2. การกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองในที่นี้เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ภายใต้ขอบเขตกฎหมายปกครองเท่านั้น เพราะบางกรณีฝ่ายปกครองอาจกระทำการใด ๆ ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายเอกชน เช่น การทำสัญญาทางแพ่งต่าง ๆ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นคำว่า การกระทำทางปกครอง แยกออกได้เป็นสองประเภทได้แก่ นิติกรรมทางปกครอง (Acte Administratif) ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง กฎ รวมถึงสัญญาทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง ได้แก่ การปฏิบัติการทางสติปัญญา และการปฏิบัติการทางกายภาพ เป็นต้น คำสั่งทางปกครองถือเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ไม่ต้องอาศัยความยินยอม ในขณะที่สัญญาทางปกครองถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย อย่างไรก็ดี ลักษณะของนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน หมายความว่า คำสั่งทางปกครองเท่านั้น เพราะคำสั่งทางปกครองตามระบบกฎหมายเยอรมันจะใช้คำว่า “Verwaltungsakt”⁷ และใช้คำว่า “Rechtsgeschäft”

⁶วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 52.

⁷รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของประเทศเยอรมัน (Verwaltungsverfahrgesetz: VwvFG 1976) ให้ความหมายไว้ในมาตรา 35 ประโยคแรกว่า “Administrative act (Verwaltungsakt) is every direction, decision or other sovereign

ซึ่งหมายถึงนิติกรรม⁸ จึงมีความหมายแตกต่างกัน และในระบบกฎหมายเยอรมันเองยังมีคำสั่งทางปกครองทั่วไป (Allgemeinverfügung)⁹ เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง และมีได้มีผลกระทบต่อบุคคลเฉพาะเจาะจง แต่มีผลต่อบุคคลผู้รับคำสั่งที่เป็นกลุ่มบุคคลที่มีจำนวนไม่แน่นอน โดยเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง เช่นผู้สัญจรบนท้องถนนขณะนั้น ทำให้สัญญาและเครื่องหมายจราจรเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมัน

2.1 นิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

นิติกรรมทางปกครองเป็นคำที่แปลมาจากคำว่า Acte Administratif โดยพิจารณาจากคำว่า Acte Juridique ซึ่งเป็นคำอธิบายในคำรากกฎหมายแฟ่งว่าเป็นการกระทำที่ได้ทำลงไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมาย หรือในความหมายของ คำว่า นิติกรรมนั่นเอง เมื่อนำมาใช้กับคำคุณศัพท์ Administratif ทำให้แปลรวมได้ว่านิติกรรมทางปกครอง¹⁰

2.1.1 นิติกรรมทางปกครอง ต้องเป็นการกระทำโดยองค์กรทางปกครอง จึงไม่ใช่รัฐสภาพตามที่รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสบัญญัติไว้ชัดเจนว่าองค์กรทางนิติบัญญัติ

measure taken by an authority for the regulation of a particular case in the sphere of public law directed at immediate external legal consequences.”

⁸บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 239.

⁹มาตรา 35 ประโยคที่สอง “A general order (Allgemeinverfügung) is an administrative act which addresses a category of persons who are determinable by common characteristics or which concerns the public law quality of a thing or its use by the general public.”

¹⁰ชาญชัย แสวงศักดิ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 22-23.

ได้แก่รัฐสภา และต้องไม่ใช่องค์กรที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรนั้นในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้เองโดยอิสระ และไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยองค์กรอื่น หรือกฎหมายกำหนดให้คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวนั้นเป็นที่สุด (Res Judicata) ได้แก่องค์กรตุลาการนั่นเอง

2.1.2 นิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สามารถแยกพิจารณาตามเนื้อหาออกได้เป็น 2 ประเภท คือนิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และนิติกรรมที่มีผลเป็นการเฉพาะเจาะจง ฉะนั้นในทางตำราจึงได้มีการศึกษาความแตกต่างระหว่างนิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป กับ รัฐบัญญัติที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งก็พบว่ามึระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น การเกิดผลของนิติกรรมทั้งสองประเภท หรือการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปที่ศาลปกครองสามารถทำได้ ในขณะที่รัฐบัญญัติที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติศาลปกครองไม่สามารถยกเลิกเพิกถอนได้

2.1.3 นิติกรรมทางปกครองเป็นการใช้อำนาจมหาชน¹¹ ดังนั้นต้องมีพื้นฐานมาจากกฎหมายเสมอไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครอง เนื้อหา แบบ ขั้นตอน เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น นิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับทันทีจนกว่าฝ่ายปกครองจะยกเลิกเพิกถอน เว้นในแต่ในกรณีที่ขัดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรง และไม่สามารถยอมรับให้มีผลในทางกฎหมายต่อไปได้ และผลจากอำนาจมหาชนเมื่อนิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับ ก่อให้เกิดเอกสิทธิ์ที่จะบังคับทางปกครองกับเอกชนได้ทันที โดยไม่ต้องฟ้องต่อศาลปกครอง

2.1.4 นิติกรรมทางปกครองต้องมีการแสดงเจตนาขององค์กรทางปกครอง ให้ปรากฏต่อบุคคลหรือคณะบุคคลผู้รับการแสดงเจตนาในอันที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย การแสดงเจตนาที่ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายเช่นการเตือน การขอความ

¹¹การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองอาจเลือกใช้วิธีการทางกฎหมายตามกฎหมายเอกชนซึ่งไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นนิติกรรมของฝ่ายปกครอง (Actes Juridiques de L'adiministratif หรือ Actes de L'administratif) อ้างถึงใน ชาลยชัย แสงศักดิ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

ร่วมมือ การให้ความเห็นหรือคำแนะนำ การแจ้งให้เอกชนทราบถึงสิทธิจากองค์กรทางปกครอง จึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง¹²

2.2 คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

คำสั่งทางปกครอง แต่เดิมเป็นข้อความคิดทางกฎหมายเพื่อสร้างความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมายตามหลักนิติรัฐ และเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิแก่บุคคล¹³ ปัจจุบันประเทศเยอรมันมีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง มาตรา 35 ได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองว่า “คำสั่งทางปกครองเป็นคำตัดสินหรือมาตรการอื่นของทางราชการในทุกเรื่องที่หน่วยราชการหนึ่งหน่วยราชการได้ออกไป เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนและเป็นมาตรการที่จะจงให้มีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อภายนอก”¹⁴ (Administrative act (Verwaltungsakt) is every direction, decision or other sovereign measure taken by an authority for the regulation of a particular case in the sphere of public law directed at immediate external legal consequences)¹⁵ ซึ่งมีองค์ประกอบที่สำคัญ 5 ประการ สรุปได้ดังนี้¹⁶

2.2.1 ต้องเป็นมาตรการ กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีสถานะเหนือกว่าในการกำหนดมาตรการ ไม่ว่าจะเป็นคำสั่ง การตัดสินใจ หรือ การใช้อำนาจ

¹²วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน อาจารย์บุญชา ศาสตราจารย์ อมร จันทรสมบูรณ์ (กรุงเทพมหานคร: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545), หน้า 149-151.

¹³ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหาขอบเขตการควบคุมคำสั่งทางปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549), หน้า 49.

¹⁴บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เรื่องเดิม, หน้า 239.

¹⁵Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer 2001, p. 63.

¹⁶ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 52.

กำหนดมาตรการอื่นใดที่ไม่จำเป็นอาศัยความยินยอม อาจเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาไฟ สัญญามือ เป็นต้น

2.2.2 เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ของเจ้าหน้าที่ในขอบเขตกฎหมายมหาชน ซึ่งเจ้าหน้าที่ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองมีความหมายกว้าง และเป็นถ้อยคำที่มีวัตถุประสงค์ในการแยกฝ่ายปกครองออกจากฝ่ายรัฐบาล ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการการกำหนดกฎเกณฑ์ตามกฎหมายมหาชนนี้จำกัดเฉพาะกฎหมาย ปกครองเท่านั้น องค์การต่าง ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหลาย ๆ อย่างจึงต้องดูที่ เนื้อหาของมาตรการนั้น ๆ ว่าอยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายปกครองหรือไม่ หรือองค์การ นั้นปฏิบัติการทางปกครองหรือไม่

2.2.3 เป็นกฎเกณฑ์ที่มุ่งผลในทางกฎหมาย อันเป็นผลมาจากการแสดงเจตนา ของฝ่ายปกครองที่มุ่งประสงค์ให้เกิดผลทางกฎหมาย ได้แก่ คำสั่ง คำตัดสิน คำสั่งทุกรูปแบบที่มีความผูกพันทางกฎหมาย การกระทำในทางข้อเท็จจริงของทางราชการจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครองเพราะขาดองค์ประกอบในลักษณะที่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ เช่น การให้ข้อมูล การให้ความเห็น เป็นต้น

2.2.4 มีผลเฉพาะกรณี องค์ประกอบนี้แยกคำสั่งทางปกครองออกจากกฎ หรือกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง ซึ่งกฎหรือกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง เกิดกับบุคคลที่ไม่อาจนับจำนวนได้ และบังคับกับคดีที่ไม่อาจนับจำนวนได้เช่นกัน และเป็นนามธรรม (Abstract) หากแต่คำสั่งทางปกครองจะต้องเกิดผลเฉพาะกรณีที่สามารถ นับจำนวนได้ และเป็นรูปธรรม (Concrete) เช่น ใบอนุญาตให้นายเอกก่อสร้างอาคาร เฉพาะโฉนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

2.2.5 มีผลทางกฎหมายไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองมิใช่เป็นเพียงการสั่งการภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น คำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ ที่ก้าวพ้นขอบเขตของการกำหนดภายในออกมามีผลเป็นการก่อกำเนิดหรือหน้าที่ต่าง ๆ ของเอกชนที่อยู่ภายนอกฝ่ายปกครอง¹⁷

¹⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, เรื่องเดิม, หน้า 242.

2.3 คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายปกครองไทย

การริเริ่มดำเนินการพิจารณาเรื่องทางปกครองสำหรับประเทศไทยนับตั้งแต่ พ.ศ. 2528 โดยความพยายามผลักดันให้มีการวางระเบียบที่เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยเฉพาะการตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายที่อาศัยรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองหรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน เป็นแนวทางในการร่าง แต่ยังไม่ได้มีการเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติทันที จนล่วงเวลามาถึงรัฐบาลสมัยนายบรรหาร ศิลปอาชา จึงหยิบยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาและผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากรัฐสภาจนสำเร็จ ในที่สุดก็ได้รับการประกาศใช้ในชื่อ “พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539” มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 พฤษภาคม 2539 จนถึงปัจจุบัน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้บัญญัติความหมายของคำสั่งทางปกครอง ไว้ว่า คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง¹⁸

¹⁸กฎกระทรวง ฉบับที่ 12 ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง คือ

1) การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ในกรณีของ

ก. สั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

ข. การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

ค. การส่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใด

ในลักษณะเดียวกัน

จากความหมายของคำสั่งทางปกครอง (1) ไม่รวมถึง (2) ดังกล่าว สามารถพิจารณาองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการดังนี้

2.3.1 เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นี้ ได้แก่ บุคคลคนเดียว คณะบุคคล หรือนิติบุคคลก็ได้ ซึ่งนิติบุคคลนั้นต้องกระทำผ่านผู้แทนหรือผู้มีอำนาจแทนตนในนามของตนอีกทอดหนึ่งในทางความจริงผู้ซึ่งใช้หรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายมีเพียงบุคคลธรรมดา และคณะบุคคล และที่สำคัญเจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องได้รับการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐก็ได้ เนื่องจากปัจจุบันภารกิจของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนนับวันยังมีมากขึ้น ทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจจัดทำกิจการทั้งหมดด้วยตนเอง รัฐอาจมอบกิจการบางอย่างให้เอกชนไปจัดทำในรูปแบบต่าง ๆ เช่น สัมปทานการให้เข้าร่วมงานหรือดำเนินกิจการในกิจการของรัฐ เอกชนจึงอยู่ในความหมายของเจ้าหน้าที่ตามบทนิยามได้ถ้ากฎหมายให้อำนาจหรือมอบให้ใช้อำนาจ เช่น สภานายความ เป็นองค์กรเอกชนที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ให้อำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตว่าความทนายความที่กระทำผิดข้อบังคับมารยาททนายความ ซึ่งเป็นผลให้ทนายความที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาตว่าความหมดสิทธิว่าความทั่วราชอาณาจักร หรือกรณีช่างรังวัดเอกชนที่มีสิทธิเข้าไปในที่ดินของบุคคลใด ๆ เพื่อทำการรังวัดหรือเคลื่อนย้ายหลักหมายเขตที่ดิน ตามพระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535 เป็นต้น

2.3.2 เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย การใช้อำนาจรัฐดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจที่เจ้าหน้าที่สามารถแสดงเจตนากำหนดหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่ต้องให้ความยินยอมด้วย คำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่จึงปรากฏอยู่ในลักษณะเป็นการสั่งการหรือคำสั่งให้เอกชนกระทำการ งดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเสียเป็นส่วนใหญ่ แต่เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐมีทั้งอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ ฉะนั้นอำนาจรัฐในที่นี้หมายถึงอำนาจทางปกครองเท่านั้น ซึ่งการพิจารณาการ

กระทำโดยของเจ้าหน้าที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ อาจใช้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้พิจารณา¹⁹ ได้แก่

2.3.2.1 หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร โดยพิจารณาว่าบุคคลที่ทำคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเจ้าหน้าที่รัฐและสังกัดองค์กรที่เป็นหน่วยงานของฝ่ายบริหารหรือไม่ เนื่องจากโดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐต้องจัดทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เว้นแต่เป็นเรื่องที่มอบหมายให้เอกชนใช้อำนาจรัฐในการทำกิจการของรัฐบางอย่าง เช่น การควบคุมการประกอบวิชาชีพ

2.3.2.2 หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหา โดยพิจารณาจากเนื้อหาของงานหรือกิจการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำว่าเป็นงานหรือกิจการทางปกครองหรือไม่ โดยงานหรือกิจการดังกล่าวอาจเป็นเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะหรือการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และเจ้าหน้าที่ได้ใช้อำนาจสั่งการหรือทำคำสั่งทางปกครองในการปฏิบัติงานดังกล่าวหรือไม่

2.3.2.3 หลักเกณฑ์ด้านรูปแบบ ได้แก่ กฎหมายที่ใช้บังคับหรืออำนาจพิเศษ โดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นกฎหมายปกครองหรือกฎหมายเอกชน การใช้อำนาจสั่งการหรือทำคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นกระใช้อำนาจรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ที่สั่งการมีอำนาจหรือหน้าที่พิเศษแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายเอกชนหรือไม่

จากหลักเกณฑ์ทั้งสามด้านอาจไม่สามารถพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งมาพิจารณาเพียงลำพังได้ เช่น หลักเกณฑ์ทางด้านองค์กร จะเห็นได้ว่าองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการไม่ใช่องค์กรฝ่ายปกครอง แต่หากพิจารณาจากเนื้อหาหรือธรรมชาติของอำนาจที่องค์กรเหล่านั้นใช้อาจอยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครอง เช่น ประธานศาลฎีกามีคำสั่งลงโทษวินัยร้ายแรงแก่ผู้พิพากษาโดยออกคำสั่งไล่ออกจากราชการตามมติของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม คำสั่งไล่ออกจาก

¹⁹ ฤทัย หงส์ศิริ, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษาแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539), หน้า 207.

ราชการถือว่าเป็นอำนาจบังคับบัญชาที่มีเหนือตัวบุคคล ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมความประพฤติของผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นอำนาจที่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายปกครอง

2.3.3 เป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร การทุนการศึกษาแก่นักเรียนได้ที่ที่ได้รับการคัดเลือก การแต่งตั้งให้บุคคลดำรงตำแหน่งหรือให้เลื่อนตำแหน่งทางราชการ ฉะนั้นการสั่งการใดที่ไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์หรือก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ จึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น อยู่ในช่วงการเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในส่วนของ การก่อตั้งนิติสัมพันธ์ที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น โดยหลักแล้วจะต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาทางปกครอง²⁰ การให้ข้อมูลข่าวสาร การอธิบายความเข้าใจ คำแนะนำ คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงาน²¹

2.3.4 เกิดผลเฉพาะเจาะจง คำสั่งทางปกครองจะต้องมุ่งใช้บังคับแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ สามารถระบุตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองได้อย่างแน่นอน แต่อาจไม่ระบุชื่อก็ได้ เช่น คำสั่งทางปกครองที่แจ้งไปยังเจ้าของบ้านเลขที่ 1 ถนนรามคำแหง กรุงเทพฯ ซึ่งแตกต่างจากกฎที่มีผลเป็นการทั่วไป ไม่สามารถระบุตัวบุคคลผู้อยู่ภายใต้กฎได้อย่างแน่นอน ฉะนั้นประกาศกระทรวงมหาดไทยเพิกถอนสัญญาชาติไทยของนาย A จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่กฎ เพราะสามารถบุคคลผู้อยู่ภายใต้ประกาศได้อย่างแน่นอน เป็นต้น อย่างไรก็ตามคำสั่งที่มีลักษณะ

²⁰วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 117-118.

²¹ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 531/2541 คำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานมีลักษณะเป็นเพียงมาตรการเพื่อบอกกล่าวแก่นายจ้างว่าได้มีการฝ่าฝืนประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 และได้เตือนให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายแรงงานเท่านั้น มิได้บัญญัติถึงผลของการไม่ปฏิบัติตามคำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานแต่อย่างใด นายจ้างผู้รับคำเตือนของพนักงานตรวจแรงงานย่อมสามารถใช้ดุลยพินิจของตนโดยอิสระที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามคำเตือนดังกล่าวได้

กำลัง ระหว่างคำสั่งทางปกครองกับกฎ กล่าวคือเป็นคำสั่งที่อาศัยข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี หรือเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งที่เกิดขึ้น มีผลไปยังกลุ่มบุคคลซึ่งไม่สามารถนับจำนวน ได้อย่างแน่นอน เช่นห้ามบุคคลทั่วไปเข้าไปในอาคารเลขที่ 1 ถนนรามคำแหง กรุงเทพฯ เนื่องจากมีสภาพเสี่ยงต่อการพังทลาย ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันจะถือเป็นคำสั่งทาง ปกครองประเภทหนึ่ง เรียกว่าคำสั่งทางปกครองทั่วไป (Allgemeinverfügung) สำหรับ ประเทศไทยเองศาลปกครองไทยได้รับข้อความคิดนี้มาปรับใช้ในคำสั่งหลาย ๆ เรื่อง เช่น ประกาศประกวดราคาจ้างบริการงานด้านระบบไฟฟ้าแบบราคาคงที่ไม่จำกัดจำนวน กับการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เขต 1 (ภาคใต้) จังหวัดเพชรบุรี ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองที่แม้จะมีผลเป็นการทั่วไปโดยมิได้เจาะจง ตัวบุคคลก็ตาม แต่ก็มุ่งหมายให้ใช้บังคับเฉพาะแก่กรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ใช้บังคับกับการประกวดราคาจ้างบริการงานด้านไฟฟ้าฯ เฉพาะครั้งนี้เพียง ครั้งเดียวเท่านั้น ประกาศดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งทาง ปกครองทั่วไป (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 57/2554)

2.3.5 มีผลไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง ลักษณะนี้ชี้ให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครอง เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่รัฐเป็นผู้รักษาประโยชน์มหาชน จึงสามารถก้าวล่วงในสิทธิเสรีภาพของเอกชนได้ ลักษณะคำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่ มักเป็นการสั่งการของเจ้าหน้าที่ต่อเอกชน มิใช่การกระทำระหว่างเจ้าหน้าที่ด้วยกันเอง หนังสือเวียน คำสั่งภายใน แนวปฏิบัติและแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ ระดับผู้บังคับบัญชาภายในฝ่ายปกครอง ไม่ถือว่าเป็นผลไปสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง จึงไม่ เป็นคำสั่งทางปกครอง²² แต่อย่างไรก็ดี เอกชนบางประเภทเช่นข้าราชการ นักศึกษา นักโทษ อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาดูแลจากรัฐเป็นพิเศษจากเอกชนทั่วไป หากพิจารณา ในแง่กฎหมายปกครองแล้ว บุคคลเหล่านี้มีความสัมพันธ์กับรัฐใน 2 ลักษณะ ได้แก่ ความสัมพันธ์พื้นฐานเรื่องส่วนตัว ถ้าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีไปยังข้าราชการนั้น กระทบกับสถานะส่วนตัว ไม่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรือกระทบต่อสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย

²² สมยศ เชื้อไทย, “การกระทำทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ 17, 4 (2530):

ข้าราชการได้บัญญัติรับรองไว้ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลไปกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานนี้ ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก เช่น คำสั่งลงโทษวินัยข้าราชการ และความสัมพันธ์พื้นฐานทางการงาน เป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงานซึ่งข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่ใช่ฐานะส่วนตัว สถานภาพทางกฎหมายในฐานะส่วนตัวของข้าราชการผู้นั้นไม่ถูกกระทบกระเทือน กรณีจึงไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลได้แก่คำสั่งย้าย²³ แต่อย่างไรก็ดี คำสั่งย้ายข้าราชการที่มีผลเป็นการเปลี่ยนลักษณะงานของข้าราชการผู้นั้นอย่างสิ้นเชิง หรือเปลี่ยนสถานที่ทำงานในลักษณะที่มีผลกระทบกับข้าราชการที่ถูกย้ายอย่างเห็นชัดเจน เช่น ย้ายจากส่วนกลางไปส่วนภูมิภาคหรือในทางกลับกัน คำสั่งดังกล่าวควรถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง²⁴

3. ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจมหาชนซึ่งต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายเสมอ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ใช่เพียงบทบัญญัติที่เป็น

²³ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 514/2545 คำสั่งการย้ายข้าราชการครูไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นภายในกรมเดียวกัน ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ มีลักษณะเป็นการบริหารงานภายในหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่การปฏิบัติราชการภายในหน่วยงานนั้น การโยกย้ายดังกล่าวมีผลเป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงภารกิจในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งสิทธิและประโยชน์ในฐานะการเป็นข้าราชการผู้นั้นมิได้เปลี่ยนไปจากเดิม คำสั่งกรมการศึกษานอกโรงเรียนที่ย้าย นาย ศ. จากตำแหน่งหัวหน้าศูนย์ 2 ศูนย์บริการการศึกษานอกโรงเรียนอำเภอเขาสวนกวาง จังหวัดขอนแก่นไปดำรงตำแหน่ง อาจารย์ 2 ระดับ 6 ศูนย์การศึกษานอกโรงเรียนจังหวัดมหาสารคาม จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

²⁴วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 120-121.

ลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แม้กระทั่งจารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไปก็ถูกนำมาใช้เพื่อควบคุมอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองเช่นกัน เนื่องจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองมีวัตถุประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ใช้เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ และคุ้มครองสิทธิของเอกชน หากเจ้าหน้าที่ได้มีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีย่อมเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น แม้แต่ในส่วนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หากปล่อยให้คำสั่งทางปกครองมีผลทางกฎหมายต่อไปอาจเกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวม หรือเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายภายหลังออกคำสั่งทางปกครองเปลี่ยนแปลงไปถึงขนาดที่หากข้อเท็จจริงดังกล่าวมีอยู่ในขณะออกคำสั่ง เจ้าหน้าที่จะไม่ออกคำสั่งเช่นนั้น เจ้าหน้าที่ก็ต้องยับยั้งคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมาพิจารณาว่าสมควรจะยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวหรือไม่ อย่างไรก็ตาม การศึกษาลักษณะคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมักจะใช้กระทำในเชิงปฏิเสธ กล่าวคือมุ่งศึกษาลักษณะคำสั่งทางปกครองใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมากกว่าที่จะศึกษาลักษณะคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีสองลักษณะด้วยกันคือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมายมาตั้งแต่เริ่มแรกออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สามารถเพิกถอนได้ เนื่องจากไม่มีเหตุที่จะเพิกถอน เพียงแต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจร้องขอต่อศาลปกครองเพื่อพิสูจน์ความเป็นโมฆะหรือความไม่มีอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งคือคำสั่งทางปกครองที่อาจเพิกถอนได้ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทางกฎหมายแล้วแต่มีความบกพร่องบางประการหรือเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นความบกพร่องที่ไม่รุนแรงถึงขนาดไม่ยอมรับให้มีผลบังคับทางกฎหมายต่อไปได้ อย่างไรก็ตามก็ตีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีนักวิชาการต่างประเทศและประเทศไทยหลายท่านได้อธิบายไว้ดังนี้

ดร. โภคิน พลกุล อธิบายไว้ในเอกสารประกอบการอบรม โครงการอบรมนิติกร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 26-27 สิงหาคม 2530 เกี่ยวกับหลักกฎหมาย

ว่าด้วยคดีปกครองของฝรั่งเศสว่าได้แบ่งเหตุที่จะใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ไว้ 5 เหตุ คือนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ (L'Incompétence de L'autorité de L'acte) ผิดแบบ (Le Vice de Forme) ผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (Le Vice de Procédure) ผ่าฝืนกฎหมาย (La Violation de la Loi) บิดเบือนอำนาจ (Le Détournement de Pouvoir) หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (Le Détournement de Procédure)

ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ²⁵ ได้หยิบยกงานเขียนเกี่ยวกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเช่น Charles DEBBASCH (Contentieux Administratif) André de Laubadère (Traité de droit Administrative T.1) และ René Chapus (Droit Administrative General) และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสส่วนใหญ่ ว่าแบ่งเหตุที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย มี 2 เหตุ ได้แก่ 1. เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (L'illégalité Externe) ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (Incompétence) ผิดแบบ (Vice de Forme) หรือผิดขั้นตอนหรือวิธีการ(vice de procedure) และ 2. เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (L'illégalité Interne) ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (La Violation de la Loi) หรือ บิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (Le Détournement de Pouvoir ou de Procédure)

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่าเมื่อฝ่ายปกครองทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีสาเหตุหลักอยู่ 4 ประการ คือ คำสั่งทางปกครองที่กระทำลงโดยปราศจากอำนาจ คำสั่งทางปกครองที่ไม่กระทำการตามรูปแบบหรือกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ

²⁵ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ 32, 2 (2545): 251.

คำสั่งทางปกครองที่ใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือที่เรียกว่าใช้อำนาจโดยบิดผัน และคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมาย²⁶

จากงานเขียนของนักวิชาการในประเทศไทยดังกล่าวเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคแรก (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นบทสะท้อนให้ถึงเหตุที่ทำให้การกระทำของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายว่ามีลักษณะไปในทำนองเดียวกัน ดังนี้ “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

อย่างไรก็ดีมีตำราอธิบายลักษณะความไม่ชอบด้วยกฎหมายของศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ซึ่งแบ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ ได้แก่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครอง และความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งผู้วิจัยสนใจที่จะทำการศึกษาโดยละเอียดเพื่อที่จะตอบสมมติฐานงานวิจัย ทั้งนี้ในขณะที่ทำการศึกษาก็พบในหนังสือกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง²⁷ เพียงเล่มเดียวที่หยิบยกประเด็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยด้วย

²⁶บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จักรีราชการพิมพ์, 2545), หน้า 105.

²⁷ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดิม, หน้า 199-205.

3.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครอง

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครอง เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสิ่งที่อยู่ภายนอกของการทำคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ ความบกพร่องในความสามารถของเจ้าหน้าที่ ขั้นตอน และแบบของการทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งสามารถทำการศึกษาตามลำดับดังนี้

3.1.1 ความบกพร่องในความสามารถของเจ้าหน้าที่

กฎหมายปกครองจะบัญญัติอำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรของรัฐหรืออาจเป็นเอกชนบางกรณีซึ่งเป็นข้อยกเว้นออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรของรัฐอาจเป็นองค์กรกลุ่มหรือองค์กรกลุ่มแล้วแต่เนื้อหาของอำนาจปกครองนั้น ๆ องค์กรของรัฐหมายถึงบุคคลธรรมดาที่ทำหน้าที่เป็นกลไกหรือเครื่องมือในการแสดงเจตนาและกระทำการต่าง ๆ ตามภารกิจของรัฐซึ่งมีผลผูกพันในทางกฎหมาย องค์กรของรัฐปรากฏในลักษณะเป็นตำแหน่งต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้ การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐในแต่ละตำแหน่งกฎหมายจะต้องตั้งบุคคลธรรมดาเข้ามาดำรงตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ องค์กรของรัฐจึงประกอบด้วยอำนาจหน้าที่ของรัฐเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และตัวบุคคลธรรมดาที่เรียกว่าเจ้าหน้าที่ การกระทำของบุคคลธรรมดาที่ทำหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้และในฐานะองค์กรของรัฐ จึงจะมีผลผูกพันรัฐ และไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่อบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐ²⁸ ฉะนั้นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองจึงมักเริ่มต้นที่ตัวเจ้าหน้าที่ว่าเป็นตามที่กฎหมายปกครองบัญญัติไว้หรือไม่ ซึ่งก็คือเรื่องความสามารถของเจ้าหน้าที่นั่นเอง การที่เจ้าหน้าที่จะมีอำนาจตามกฎหมายปกครองที่จะออกคำสั่งทางปกครองมีข้อพิจารณา

²⁸ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 185-186.

ด้วยกัน 4 ประการ²⁹ คือ บุคคลที่มีอำนาจกระทำการ เนื้อหา พื้นที่การใช้อำนาจ และ ระยะเวลา แยกพิจารณาพอสังเขปดังนี้

3.1.1.1 บุคคลที่มีอำนาจกระทำการ ความสามารถเกิดขึ้นโดยกฎหมายปกครองบัญญัติไว้ซึ่งโดยหลักเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องใช้อำนาจด้วยตนเอง แต่บางกรณีถ้าไม่ใช่เป็นเรื่องการใช้อำนาจเฉพาะตัวกฎหมายปกครองก็บัญญัติอนุญาตให้มีการมอบอำนาจปกครองได้เพื่อไม่ให้เป็นการอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินและเป็นการลดขั้นตอนการปฏิบัติราชการตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี แต่อย่างไรก็ดี การมอบอำนาจปกครองเป็นเรื่องตำแหน่งต่อตำแหน่ง ไม่สามารถอาศัยความไว้วางใจส่วนบุคคลได้ เงื่อนไขการมอบอำนาจก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ จะต้องมอบอำนาจให้เฉพาะตำแหน่งที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น โดยอาจจะเป็นกฎหมายปกครองเฉพาะที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ไว้โดยตรง หรืออาจเป็นกฎหมายปกครองทั่วไปได้แก่กฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินในส่วนการปฏิบัติราชการแทนหรือการรักษาราชการแทน ซึ่งกฎหมายฉบับนี้บัญญัติให้ทำตามแบบเป็นหนังสือด้วย การเข้าสู่ตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ต้องมีการแต่งตั้งจากบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เหตุบกพร่องที่ปรากฏภายหลังไม่ว่าแต่งตั้งจากบุคคลที่ขาดคุณสมบัติ หรือคุณสมบัติต้องห้ามก็ดี เป็นเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง ก็ไม่กระทบกระเทือนต่อคำสั่งทางปกครองใดๆ ที่กระทำในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ก่อนหน้านั้น³⁰ ในบางกรณีบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่อาจนำมาใช้ได้ เช่น กรณีของบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ไม่มีกฎหมาย

²⁹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง [Online], available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1957>.

³⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 19 บัญญัติว่า ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งการพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่

รองรับ หรือกรณีที่ผู้แต่งตั้งได้รู้หรือควรได้รู้ถึงเหตุผลพร้อมในการดำรงตำแหน่งของเจ้าหน้าที่มาตั้งแต่ต้นแล้วย่อมไม่อาจนำมาตรา 19 มารองรับการกระทำของเจ้าหน้าที่มิให้เสียไปได้³¹

3.1.1.2 เนื้อหา เมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับการแต่งตั้งมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายแล้ว เจ้าหน้าที่จะต้องใช้อำนาจเฉพาะในเรื่องซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้จากผู้ได้บังคับบัญชาหรือผู้ได้การกำกับดูแลกล่าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแล หรือในทางกลับกันผู้ได้บังคับบัญชากล่าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปภายใต้การมอบอำนาจ และอาจเกิดขึ้นจากการกล่าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลต่อผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาหรือภายใต้กำกับดูแล นอกจากนี้การกล่าวล่วงอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คนหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่ทั้งสองไม่มีความสัมพันธ์กันทั้งในแง่การบังคับบัญชา หรือการกำกับดูแลล้วนแต่เป็นเหตุผลพร้อมในเรื่องความสามารถของเจ้าหน้าที่ทั้งสิ้น อีกกรณีหนึ่งซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ เช่น การที่กฎหมายบัญญัติให้การออกคำสั่งทางปกครองจะกระทำได้อเมื่อได้รับความยินยอมหรือเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่ง ถ้าคำสั่งนั้นไม่ได้รับความยินยอมหรือผ่านความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจยินยอมหรือเห็นชอบ คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรืออาจเป็นในลักษณะของการต้องปรึกษา การได้รับข้อเสนอแนะ แต่ทั้งนี้ ขึ้นกับผลบังคับในทางกฎหมายว่าถ้ามีปฏิบัติตามจะมีผลทางกฎหมายเพียงใด

3.1.1.3 พื้นที่การใช้อำนาจ กฎหมายปกครองแต่ละฉบับ จะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ต่างระดับกันขึ้นอยู่กับนโยบายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดมีพื้นที่อำนาจในเขตจังหวัด แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีพื้นที่อำนาจทั่วประเทศเป็นต้น กรณีเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งใช้อำนาจของตนนอกเขตพื้นที่ซึ่งตนรับผิดชอบก็ดี หรือ กรณีเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจภายในเขตพื้นที่รับผิดชอบเดียวกันแต่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการรับผิดชอบพื้นที่ไว้ เช่น เจ้าพนักงานจราจรมีพื้นที่รับผิดชอบทางจราจร เจ้าพนักงานเทศกิจมีพื้นที่รับผิดชอบบนทางเท้าสาธารณะ

³¹ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, เรื่องเดิม, หน้า 3.

ทั้งที่เป็นเขตพื้นที่ภายในเขตกรุงเทพมหานครด้วยกัน ก็ดี หากมีการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองไปถือว่าเป็นการกระทำที่นอกเหนืออำนาจนั่นเอง

3.1.1.4 ระยะเวลา การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งกระทำการในเรื่องที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จะต้องกระทำในระหว่างดำรงตำแหน่ง จะใช้อำนาจก่อนได้รับการแต่งตั้งหรือภายหลังเมื่อพ้นระยะเวลาการปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ หรืออำนาจบางอย่างต้องใช้ภายในเวลาที่กำหนดแต่หมดเวลาไปแล้ว เวลาในที่นี้เป็นระยะเวลาหรือกำหนดเวลาให้อำนาจโดยตรง ไม่ใช่กำหนดเวลาให้เร่งรัดการทำงาน ในระบบราชการมักจะมีตำแหน่งรักษาราชการแทนเพื่อไม่ให้เป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายปกครองเฉพาะหรือกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน แต่กฎหมายปกครองบางฉบับก็บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ดำรงตำแหน่งครบวาระแล้วยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่คนใหม่เข้ารับหน้าที่ ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจหน้าที่ไม่ชอบด้วยเรื่องของเวลาจึงทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจย้อนไปรับรองคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกไปก่อนหน้านี้ให้มีผลสมบูรณ์ได้³²

3.1.2 ความบกพร่องในวิธีการพิจารณา การพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหมายความว่า การเตรียมและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้คำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนการพิจารณาทั้งในกฎหมายนี้หรือกฎหมายปกครองเฉพาะอีกหลายฉบับบางขั้นตอนไม่สำคัญ การกระทำผิดวิธีพิจารณาไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง แต่บางขั้นตอนเป็นเรื่องสำคัญที่

³²อย่างไรก็ดีข้าราชการระดับสูงที่ต้องมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่งก็ดี หรือแต่งตั้งให้โอนไปดำรงตำแหน่งอื่นก็ดี บางทีช่วงระยะเวลารอหนังสือพระบรมราชโองการ อาจกระทบต่อกิจการที่ได้กระทำไปโดยสุจริตระหว่างนั้นอาจนำมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้เทียบเคียงได้ แต่คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าการใช้หลักดังกล่าวอาจกระทบต่อความศักดิ์สิทธิ์ของพระบรมราชโองการได้ จึงเห็นควรให้ใช้วิธีการแต่งตั้งให้รักษาราชการแทนย้อนหลัง อ้างถึงใน สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

จะต้องกระทำ มิฉะนั้นคำสั่งทางปกครองอาจไม่สมบูรณ์ แนวทางการพิจารณาวิธีการพิจารณาว่าเป็นสาระสำคัญหรือไม่นั้น อาจพิจารณาว่าขั้นตอนการพิจารณาใดถ้ามีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชนที่เกี่ยวข้อง หรือถ้าไม่ดำเนินการตามขั้นตอนนั้นผลการพิจารณาจะเปลี่ยนไป ให้ถือว่าเป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่สำคัญที่จะต้องดำเนินการเสมอ³³ ในเบื้องต้นถ้าขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดก็ย่อมถือว่าเป็นสาระสำคัญที่เจ้าหน้าที่จะต้องทำ กรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้ยอมรับว่าในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง บางที่ฝ่ายปกครองมักออกระเบียบแบบแผนทางราชการภายในเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติ ทำให้ระเบียบแบบแผนราชการมีอยู่หลากหลาย ฉะนั้นฝ่ายปกครองต้องเคารพในระเบียบแบบแผนทางราชการเพราะถือเป็นหลักประกันที่ประชาชนจะได้รับ มิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าขั้นตอนหรือวิธีการมีเพื่อให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของเอกชนอย่างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้โดยไม่ขัดหรือแย้งกับการดำเนินการทางปกครอง

ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านใช้มากที่สุดในเรื่องเกี่ยวกับหลักประกันในสถานะของข้าราชการ และขยายความรวมไปถึงการลงโทษทุกลักษณะที่กระทำต่อข้าราชการของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายกำหนดวิธีการโต้แย้งหรือไม่ ซึ่งได้รับการพัฒนาหลักดังกล่าวเป็น “สิทธิป้องกันตนหรือสิทธิต่อสู้โต้แย้ง” ทำให้ข้าราชการที่ถูกดำเนินการทางวินัยจะต้องมีสิทธิต่อสู้หักล้างข้อกล่าวหาได้อย่างเต็มที่ ปัจจุบันปรากฏในรัฐบัญญัติว่าด้วยการเปิดเผยสำนวนการสอบสวน ลงวันที่ 22 เมษายน 1905 มาตรา 65 ที่บัญญัติว่า “ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการทหาร และพนักงานของรัฐทุกคนมีสิทธิเข้าตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้องกับตนทุกชนิดที่รวมอยู่ในสำนวน การขอตรวจดูเอกสารสามารถกระทำได้ไม่ว่าเวลาใดก่อนที่จะมีคำสั่งลงโทษ

³³ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดิม, หน้า 191.

ทางวินัย ก่อนมีคำสั่งโยกย้ายหรือก่อนจะมีคำสั่งให้ระงับการพิจารณาเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง”³⁴

3.1.3 บทพร้องในแบบคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะกระทำในรูปแบบใดต้องมีความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ ในแง่กฎหมายปกครองแบบของคำสั่งทางปกครองอาจจะกำหนดโดยกฎหมาย กฎหมายลำดับรอง หรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ แบบถูกกำหนดเพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชนภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่เอกชนจะเข้าใจและปฏิบัติได้อย่างถูกต้อง แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้แยกลักษณะของแบบออกเป็น 2 ประเภท คือ แบบที่เป็นสาระสำคัญ และแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ และการไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่ศาลปกครองสูงสุดจะเพิกถอน ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คำสั่งทางปกครองโดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ไม่ต้องจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองก็ได้ เช่นคำสั่งลงโทษทางวินัย เพราะข้าราชการได้รับหลักประกันที่ได้อยู่แล้ว และศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสก็ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้อย่างเคร่งครัด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้ต้องแสดงเหตุผล เช่นการลงโทษลักษณะของการว่ากล่าวตักเตือนหรือการดำเนินโทษที่ต้องแสดงเหตุผล ถือเป็นการลงโทษสถานเบาที่ข้าราชการไม่ได้รับหลักประกันการส่งเสริมประวัติและเอกสารต่าง ๆ ไปให้ แต่ปัจจุบันแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดก็ให้ความสำคัญแก่ข้าราชการมากขึ้น โดยวางหลักว่า คำสั่งลงโทษทางวินัยต้องแสดงเหตุผลทั้งสิ้น ถ้าเป็นกรณีเกี่ยวกับข้าราชการที่อยู่ภายใต้สถานะทั่วไปตามกฎหมายข้าราชการ การให้เหตุผลเช่นนี้ถือว่าเป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญ หรือการทำคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือการลงนามของผู้ออกคำสั่งก็ถือเป็นแบบของคำสั่งทางปกครองได้เพราะมีความจำเป็นที่จะต้องมิผู้ลงนามเพื่อตรวจสอบหลักเรื่องความสามารถ เช่นเดียวกับตำแหน่งหน้าที่ของผู้ออกคำสั่ง วันออกคำสั่งทางปกครอง ก็ถือเป็นแบบที่ต้องทำในคำสั่งทางปกครองเช่นกัน

³⁴ปิยะสาสตร์ ไชว์พันธุ์, “การดำเนินการทางวินัยข้าราชการในประเทศฝรั่งเศส,” ใน รวบรวมบทความทางวิชาการเล่ม 2 : กฎหมายปกครองภาควิธีบัญญัติ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 4.

3.2 ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง

ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสแล้วถือว่าเป็นการศึกษาเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน หมายถึงสิ่งที่อยู่ภายในตัวคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การฝ่าฝืนกฎหมาย การบิดเบือนอำนาจ หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ แต่ ศ. ดร. ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ เห็นว่าสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้มีได้อยู่ในตัวของคำสั่งทางปกครอง เช่นการพิจารณาข้อกฎหมายที่ใช้ออกคำสั่งทางปกครองมีมาก่อนและอยู่ภายนอกตัวคำสั่งทางปกครองและผลักดันให้เกิดการทำคำสั่งทางปกครองนั้น จึงควรเรียกว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง และแยกพิจารณาดังนี้

3.2.1 องค์ประกอบส่วนอัตวิสัย (Subjective Element) Subjective ตาม พจนานุกรมอังกฤษ-ไทย อ. สอ. เสถบุตร และวิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี สรุปความหมายได้ว่า มุมมองหรือความคิดเห็นของบุคคล โดยเฉพาะสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึก ความเชื่อ ความต้องการ ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคล เพราะบุคคลเท่านั้นที่มีสิ่งเหล่านี้ได้ การออกคำสั่งทางปกครองกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเป็นหลัก มีข้อยกเว้นที่กฎหมายก็บัญญัติให้อำนาจแก่เอกชน องค์กรของรัฐหมายถึงบุคคลธรรมดาที่ทำหน้าที่เป็นกลไกหรือเครื่องมือในการแสดงเจตนาและกระทำการต่าง ๆ ตามภารกิจของรัฐซึ่งมีผลผูกพันในทางกฎหมาย ฉะนั้นการแสดงเจตนาของบุคคลธรรมดาซึ่งมีชีวิตจิตใจ หรือเป็นมนุษย์ปุถุชน อาจมีเหตุบกพร่องได้ในกรณีดังนี้

3.2.1.1 บกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร การแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ที่มีได้แสดงเจตนาโดยใจสมัคร อาจได้แก่การที่เจ้าหน้าที่สำคัญผิดหรือถูกทำให้ต้องแสดงเจตนาโดยไม่ตรงกับความจริงในสาระสำคัญโดยการหลอกลวง หรือการข่มขู่ทำให้เกิดความหวาดกลัวจนต้องออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนแต่กระทบหลักการกระทำโดยใจสมัคร อันทำให้การแสดงเจตนาวิปริตนั้นเอง³⁵ การพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของผู้ออกคำสั่ง อาจจะหยิบยกมาอธิบายในเชิงตำรากฎหมายปกครองไม่มากนัก ในกลุ่มละตินอเมริกา มีหลักเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยค่อนข้างชัดเจน อ้างอิงในงานของ Allan R. Brewer-Carais, *Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse*,

³⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดิม, หน้า 206.

(1992), p. 67-69 เช่น ประเทศออสเตรีย การแสดงเจตนาออกนิติกรรมทางปกครอง จะต้องกระทำโดยอิสระเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การแสดงเจตนาที่ไม่ได้กระทำโดยใจสมัคร มีการข่มขู่ ใช้กำลังบังคับให้ออกนิติกรรมทางปกครองใด ๆ ไม่สมบูรณ์ เช่นเดียวกับประเทศเวเนซุเอลา การบังคับ การข่มขู่โดยตรงหรือโดยอ้อม ให้มีการแสดงเจตนาไม่เป็นอิสระ ถือเป็นความบกพร่องอย่างรุนแรงที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่ข้อผิดพลาดทางกฎหมายแต่เป็นความบกพร่องในการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือประเทศอาร์เจนตินาที่กล่าวถึงการถือโทษด้วยการให้ข้อมูลหรือเอกสารเท็จทำให้เจ้าหน้าที่ใช้ข้อเท็จจริงที่ไม่มีอยู่จริงหรือเป็นเท็จ กระทบต่อการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ไม่เป็นโดยใจสมัคร เป็นต้น

3.2.1.2 บกพร่องในมูลเหตุจูงใจ (le but) กรณีเป็นองค์ประกอบภายในจิตใจของเจ้าหน้าที่ว่ามีมูลเหตุจูงใจใดในการทำคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากกฎหมายปกครองกำหนดวัตถุประสงค์ไว้เป็นการเฉพาะและเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ไม่มีอิสระในการกำหนดวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งทางปกครองเองโดยอิสระ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่เพียงค้นหาวัตถุประสงค์และออกคำสั่งทางปกครองให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์เท่านั้น ในคำราชฤษฎีกกฎหมายปกครองฝรั่งเศสส่วนมากเป็นเหตุเพิกถอนความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีมูลเหตุมาจากวัตถุประสงค์ในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่กระทำไปโดยบิดเบือนอำนาจ และนิติกรรมทางปกครองที่กระทำไปโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ

1) การกระทำโดยบิดเบือนอำนาจ ได้แก่กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการ หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งการกล่าวอ้างเหตุบกพร่องกรณีมักปรากฏว่าไม่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทางด้านภาวะวิสัย มิใช่เหตุ ที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเหมือนกับความสามารถของเจ้าหน้าที่ และมีลักษณะเป็นอัตวิสัย จึงเป็นเหตุที่พิสูจนได้ยากมากเพราะต้องมีหลักฐานหนักแน่นว่าฝ่ายปกครองกระทำไปโดยบิดเบือนอำนาจ แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักเหตุที่กระทำที่ถือว่าเป็นการบิดเบือนอำนาจมีด้วยกัน 2 กรณี

(1) กระทำไปเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ ได้แก่ การใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือทำไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ๆ เช่น ศาสนา การเมือง³⁶ เป็นต้น ยกตัวอย่าง คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสคดี Société Philharmonique Libre de Fumay นายกเทศมนตรีไม่ยอมอนุญาตให้วงดนตรีวงหนึ่งจัดกระบวนแห่แสดงดนตรีในพิธีศพของสมาชิกวงดนตรีนั้น โดยมูลเหตุจูงใจแท้จริงปรากฏว่านายกเทศมนตรีไม่ชอบวงดนตรีนั้นเป็นส่วนตัว และประสงค์ที่จะส่งเสริมอีกวงหนึ่งซึ่งเทศบาลให้การสนับสนุนทางการเงินอยู่³⁷

ในประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่าด้วยการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง หรือ Sanction Disciplinaire Déguisée ใช้ลักษณะทางอ้อมวิธีเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาเจตนาของผู้ออกคำสั่งว่ามีเจตนาลงโทษหรือมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเดือดร้อนเสียหายแก่สถานภาพของข้าราชการ ซึ่งในทางปฏิบัติการพิจารณาเจตนาอันแท้จริงของผู้ออกคำสั่งสามารถกระทำได้ยาก อาจเป็นเหตุผลหนึ่งองค์ประกอบด้านอ้อมวิธีไม่ได้พัฒนามากนักในทางทฤษฎี ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงคำนึงถึงผลของคำสั่งว่าก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเดือดร้อนแก่สถานภาพของข้าราชการซึ่งเป็นลักษณะทางภาวะวิสัย (Objective) มากกว่า³⁸

(2) กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่นอกเหนือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เหตุนี้เหตุผลบกพร่องในมูลเหตุจูงใจก็เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่สามารถเลือกวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้ตนเองใช้อำนาจกระทำการเองได้ แม้ว่าฝ่ายปกครองจะมีเจตนาสุจริตก็ตาม ฝ่ายปกครองกระทำได้เพียงค้นหาวัตถุประสงค์ที่

³⁶ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส อ่านรายละเอียดเพิ่มเติมที่ ประสาท พงษ์สุวรรณ, เรื่องเดิม, หน้า 282-284.

³⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดิม, หน้า 207.

³⁸ พัฒนพงศ์ อมรวัฒน์, การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงในคดีบริหารงานบุคคลของประเทศฝรั่งเศส [Online], available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1933>, หน้า 2.

กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการ และกระทำการตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายนั้นบัญญัติไว้ เช่น การออกประกาศห้ามนำไม้แปรรูป ซึ่งแปรรูปที่จังหวัดแพร่ไปจำหน่ายในท้องที่อื่นโดยอ้างว่าเพื่อรักษาป่าไม้ในจังหวัดแพร่ไม่ให้ถูกทำลายมากเกินไป อันเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมในการรักษาป่า แต่การห้ามนำไม้แปรรูปไปจำหน่ายในท้องที่อื่นซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้าไม้เกินควร พ.ศ. 2490 อันมีเจตนารมณ์เพื่อจะพยุราคาราคาไม้ให้สูงเกินกว่าที่ประชาชนจะรับได้ แต่ไม่มีเจตนารมณ์ที่จะรักษาป่า ดังนั้นแม้การออกประกาศนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม³⁹ เป็นต้น

2) กระทำไปโดยบิดเบือนชั้นตอนหรือวิธีการ กรณีเป็นการตรวจสอบวัตถุประสงค์ของการออกคำสั่งทางปกครองว่าฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์ในการใช้ชั้นตอนหรือวิธีการที่ต่างไปจากชั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้ได้ง่ายกว่ากับเรื่องนั้นหรือไม่ เช่น อาคารหรือส่วนของอาคารใดหรือสิ่งหนึ่งสิ่งใดซึ่งต่อเนื่องกับอาคารมีสภาพชำรุดทรุดโทรม ซึ่งเจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจตามกฎหมายสาธารณสุขให้เจ้าของอาคารดำเนินการปรับปรุงอาคารให้มีความมั่นคงแข็งแรง เจ้าหน้าที่กลับใช้อำนาจในการเวนคืน หรืออย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของไทย ที่ อ. 418/2550 ที่วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีก่อสร้างบ้านพักอาศัยบนที่ดินที่ไม่ใช่ที่สาธารณประโยชน์และไม่ใช่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน แต่เคยเป็นที่ดินที่มีเอกสารสิทธิซึ่งเจ้าของเดิมไม่ได้เรียกร้องเอาที่ดินคืน ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีอาจได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วยการครอบครองปรปักษ์ ตามมาตรา 1382 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะดำเนินการก่อสร้างโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แต่การฝ่าฝืนดังกล่าวสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ โดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะต้องสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดียื่นคำขอ

³⁹วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, “ลักษณะและประเภทของคดีปกครอง,” ใน เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 6 (อค์สำเนา), พ.ศ. 2545, หน้า 24-25.

อนุญาตให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดก่อน มิใช่มีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีรื้อถอน
อาการดังกล่าว ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เป็นต้น

ในประเทศฝรั่งเศสการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงเพื่อ
หลีกเลี่ยงกระบวนการพิจารณาทางวินัยตามปกติ เป็นมาตรการที่ไม่เคารพต่อหลักประกัน
ความเป็นธรรมแก่ข้าราชการในกระบวนการพิจารณาทางวินัยโดยเฉพาะการให้ข้าราชการ
ผู้ถูกกล่าวหาสามารถใช้สิทธิต่อสู้โต้แย้ง ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสถือว่ามาตรการหรือ
คำสั่งต่าง ๆ เหล่านี้ถือเป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะเป็นการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ
เป็นต้น

3.2.2 องค์ประกอบส่วนภาวะวิสัย (Objective Element) ภาวะวิสัย คือสิ่งที่มี
พื้นฐานอยู่บนข้อเท็จจริง เงื่อนไขที่เป็นข้อเท็จจริง ไม่ขึ้นอยู่กับจิตใจ ซึ่ง ศ. ชัยวัฒน์
วงศ์วัฒนสานต์ ได้แยกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ดังนี้

3.2.2.1 บทพร่องในข้อกฎหมาย กฎหมายในที่นี้มีความหมายกว้าง
ครอบคลุมทั้งกฎหมายที่ระดับสูงกว่าพระราชบัญญัติ เท่ากับพระราชบัญญัติ รวมถึงหลัก
กฎหมายทั่วไป จารีตประเพณี หรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ที่ออกโดยฝ่ายปกครองตาม
หลักกฎหมายที่ว่าฝ่ายปกครองต้องเคารพต่อหลักเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้น เหตุบทพร่อง
กรณีอาจเกิดขึ้นจากไม่มีกฎหมายใช้บังคับเช่นนั้น มีกฎหมายแต่กฎหมายนั้นใช้ไม่ได้
หรือ มีกฎหมายเป็นฐานแต่ตีความใช้กฎหมายผิด⁴⁰

3.2.2.2 บทพร่องในข้อเท็จจริง การออกคำสั่งทางปกครองใด ๆ
ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นไปตามโครงสร้างของบทบัญญัติ
แห่งกฎหมายที่ให้อำนาจหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริง
หนึ่งข้อเท็จจริงใดเอาไว้ล่วงหน้า เจ้าหน้าที่ที่ต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่
กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ ข้อเท็จจริงนี้ครอบคลุมตั้งแต่ข้อเท็จจริงที่เป็นที่มาของการ
พิจารณา ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม ความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นฐาน
กับข้อเท็จจริงที่เป็นผล อย่างไรก็ตามการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนั้นในแต่ละ
ประเทศอาจมีความแตกต่างกันบ้าง เพราะองค์กรตุลาการไม่ใช่ผู้พิพากษาข้อเท็จจริง

⁴⁰โปรดดูเพิ่มเติม ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดิม, หน้า 212.

ไม่ใช่ฝ่ายปกครอง ผลเสียหายอาจเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดิน หรือกระทบต่อความมั่นคงแห่งสิทธิของเอกชน หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสวางหลักการตรวจสอบความบกพร่องของข้อเท็จจริงไว้ 3 ระดับ คือ

1) ความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริง (La Matérialité des Faits) หรือความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (L'erreur de Fait) เป็นการตรวจสอบเพียงว่าข้อเท็จจริงมีอยู่จริงตามที่ฝ่ายปกครองที่ใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าข้อเท็จจริงไม่ถูกต้องไม่ว่าจะเกิดจากความตั้งใจ หรือความไม่ตั้งใจของเจ้าหน้าที่ก็ได้ กรณีถือว่าเป็นความผิดพลาดในข้อเท็จจริง โดยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้ยอมรับตั้งแต่คำพิพากษาคดี Camino⁴¹ ว่าศาลปกครองเป็นศาลที่พิจารณาข้อเท็จจริงได้ด้วย

2) คุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริง (La Qualification Juridique des Faits) หรือความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (L'erreur de Qualification Juridique des Faits) ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้เริ่มตรวจสอบคุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริงในคดี Gomel ปี ค.ศ. 1914 โดยในคดีนั้นกฎหมายให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดในการปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารแก่ผู้ขอ หากพบว่าอาคารก่อสร้างนั้นจะกระทบต่อสถานที่ที่มีลักษณะเป็น Perspective Monumentale สถานที่เก่าแก่ สวยงาม มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ ปรากฏว่าผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างโดยอ้างว่าจะไปกระทบต่อสถานที่ที่มีลักษณะ Perspective Monumentale⁴² คุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริงปรากฏอยู่ในโครงสร้างของกฎหมายส่วนที่เป็นเหตุ จึงเป็นปัญหาการตีความกฎหมาย ทั้งของฝ่ายปกครองและองค์กรตุลาการ แต่องค์กรตุลาการมักมีข้อจำกัดมากกว่าฝ่ายปกครอง การยอมรับการ

⁴¹รัฐบาลได้มีคำสั่งปลดนายกเทศมนตรีออกจากตำแหน่ง โดยอ้างเหตุผลว่าเทศบาลไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในพิธีแห่ศพ ซึ่งศาลได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงในสำนวนแล้วเห็นว่าข้ออ้างดังกล่าวไม่ตรงกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ถือว่าเป็นการควบคุมดุลพินิจในระดับต่ำสุด (le contrôle minimum) C.E., 14 Jan. 1916, Camino) อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 214.

⁴²ประสาธ พงษ์สุวรรณ, เรื่องเดิม, หน้า 180.

ดีความของฝ่ายปกครองในบางเรื่องบางขอบเขตเกิดขึ้นได้เพราะการยอมรับในความชำนาญเฉพาะด้านของฝ่ายปกครองเช่นในเรื่องที่เป็นปัญหาทางเทคนิค ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องมีความรู้เฉพาะสาขา และนักกฎหมายไม่มีความรู้ เช่น สภาพที่มีความเป็นพิษทางเคมี การทำให้เสียสุขภาพชีวภาพ ข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นการท่วมตลาดเข้ามาในราคาต่ำกว่าความเป็นจริง เป็นต้น แต่ถ้าเป็นเรื่องที่ไม่ต้องอาศัยดุลพินิจเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง การควบคุมคุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริงก็เกิดขึ้นได้ เรียกว่าเป็นการควบคุมดุลพินิจในระดับปานกลาง (Contrôle Normal)⁴³

3) การควบคุมความเหมาะสมของข้อเท็จจริง (L'adéquation D'une Fecision aux Faits) กรณีจะเป็นการตรวจสอบในเชิงกฎหมายเพื่อป้องกันความบกพร่องในเรื่องความเหมาะสมอันเกิดจากความบกพร่องโดยชัดแจ้งและไม่สามารถยอมรับให้มีผลในทางกฎหมายได้ โดยใช้หลักกฎหมายเข้ามาตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริง แต่ไม่ถึงกับขังน้ำหนักรและวิเคราะห์ข้อเท็จจริงใหม่ และไม่ใช้ควบคุมความเหมาะสมในส่วนดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพราะองค์กรตุลาการมิใช่ผู้พิพากษาข้อเท็จจริง ซึ่งหลักกฎหมายที่ยอมรับโดยทั่วไปในหลายประเทศที่นำมาใช้ตรวจสอบความเหมาะสมของข้อเท็จจริงได้แก่ หลักความได้สัดส่วน หรือหลักการมีเหตุอันสมควร กรณีนี้ถือเป็นการควบคุมดุลพินิจระดับสูงสุด (Contrôle Maximum) ตำรากฎหมายปกครองส่วนใหญ่อธิบายหลักแห่งความได้สัดส่วน ที่ประกอบไปด้วยหลักการ ด้วยกัน 3 หลักการย่อย ๆ ได้แก่ หลักแห่งความเหมาะสม หลักแห่งความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เช่นเดียวกับศาลปกครองสูงสุดไทยก็พบว่านำมาปรับใช้เช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 51/2547 ซึ่งวินิจฉัยว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่องกำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่และเลี้ยงตัวในวัยอ่อน ในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ขอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำ และก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดี (ชาวประมง) ได้รับ

⁴³ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดิม, หน้า 216-217.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2554 ซึ่งวินิจฉัยว่า การก่อสร้างสะพานทางเดินเป็นโครงการที่รัฐจัดให้มีขึ้นที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม วัฒนธรรม อาชีพ ความปลอดภัย วิถีชีวิตหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชุมชนหรือสังคม และเมื่อลักษณะทางกายภาพของสะพานได้ทำลายสภาพความเป็นธรรมชาติ ความร่มรื่น และทัศนียภาพที่น่าดูที่มีอยู่เดิมและอาจทำลายความเงียบสงบของการอยู่อาศัยของประชาชนในบริเวณดังกล่าว ทั้งมีผลทำให้สิทธิในการดำรงชีวิตอย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของชาวชุมชนสูญเสียไป จึงต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก่อน นอกจากนี้การจัดทำเอกสารคำร้องขอก็ได้ทำขึ้นภายหลังจากที่หน่วยงานทางปกครองดำเนินโครงการจนเสร็จสิ้นแล้วและมีการคัดค้านจากประชาชนจำนวนมากและประโยชน์ส่วนใหญ่ไม่ได้รับประโยชน์ ไม่เกิดความคุ้มค่าในการใช้ประโยชน์ การก่อสร้างสะพานจึงส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตอย่างปกติสุขของประชาชนมากเกินไปสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 ซึ่งวินิจฉัยว่า กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 5 และมาตรา 42 แห่ง พ.ร.บ. ธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ฯ เพื่อใช้บังคับบทบัญญัติในข้อ 11 ทวิ นั้น ที่กำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติม เป็นมาตรการที่ จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายสัมฤทธิ์ผล โดยที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มัคคุเทศก์ได้รับความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งไม่ขัดต่อหลักดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมัคคุเทศก์หรือสังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์มหาชน เนื่องจากการบังคับให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมจะทำให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมเพราะมัคคุเทศก์จะมีความรู้ความเข้าใจในข้อมูลต่าง ๆ ได้ถูกต้อง และปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในด้านการขายและความประพฤติมากยิ่งขึ้น จึงย่อมเป็นผลดีต่อภาพพจน์ด้านอุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ ในขณะที่มัคคุเทศก์จะมีภาระเพิ่มขึ้นเพียงแต่ในแง่ของการต้องเข้ารับการฝึกอบรมและต้องเสียค่าใช้จ่ายทุก ๆ 2 ปี เท่านั้น ดังนั้น กฎกระทรวง

ฉบับนี้จึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของมณฑลเทศาภิบาล
จนเกินสมควรอันจะถือว่าการขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าหลักที่ใช้ในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองจะใช้บทบัญญัติ
ลายลักษณ์อักษรเพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ โดยเฉพาะที่มาแห่ง
อำนาจในการกระทำการ แม้ว่าการกระทำทางปกครองอาจมีความหมายแตกต่างกัน
ในระบบกฎหมายปกครองในแต่ละประเทศ ก็ไม่สร้างความยุ่งยากมากนักในทางปฏิบัติ
สำหรับประเทศไทย เนื่องจากมีบทบัญญัตินิยามความหมายไว้โดยเฉพาะ คงจะเป็น
ก็แต่เพียงปัญหาความหมายในทางทฤษฎีเท่านั้นที่จะต้องขยายความเข้าใจให้ตรงกันว่า
สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศใด แต่อย่างไรก็ดีการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครอง
ในการกระทำการใดโดยเฉพาะคำสั่งที่มีผลกระทบสิทธิหน้าที่หรือสถานภาพจะใช้
กฎเกณฑ์ทั้งที่บัญญัติขึ้นและที่ได้บัญญัติขึ้น เช่นหลักกฎหมายทั่วไป ความไม่ชอบด้วย
กฎหมายจึงมีเหตุผลหลากหลายแล้วแต่จะพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นตัวกำหนด แต่
ส่วนใหญ่ ในทางปฏิบัติโดยการใช้และตีความขององค์กรวินิจัยคดีปกครองมักใช้เหตุ
ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอก (คำสั่งทางปกครอง) และความไม่ชอบ
ด้วยกฎหมายในสาระ (ของคำสั่งทางปกครอง) แต่ปัญหาในทางทฤษฎีโดยเฉพาะความ
ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระสำคัญกรณีองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยเกี่ยวกับความ
บกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร ยังมีการศึกษาไม่มากนัก ซึ่งสมควรจะศึกษาเพื่อการ
สร้างหลักกฎหมายปกครองไทยที่เหมาะสมและเป็นแนวทางให้องค์กรวินิจัยคดี
ปกครองสามารถนำมาปรับใช้โดยอาจสร้างกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมาย
ข้าราชการพลเรือนเช่นในประเทศเยอรมันที่จะได้ทำการศึกษาในบทต่อไป

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนไทย กับกฎหมายต่างประเทศ

ข้าราชการไทยมีด้วยกันหลายประเภทและมีกฎหมายแต่งตั้งข้าราชการแต่ละประเภทโดยเฉพาะ แต่ส่วนใหญ่แล้วมักจะนำบทบัญญัติของกฎหมายข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาบังคับใช้โดยอนุโลม ส่วนการศึกษาหลักกฎหมายของประเทศจะมุ่งเน้นประเทศสหพันธรัฐเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการย้ายข้าราชการ

1. การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ

พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 4 ให้ความหมายของข้าราชการพลเรือนว่า เป็นบุคคลซึ่งได้รับบรรจุและแต่งตั้งให้รับราชการ โดยได้รับเงินเดือนจากงบประมาณในกระทรวง กรมฝ่ายพลเรือน ข้าราชการพลเรือนมี 2 ประเภท (ตามมาตรา 35) คือ ข้าราชการพลเรือนสามัญ ได้แก่ ข้าราชการพลเรือนซึ่งได้รับราชการ โดยได้รับบรรจุแต่งตั้งตามที่บัญญัติไว้ในลักษณะ 4 ข้าราชการพลเรือนสามัญ และ ข้าราชการพลเรือนในพระองค์ ได้แก่ ข้าราชการพลเรือนซึ่งรับราชการโดยได้รับบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในพระองค์พระมหากษัตริย์ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนนอกจากมีสัญชาติไทย อายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปี และเลื่อมใสในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งเป็นคุณสมบัติทั่วไปที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ได้แก่ เป็นผู้ที่มีสัญชาติไทย อายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปี และเลื่อมใสในการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วยความบริสุทธิ์ใจ แล้วยังมีลักษณะต้องห้ามที่ไม่สามารถรับราชการได้ เช่น เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทาง

การเมือง กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมือง หรือเจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ บุคคลล้มละลาย ผู้เคยต้องรับโทษจำคุก โดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะการกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นสำหรับ ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เป็นต้น

การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ หมายถึงการมอบหมายให้ข้าราชการพล เรือนสามัญมีอำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบในงานของตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง และตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 สรุปได้ 5 กรณีด้วยกัน ดังนี้

1.1 การแต่งตั้งผู้ได้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง

การบรรจุบุคคลทั่วไป (ไม่รวมตามกฎหมายอื่น) เข้ารับราชการพลเรือน สามัญจะต้องดำเนินการสรรหาตามระบบคุณธรรม (Merit System) และคำนึงถึง พฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลและประโยชน์ของทางราชการ (ตามมาตรา 52) เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญซึ่งมี 4 ประเภท ได้แก่ ตำแหน่ง ประเภทบริหาร ตำแหน่งประเภทอำนวยการ ตำแหน่งประเภทวิชาการ และตำแหน่ง ประเภททั่วไป (ตามมาตรา 45) ซึ่งพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติกรณีดังกล่าวดังต่อไปนี้

1.1.1 การบรรจุและแต่งตั้งจากตามลำดับที่ในบัญชีผู้สอบแข่งขัน ตามมาตรา 53

1.1.2 การบรรจุและแต่งตั้ง ในกรณีพิเศษ โดยการคัดเลือกโดยไม่ต้อง ดำเนินการสอบแข่งขัน ตามมาตรา 55

1.1.3 การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการระดับชำนาญ การชำนาญการพิเศษ เชี่ยวชาญ หรือทรงคุณวุฒิ หรือตำแหน่งประเภททั่วไประดับทักษะ พิเศษ จากบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ ความชำนาญงานสูง ในกรณีนี้ต้องอาศัย เหตุผลและความจำเป็นอย่างยิ่งและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ ก.พ. กำหนด ตามมาตรา 56

1.2 การย้าย

การย้าย เป็นการแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญไปดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญภายในกระทรวงหรือกรมเดียวกัน ซึ่งจะเป็นตำแหน่งประเภทเดียวกันหรือต่างประเภทกันก็ได้ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 63 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า การย้าย การโอน หรือการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แล้วแต่กรณีให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. ซึ่งในระหว่างที่ยังมิได้มีการออกกฎ ก.พ. ตามมาตรานี้ ก.พ. ได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 132 และมาตรา 137 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดหลักเกณฑ์การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อใช้ปฏิบัติตั้งแต่วันที่ 11 ธันวาคม 2551 เช่น หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1006/ว 8 เรื่อง การย้ายโอน เลื่อน หรือบรรจุกลับข้าราชการพลเรือนสามัญที่มีคุณสมบัติต่างไปจากคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง เป็นต้น

การย้ายตำแหน่งประเภทอำนวยการเฉพาะด้านคดี หรือการย้ายข้ามประเภทตำแหน่งคดี จะต้องคำนึงคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งเป็นสำคัญ ซึ่งผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งจะต้องออกเป็นคำสั่งที่เป็นหนังสือด้วย และหากการย้ายข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น

1.3 การโอน

การโอน เป็นการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ดำรงตำแหน่งในกระทรวงหรือกรมหนึ่ง ให้ดำรงตำแหน่งในกระทรวงหรือกรมอื่น ซึ่งจะเป็นตำแหน่งประเภทเดียวกันหรือต่างประเภทกันก็ได้ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 63 บัญญัติให้ การย้าย การโอน หรือการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แล้วแต่กรณี ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. และในระหว่างที่ยังมิได้ออกกฎ ก.พ. ก็ให้ดำเนินการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไว้ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1006/ว ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2552 (ว.4/2552) เพื่อใช้ปฏิบัติตั้งแต่วันที่ 11 ธันวาคม

2551 เป็นต้นไป เช่น กำหนดการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในต่างกระทรวง กรม อาจทำได้เมื่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงยินยอมในการโอนนั้น โดยให้แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทเดียวกัน ในระดับที่ไม่สูงกว่าเดิม และรับเงินเดือนไม่สูงกว่าเดิม เป็นต้น

การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม ต้องมีการตกลงยินยอมของผู้มีอำนาจบรรจุและแต่งตั้งทั้งสองฝ่ายในการโอน โดยทำคำสั่งเป็นหนังสือและคำสั่งการโอนมีผลวันเดียวกันกับ ณ วันรับโอนและให้โอน ส่วนการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น

ตัวอย่างเช่น ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1006/ว 4 ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2552 ข้อ 3 กำหนดว่า การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญตำแหน่งประเภทบริหารระดับต้นและระดับสูง ประเภทอำนวยการระดับสูง ประเภทวิชาการระดับเชี่ยวชาญและระดับทรงคุณวุฒิและประเภททั่วไประดับทักษะพิเศษ ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในส่วนราชการระดับกรมและมีหัวหน้าส่วนราชการอยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี และการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญตำแหน่งดังกล่าว ซึ่งสังกัดส่วนราชการระดับกรม และมีหัวหน้าส่วนราชการอยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการ ขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณีไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในกรมหรือต่างส่วนราชการระดับกรมและมีหัวหน้าส่วนราชการอยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณีในกระทรวงเดียวกัน อาจทำได้เมื่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงยินยอมในการโอนนั้นแล้ว ทั้งนี้ให้โอนไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประเภทเดียวกันในระดับที่ไม่สูงกว่าเดิม และรับเงินเดือนไม่สูงกว่าเดิม สำหรับการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง และประเภทวิชาการระดับทรงคุณวุฒิให้ทำได้เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี แต่อย่างไรก็ตาม การบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้

คำสั่งตำแหน่งตามมาตรา 63 นั้น มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้อำนาจของผู้ทรงอำนาจตามมาตรา 57 วรรคหนึ่ง (2) ไว้ในมาตรา 57 วรรคสองว่า ในการเสนอเพื่อแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งให้รายงานความสมควร พร้อมทั้งเหตุผล ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดไปด้วย ซึ่งการที่มาตรา 57 วรรคสองบัญญัติให้มีการรายงานความสมควร พร้อมทั้งเหตุผลในการเสนอเพื่อแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งไปด้วยนั้น แสดงให้เห็นว่ามาตรา 57 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติให้เป็นอำนาจดุลพินิจของหัวหน้าส่วนราชการผู้บังคับบัญชา รัฐมนตรีเจ้าสังกัด และคณะรัฐมนตรี โดยมีการกำหนดเป็นเงื่อนไขว่า จะต้องมีการรายงานความสมควร พร้อมทั้งเหตุผลในการเสนอเพื่อแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่ง ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดไปด้วย แต่โดยที่ขณะนี้ ก.พ. ยังมิได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการเสนอตามมาตรา 57 วรรคสองเอาไว้ กรณีจึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติและวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งปรากฏว่ามีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 52 ว่า การสรรหาเพื่อให้ได้บุคคลมาบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรมและคำนึงถึงพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนประโยชน์ของทางราชการ

1.4 การเลื่อนระดับ

การเลื่อนตำแหน่ง เป็นการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งประเภทเดียวกันในระดับที่สูงกว่าเดิม ดังนี้

1.4.1 การเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งประเภททั่วไป

เช่น ประเภททั่วไป ระดับระดับปฏิบัติงาน และระดับชำนาญงาน ให้ใช้วิธีการสอบ หรือการประเมินผลงาน หรือการทดลองปฏิบัติงาน อย่างน้อย 1 วิธี เป็นต้น (หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1006/ว 34 ลงวันที่ 29 ตุลาคม 2547)

ระดับอาวุโส ให้มีการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่มีความเหมาะสมก่อนที่จะให้ส่ง ผลงานประเมิน และประกาศผลการพิจารณาอย่างเปิดเผย โปร่งใส รวมทั้งเปิดโอกาสให้มีการทักท้วงได้ภายในเวลา 30 วัน นับตั้งแต่วันประกาศผล (หนังสือ สำนักงาน

ก.พ. ที่ นร. 1006/ว10 ลงวันที่ 15 กันยายน 2548 ประกอบกับหนังสือ ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 22 ลงวันที่ 30 กันยายน 2540)

ระดับทักษะพิเศษ ให้ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งประเมินคุณลักษณะของบุคคล ส่วนการพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลและประเมินผลงาน นั้น ก.พ.จะเป็นผู้ดำเนินการ (หนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.4/ว 16 ลงวันที่ 29 กันยายน 2538)

1.4.2 การเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการ ได้แก่

ระดับปฏิบัติการ ระดับชำนาญการ ให้เลื่อนและแต่งตั้งผู้ที่ได้รับเงินเดือนไม่ต่ำกว่าขั้นต่ำของอันดับเงินเดือน สำหรับตำแหน่งที่จะเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงในตำแหน่งที่สูงขึ้น โดยไม่เปลี่ยนสายงาน (หนังสือ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร. 0708.4/ว5 ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 2536)

ระดับชำนาญการพิเศษ เช่นเดียวกับการเลื่อนตำแหน่งประเภททั่วไป ระดับอาวุโส ที่ใช้หนังสือ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร. 1006/ว10 ลงวันที่ 15 กันยายน 2548 โดยมีการประเมินบุคคลและการประเมินผลงาน ผลสำเร็จของงาน ข้อเสนอแนะแนวความคิด การปรับปรุงงาน เป็นต้น

ระดับเชี่ยวชาญ ระดับทรงคุณวุฒิ ตาม หนังสือ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร. 0708.4/16 ลงวันที่ 29 กันยายน 2538 กำหนดใช้หลักเกณฑ์ประเมินจากความรู้ความสามารถและความชำนาญในการปฏิบัติงาน ระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง ผลงาน หรือผลการปฏิบัติงาน เป็นต้น

1.4.3 การเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งประเภทอำนวยการ ได้แก่

ระดับต้นเลื่อนเป็นระดับสูง ให้ส่วนราชการดำเนินการเลือกสรรกลั่นกรองเพื่อเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งโดยมีคณะกรรมการพิจารณา และให้ส่วนราชการจัดเตรียมเอกสารและข้อมูลต่าง ๆ สำหรับใช้ประกอบการพิจารณา ได้แก่ 1) รายละเอียดหน้าที่ความรับผิดชอบและความต้องการของตำแหน่ง 2) ข้อมูลบุคคล ข้อมูลเกี่ยวกับประวัติการปฏิบัติราชการและผลงานที่เป็นที่ประจักษ์ในความสามารถของข้าราชการที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาของคณะกรรมการ และ 3) ให้คณะกรรมการกำหนดองค์ประกอบ เกณฑ์และวิธีการประเมินตามความเหมาะสมกับตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง (หนังสือ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร 0708.1/ว 22

ลงวันที่ 30 กันยายน 2540) ทั้งนี้คณะกรรมการตรวจสอบจากบุคคลที่เป็นกลาง สามารถใช้เวลาพิจารณาข้อมูลได้อย่างละเอียดรอบคอบ ในการแต่งตั้งผู้บริหารระดับสูง ให้นำคุณลักษณะการเป็นผู้นำมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาด้วย และควรให้โอกาสข้าราชการพลเรือนสามัญที่อยู่ในเกณฑ์ได้รับการเสนอชื่อเขียนข้อเสนอเกี่ยวกับวิสัยทัศน์ ความคาดหวัง เป้าหมาย แนวทางในการดำเนินงาน และการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ เพื่อประกอบการพิจารณาศักยภาพของข้าราชการพลเรือนสามัญที่ได้รับการเสนอชื่อ (หนังสือ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร.0708.1/ว11 ลงวันที่ 13 สิงหาคม 2542)

1.4.5 การเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหาร ได้แก่

ระดับต้นเลื่อนเป็นระดับสูง เช่นเดียวกับการเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งประเภทผู้ชำนาญการ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน หนังสือ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร. 0708.1/ว 22 ลงวันที่ 30 กันยายน 2540 และ หนังสือ สำนักงาน ก.พ. ที่ นร. 0708.1/ว11 ลงวันที่ 13 สิงหาคม 2542

1.5 การแต่งตั้งผู้ที่มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง

การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญนั้น จะต้องแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งสายงานที่มีการกำหนดมาตรฐานกำหนดตำแหน่งเท่านั้น¹ และผู้ได้รับแต่งตั้งก็ต้องมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนั้นตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งด้วย แต่หากมีเหตุผลและความจำเป็น ก.พ. อาจอนุมัติให้แต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญที่มีคุณสมบัติต่างไปจากคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งก็ได้ ฉะนั้นเมื่อปรากฏภายหลังว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้นเป็นผู้มี

¹มาตรา 61 การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งในสายงานที่ไม่มีกำหนดไว้ในมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง จะกระทำมิได้

²มาตรา 62 ผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญตำแหน่งใด ต้องมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนั้นตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง

คุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนั้น มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจบรรจุตั้งบรรจุตามมาตรา 57 แต่งตั้งผู้นั้นให้กลับไปดำรงตำแหน่งตามเดิมหรือตำแหน่งอื่นในประเภทเดียวกันและระดับเดียวกันโดยพลัน แต่เพื่อให้การใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ รวมถึงเงินหรือสิทธิประโยชน์ที่ผู้นั้นได้รับไปมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 66 วรรคแรก จึงบัญญัติไว้ว่า “...แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ และการรับเงินเดือนหรือผลประโยชน์อื่นใดที่ได้รับหรือมีสิทธิจะได้รับอยู่ก่อนได้รับคำสั่งให้กลับไปดำรงตำแหน่งตามเดิมหรือตำแหน่งอื่นในประเภทเดียวกันและระดับเดียวกัน” หากการแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้นกลับไปดำรงตำแหน่งตามเดิมหรือตำแหน่งอื่นในประเภทเดียวกันและระดับเดียวกันได้ ไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม กรณีนี้ มาตรา 66 วรรคสาม ให้ ก.พ. พิจารณาเป็นการเฉพาะราย

2. ผู้มีอำนาจแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ

การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนให้มีอำนาจหน้าที่และรับผิดชอบงานในตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง และมีสิทธิที่จะได้รับเงินเดือนตามตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งนั้น ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 57 บัญญัติเกี่ยวกับผู้มีอำนาจแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 53 มาตรา 55 มาตรา 56 มาตรา 63 มาตรา 64 มาตรา 65 และ มาตรา 66 ซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาตามตำแหน่งประเภทและระดับได้ดังนี้

ในกรณีที่มีเหตุผลและความจำเป็น ก.พ. อาจอนุมัติให้แต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญที่มีคุณสมบัติต่างไปจากคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งก็ได้

2.1 ตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง

การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง ตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการระดับกระทรวง ระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติเมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้สั่งบรรจุ และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง แต่หากเป็นตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงตำแหน่งรองหัวหน้าส่วนราชการระดับกระทรวง หัวหน้าส่วนราชการระดับกรม รองหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณีหรือตำแหน่งอื่นที่ ก.พ. กำหนดเป็นตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง ให้ปลัดกระทรวงผู้บังคับบัญชา หรือหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณีเสนอรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้ปลัดกระทรวงผู้บังคับบัญชา หรือหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมดังกล่าวเป็นผู้สั่งบรรจุ และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

2.2 ตำแหน่งประเภทบริหารระดับต้น

สำหรับแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับต้น ได้แก่ ปลัดกระทรวง ผู้บังคับบัญชา หรือหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี

2.3 ตำแหน่งประเภทอำนวยการ ประเภทวิชาการ ระดับปฏิบัติการ ข้าราชการ ข้าราชการพิเศษ และเชี่ยวชาญ และประเภททั่วไปในสำนักงานรัฐมนตรี

กรณีการแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญดำรงตำแหน่งประเภทอำนวยการ
 ประเภทวิชาการ ระดับปฏิบัติการ ข้าราชการ ข้าราชการพิเศษ และเชี่ยวชาญ และ
 ประเภททั่วไปในสำนักงานรัฐมนตรี ได้แก่ รัฐมนตรีเจ้าสังกัด

2.4 ตำแหน่งประเภทอำนวยการระดับสูง

ผู้มีอำนาจแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญดำรงตำแหน่งประเภท
 อำนวยการระดับสูง ได้แก่ ปลัดกระทรวง ผู้บังคับบัญชา หรือหัวหน้าส่วนราชการระดับ
 กรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือ
 ต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี

2.5 ตำแหน่งประเภทอำนวยการระดับต้น

สำหรับแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญดำรงตำแหน่งประเภทอำนวยการ
 ระดับต้น ไม่ว่าหัวหน้าส่วนราชการอยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการ
 ขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีหรือไม่แล้วแต่กรณี ได้แก่ อธิบดีผู้บังคับบัญชา

2.6 ตำแหน่งประเภทวิชาการระดับทรงคุณวุฒิ

การแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการระดับ
 ทรงคุณวุฒิ ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติเมื่อได้รับ
 อนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้ส่งบรรจุ และให้นายกรัฐมนตรี
 นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

2.7 ตำแหน่งประเภทวิชาการระดับเชี่ยวชาญ

กรณีการแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการ
 ระดับเชี่ยวชาญ ได้แก่ ปลัดกระทรวงหรือหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับ

บัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี

2.8 ตำแหน่งประเภทวิชาการระดับชำนาญการพิเศษ

การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการระดับชำนาญการพิเศษ และตำแหน่งประเภททั่วไประดับทักษะพิเศษ ได้แก่ อธิบดี ผู้บังคับบัญชาเมื่อได้รับความเห็นชอบจากปลัดกระทรวง ส่วนตำแหน่งประเภทวิชาการระดับชำนาญการพิเศษ และตำแหน่ง ประเภททั่วไประดับทักษะพิเศษในส่วนราชการระดับกรมที่หัวหน้าส่วนราชการอยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี ได้แก่ อธิบดีผู้บังคับบัญชา

2.9 ตำแหน่งประเภทวิชาการระดับปฏิบัติการ ชำนาญการ ตำแหน่งประเภททั่วไประดับปฏิบัติงาน ชำนาญงานและอาวุโส

กรณีแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการ ระดับปฏิบัติการ ชำนาญการ ตำแหน่งประเภททั่วไประดับปฏิบัติงาน ชำนาญงาน และอาวุโส ได้แก่อธิบดีผู้บังคับบัญชา หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากอธิบดีผู้บังคับบัญชา

2.10 การแต่งตั้งตามมาตรา 53 และการย้ายตามมาตรา 63

การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ กรณี มาตรา 53 และการย้าย ตาม มาตรา 63 ให้ดำรงตำแหน่งประเภทวิชาการระดับชำนาญการพิเศษ ซึ่งไม่ใช่ตำแหน่ง ประเภททั่วไประดับทักษะพิเศษ และตำแหน่งประเภทวิชาการ ระดับปฏิบัติการ ชำนาญการ ตำแหน่งประเภททั่วไประดับปฏิบัติงาน ชำนาญงาน และอาวุโส ในราชการบริหาร ส่วนภูมิภาค ได้แก่ ผู้ว่าราชการจังหวัดผู้บังคับบัญชา

3. การแต่งตั้งและการย้ายข้าราชการพลเรือนเยอรมัน

ตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนเยอรมัน การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน กรณีการบรรจุ (Einstellung) การเปลี่ยนสถานะจากข้าราชการฝึกหัดหรือชั่วคราวเป็นข้าราชการประจำ (Umwandlung) การเลื่อนตำแหน่ง (Beförderung) และการเปลี่ยนสายงาน (Aufstieg) ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลก่อตั้งสิทธิและหน้าที่หรือกระทบต่อสถานภาพของข้าราชการ และด้วยกฎหมายปกครองของเยอรมันมุ่งสร้างหลักเกณฑ์คุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง เมื่อข้าราชการพลเรือนนั้นได้รับการแต่งตั้งแล้ว การจะเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนจะกระทำได้เฉพาะการแต่งตั้งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีพฤติการณ์อื่นประกอบด้วย เช่น การแต่งตั้งเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง หรือตัดสินใจบนเจ้าหน้าที่³ และได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษยิ่งกว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั่ว ๆ ไปที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน⁴ (Verwaltungsverfahrensgesetz:

³§ 14 Rücknahme der Ernennung

(1) Die Ernennung ist mit Wirkung auch für die Vergangenheit zurückzunehmen, wenn

1. sie durch Zwang, arglistige Täuschung oder Bestechung herbeigeführt wurde,

2. dem Dienstherrn nicht bekannt war, dass die ernannte Person wegen einer Straftat rechtskräftig verurteilt ist und deswegen für die Berufung in das Beamtenverhältnis als unwürdig erscheint, oder

3. die Ernennung nach § 7 Abs. 2 nicht erfolgen durfte und eine Ausnahme nach § 7 Abs. 3 nicht zugelassen war und eine Ausnahme nicht nachträglich zugelassen wird.

⁴คณันท์ ชัยชนะ, การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน เผยแพร่ใน [Online], available URL: <http://www.pub-law.net>.

VwVfG) ส่วนการย้ายข้าราชการพลเรือนตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนนั้น ได้บัญญัติ อยู่ในตอนที่ 4 (Abschnitt 4) ได้แก่ การย้ายข้าราชการไปช่วยงาน (§ 27 Abordnung) การย้าย (§ 28 Versetzung) และการมอบหมายงาน (§ 29 Zuweisung) ซึ่งสาระสำคัญ ดังนี้

3.1 การย้ายข้าราชการไปช่วยงานราชการ

การย้ายข้าราชการไปช่วยงานราชการ คือ การมอบหมายตำแหน่งชั่วคราว ของข้าราชการไปปฏิบัติงานยังหน่วยงานอื่นโดยมีผู้บังคับบัญชาคนเดิมหรือเปลี่ยน ผู้บังคับบัญชาโดยจะยังคงได้รับการรักษาตำแหน่งงานเดิมไว้ การย้ายข้าราชการไป ช่วยงานราชการอาจเป็นในลักษณะชั่วคราวหรือถาวรก็ได้ การย้ายข้าราชการไปช่วย ราชการในลักษณะชั่วคราวหรือถาวร อาจเป็นการไปปฏิบัติงานในสายงานเดิมได้ใน กรณีที่ผู้ปฏิบัติงานสามารถที่จะปฏิบัติงานนั้นได้ เนื่องจากเคยได้รับการอบรมหรือเคย ผ่านการศึกษาทางด้านวิชาชีพมาก่อน นอกเหนือจากนั้นแล้วการย้ายตัวข้าราชการไป ช่วยงานราชการนั้นในทางปฏิบัติอาจต้องเข้าไปปฏิบัติงานในตำแหน่งงานที่ได้รับอัตรา เงินเดือนระดับแตกต่างกัน⁵

⁵§ 27 Abordnung

(1) Eine Abordnung ist die vorübergehende Übertragung einer dem Amt der Beamtin oder des Beamtenentsprechenden Tätigkeit bei einer anderen Dienststelle desselben oder eines anderen Dienstherrn unter Beibehaltung der Zugehörigkeit zur bisherigen Dienststelle. Die Abordnung kann ganz oder teilweise erfolgen.

(2) Eine Abordnung ist ganz oder teilweise aus dienstlichen Gründen auch zu einer nicht dem bisherigen Amtentsprechenden Tätigkeit möglich, wenn die Wahrnehmung der neuen Tätigkeit aufgrund der Vorbildung oder Berufsausbildung zumutbar ist. Dabei ist auch die Abordnung zu einer Tätigkeit zulässig, die nicht einem Amt mit demselben Endgrundgehalt entspricht.

การย้ายตัวข้าราชการไปช่วยงานราชการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากข้าราชการที่ย้ายตัวไปช่วยราชการในกรณีที่ระยะเวลาในการถูกย้ายตัวไปช่วยราชการเกินกว่าสองปีขึ้นไป หรือกรณีเปลี่ยนผู้บังคับบัญชา ซึ่งกรณีหลังนี้ในทางปฏิบัติสามารถที่จะกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากข้าราชการที่ถูกย้ายตัวไปช่วยราชการในกรณีที่ตำแหน่งงานมีผลตอบแทนเงินเดือนในอัตราเดียวกับอัตราเดิม และแม้จะเป็นสายงานอื่นและมีระยะเวลาการปฏิบัติงานไม่เกิน 5 ปี การย้ายตัวข้าราชการไปช่วยงานราชการโดยเปลี่ยนตัวผู้บังคับบัญชาจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้บังคับบัญชาที่รับตัวผู้ถูกย้ายมาช่วยงานราชการ โดยจะต้องมีการทำหนังสือชี้แจงเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย⁶

3.2 การย้าย

การย้ายกรณี *Versetzung* คือการย้ายถาวรไปปฏิบัติงานในตำแหน่งงานอื่นในหน่วยงานอื่นซึ่งอาจมีผู้บังคับบัญชาเดิมหรือผู้บังคับบัญชาใหม่ก็ได้⁷ หากไม่มี

⁶§ 27 Abordnung

(3) Die Abordnung bedarf der Zustimmung der Beamtin oder des Beamten, wenn sie

1. im Fall des Absatzes 2 länger als zwei Jahre dauert oder
2. zu einem anderen Dienstherrn erfolgt.

Die Abordnung zu einem anderen Dienstherrn ist ohne Zustimmung zulässig, wenn die Tätigkeit einem Amt mit demselben Endgrundgehalt auch einer anderen Laufbahn entspricht und nicht länger als fünf Jahre dauert.

(4) Die Abordnung zu einem anderen Dienstherrn wird von dem abgebenden im Einverständnis mit dem aufnehmenden Dienstherrn verfügt. Das Einverständnis ist schriftlich zu erklären.

⁷§ 28 Versetzung

(1) Eine Versetzung ist die auf Dauer angelegte Übertragung eines anderen Amtes bei einer anderen Dienststelle bei demselben oder einem anderen Dienstherrn.

ข้อกำหนดทางกฎหมายเป็นอย่างอื่น ข้าราชการสามารถย้ายภายในหน่วยงานที่อยู่ภายใต้ความดูแลของผู้บังคับบัญชาของตนได้ โดยการยื่นคำร้องหรือมีเหตุหากมีความจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของตน การย้ายไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากข้าราชการบุคคลนั้น ๆ หากตำแหน่งงานที่ย้ายไปปฏิบัติงานอยู่ภายในความดูแลของผู้บังคับบัญชาเดิม หรือมีลักษณะเดียวกับตำแหน่งเดิม และมีอัตราเงินเดือนเท่ากับตำแหน่งงานเดิม แต่กรณีที่ย้ายไปอยู่ในหน่วยงานอื่น ๆ จะต้องได้รับคำสั่งแจ้งของข้าราชการบุคคลนั้นก่อน⁸ แต่เนื่องจากการยื่นคำร้องขอของข้าราชการในกรณีนี้เป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้ตอบรับการแสดงเจตนา การยื่นคำร้องขอของข้าราชการหากเกิดจากความสำคัญผิด การข่มขู่ กลั่นแกล้ง ข้าราชการผู้นั้นสามารถนำมาใช้เป็นในการบอกกล่าวการแสดงเจตนาได้ทราบที่ผู้บังคับบัญชายังไม่ได้ออกคำสั่ง อย่างไรก็ตาม คำสั่งย้ายระหว่างหน่วยงานนี้ไม่ได้รับการคุ้มครองไว้เป็นพิเศษตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนเยอรมันอย่างเช่นคำสั่งแต่งตั้ง แต่ผู้บังคับบัญชาผู้นั้นก็มีหน้าที่จะต้องรับฟังหรือสอบถามข้าราชการก่อน⁹ หรือผู้บังคับบัญชาจะต้องให้เหตุผลไว้ถ้าผู้บังคับบัญชาได้มีคำสั่งย้ายที่ต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยขัดแย้งกับคำร้องขอหรือความยินยอมของ

⁸§ 28 Versetzung

(2) Eine Versetzung ist auf Antrag der Beamtin oder des Beamten oder aus dienstlichen Gründen ohne ihre oder seine Zustimmung zulässig, wenn das Amt mit mindestens demselben Endgrundgehalt verbunden ist wie das bisherige Amt, und die Tätigkeit aufgrund der Vorbildung oder Berufsausbildung zumutbar ist.

⁹Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) 1976

§ 28 Anhörung Beteiligter

(1) Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, ist diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.

ข้าราชการที่ถูกคำสั่งย้าย¹⁰ หรือข้าราชการที่ถูกคำสั่งย้ายอาจโต้แย้งได้¹¹ หากเป็นไปตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันนั่นเอง¹²

ข้าราชการสามารถที่จะถูกย้ายไปหน่วยงานอื่นที่มีสายการปฏิบัติงานเดิม หรือสายการปฏิบัติงานที่แตกต่างไปจากเดิมได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบของตน ก่อนหากการย้ายนั้นมีเหตุอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานให้กับทางราชการ โดยตำแหน่งงานใหม่จะต้องมีอัตราเงินเดือนเท่ากับตำแหน่งงานเดิมที่ข้าราชการบุคคลนั้นปฏิบัติงานอยู่ ผลตอบแทนตามตำแหน่งเดิมไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเงินเดือน ในกรณีที่มีการยุบหน่วยงานนั้น ๆ หรือมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างหรือสายงานในการปฏิบัติงานภายในหน่วยงานนั้น หรือรวมหน่วยงานเข้าด้วยกันซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสายงานในการปฏิบัติงานของข้าราชการบุคคลนั้น ในกรณีนี้สามารถที่จะย้ายข้าราชการบุคคลนั้น ๆ เข้าไปปฏิบัติราชการในตำแหน่งที่มีลักษณะการปฏิบัติงานคล้ายกับตำแหน่งเดิม หรือมีลักษณะของสายงานที่คล้ายกับสายงานเดิมในตำแหน่งที่ได้รับผลตอบแทนเงินเดือนต่ำกว่าที่เคยได้รับในตำแหน่งงานเดิมและมีผู้บังคับบัญชาคนเดิม ในกรณีที่งานที่ข้าราชการบุคคลนั้น ๆ ได้ปฏิบัติอยู่มิได้เกิดประโยชน์ต่อหน่วยงานต่อไป สามารถย้าย

¹⁰Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) 1976

§ 39 Begründung des Verwaltungsaktes

(1) Ein schriftlicher oder elektronischer sowie ein schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt ist mit einer Begründung zu versehen. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Die Begründung von Ermessensentscheidungen soll auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.

¹¹Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) 1976

§ 45 Heilung von Verfahrens- und Formfehlern

¹²มานิตย์ วงศ์เสรี, “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง 20, 3 (2548): 55.

ได้โดยไม่ต้องรับความเห็นชอบจากข้าราชการบุคคลนั้นก่อน หากแต่เงินเดือนที่ข้าราชการบุคคลนั้น ๆ จะได้รับจะต้องไม่ต่ำกว่าในตำแหน่งงานเดิมที่ข้าราชการบุคคลนั้น ๆ ปฏิบัติหน้าที่อยู่

4. การย้ายข้าราชการพลเรือนฝรั่งเศส

การย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีทั้งกรณีการยื่นคำร้องขอข้าราชการ (Mutation sur Demande) และโดยการริเริ่มสั่งการของผู้บังคับบัญชา (Mutation D'office) ซึ่งการย้ายข้าราชการได้กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยกันสามฉบับ ได้แก่ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1984 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการส่วนกลาง รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1984 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1986 ว่าด้วยระเบียบข้าราชการแพทย์และพยาบาล ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญการย้ายข้าราชการในแต่ละกรณี¹³ ดังนี้

4.1 การย้ายตามคำร้องขอของข้าราชการ

ในกรณีที่มีตำแหน่งงานว่างลง ผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานจะต้องแจ้งให้ข้าราชการผู้ได้บังคับบัญชาทราบเพื่อเปิดโอกาสให้ยื่นคำร้องขอย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งดังกล่าว ภายในระยะเวลาพอสมควร การที่ผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานไม่ดำเนินการแจ้งให้ทราบ เป็นเหตุให้คำสั่งย้ายนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แม้ว่าการยื่นคำร้องขอย้ายจะเป็นสิทธิของข้าราชการ หากแต่การพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือปฏิเสธคำร้องขอย่อมขึ้นกับดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาและประโยชน์ของหน่วยงานหรือไม่ และคำสั่งปฏิเสธคำร้องขอของข้าราชการ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เคยวินิจฉัยว่าคำสั่งปฏิเสธคำร้องขอย้ายของข้าราชการ ไม่จำต้องระบุเหตุผลประกอบ

¹³ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในกฎหมายฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง 20, 3 (2548): 63-86.

เพราะไม่ใช่คำสั่งปฏิเสธผลประโยชน์ที่บุคคลมีสิทธิพึงได้รับ และข้าราชการไม่มีสิทธิรักษาหรือเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงานตามความประสงค์ของตนได้นั่นเอง

4.2 การย้ายโดยการริเริ่มของผู้บังคับบัญชา

การย้ายโดยการริเริ่มของผู้บังคับบัญชายังสามารถแยกได้อีกเป็น

4.2.1 การย้ายเพื่อประโยชน์หน่วยงาน ซึ่งแยกพิจารณาว่าหากมีหน่วยงานจัดทำตารางย้ายข้าราชการ (Tableau Périodique de Mutation) ขึ้น หน่วยงานนั้นต้องขอความเห็นจากคณะกรรมการร่วมข้าราชการ (Commission Administrative Paritaire : CAP) ก่อนจัดทำตารางทุกครั้งเท่านั้น แต่ถ้าหน่วยงานใดไม่ได้จัดทำตารางย้ายข้าราชการ หากคำสั่งนั้นทำให้ข้าราชการต้องย้ายที่พักอาศัย หรือ คำสั่งนั้นก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานภาพของข้าราชการของผู้รับคำสั่ง หัวหน้าหน่วยงานต้องขอความเห็นจากคณะกรรมการร่วมข้าราชการก่อนเสมอ แต่ความเห็นของคณะกรรมการร่วมข้าราชการมิใช่ความเห็นที่มีผลผูกพันในทางกฎหมายที่ต้องปฏิบัติตาม คำสั่งย้ายข้าราชการที่กระทำไปเพื่อประโยชน์หน่วยงาน เป็นไปหลักอำนาจบังคับบัญชาเพื่อการบริหารจัดการองค์กร หรือการแก้ไขปัญหาในการบริหารจัดการองค์กร เช่น การย้ายโดยมีเหตุพิจารณาที่ตัวข้าราชการ ทำให้ผู้บังคับบัญชาย่อมสามารถใช้อำนาจย้ายข้าราชการตามที่ตนเห็นสมควร แต่ในการริเริ่มทำคำสั่งย้าย ผู้บังคับบัญชาก็ต้องยึดประโยชน์ของหน่วยงานเป็นเหตุผลในการทำคำสั่ง หากคำสั่งย้ายมิได้เป็นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์บุคคลที่สามหรือเจตนาก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ข้าราชการ กรณีถือว่าผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจบิดเบือนวัตถุประสงค์ของการบริหารจัดการองค์กร

4.2.2 การย้ายเพื่อลงโทษทางวินัยข้าราชการ กฎหมายที่เกี่ยวกับวินัยข้าราชการฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้บัญญัติว่าลักษณะการกระทำความผิดใดสมควรต้องรับโทษทางวินัย หากแต่ขึ้นกับข้อเท็จจริงหรือการกระทำแต่ละเรื่องที่ข้าราชการผู้นั้นถูกกล่าวโทษ กระบวนการพิจารณาจะเริ่มจากการที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งลงโทษ ทำรายงานข้อเท็จจริงการกระทำความผิด และบทลงโทษ เสนอต่อคณะกรรมการวินัยซึ่งเป็นคณะกรรมการร่วมข้าราชการ แล้วเข้าสู่กระบวนการพิจารณาวินัยข้าราชการ กรณีมีการ

ลงโทษ ข้าราชการที่ถูกคำสั่งลงโทษสามารถโต้แย้งคำสั่งลงโทษวินัย โดยเลือกที่จะยื่นคำร้องต่อองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์เรื่องวินัยข้าราชการ หรือยื่นฟ้องเป็นคดีเพิกถอนการกระทำที่เกินอำนาจต่อศาลปกครองก็ได้ รัฐบัญญัติลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1984 ว่าด้วยสถานะของข้าราชการ จำแนกโทษทางวินัยไว้ 10 ประการ และจัดเป็นกลุ่มได้ 4 กลุ่มด้วยกัน¹⁴ และคำสั่งย้ายข้าราชการ (Le Déplacement D'office) จัดเป็นโทษกลุ่มที่ 2 การย้ายที่เป็นการลงโทษทางวินัยผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของการทำคำสั่งลงโทษทางวินัยที่กฎหมายว่าด้วยขั้นตอนการลงโทษทางวินัยกำหนดไว้ เช่นสิทธิในการขอตรวจดูเอกสาร สิทธิในการรับทราบเหตุผลหรือหน้าที่ให้ผู้ทำคำสั่งย้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษทางวินัยต้องระบุเหตุผลประกอบเสมอ หากคำสั่งย้ายตามกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองทั่วไปแต่มีเจตนาลงโทษผู้รับคำสั่งจะถือว่าคำสั่งย้ายนั้นเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง (Sanction Disciplinaire Déguisée) ถือได้ว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งย้ายมีลักษณะเป็นโทษทางวินัย อาจพิจารณาที่เหตุ (Motifs) อันได้แก่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ผู้บังคับบัญชาใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่ง ซึ่งบางครั้งอาจไม่ใช่เหตุผลที่แท้จริง จึงจำเป็นต้องค้นหามูลเหตุจูงใจที่แท้จริงของผู้ออกคำสั่ง โดยดูจากบริบทในการออกคำสั่ง เช่น การออกคำสั่งย้ายอย่างเร่งรีบเกินไป หรือการออกคำสั่งย้ายหลังได้รับรายงานเสนอให้ลงโทษทางวินัย หรือดูจากผลกระทบของคำสั่งต่อข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งย้าย เช่น ถูกถอดอำนาจหน้าที่สำคัญ ลดระดับภาระหน้าที่ หรือตัดทอนสิทธิประโยชน์อันพึงได้ไปอย่างมาก ซึ่งการนำบริบทหรือผลกระทบมาพิจารณาเพื่อค้นหามูลเหตุจูงใจว่ามีเจตนาลงโทษหรือไม่นั้น มีลักษณะเป็นอัตวิสัย ทำให้การพิจารณาว่าคำสั่งย้ายมีลักษณะ โทษทางวินัยหรือไม่ จึงเป็นที่ซับซ้อนและยุ่งยากในการหาวิธีพิจารณาที่ชัดเจนแน่นอนได้¹⁵

¹⁴ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 4.

¹⁵ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในกฎหมายฝรั่งเศส, หน้า 66-67.

5. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสิทธิแก่ข้าราชการ

ข้าราชการแม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาในฐานะที่ข้าราชการเป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานทางปกครอง แต่ในฐานะหนึ่งข้าราชการก็ได้จําได้รับผลกระทบต่ําคําสั่งจากผู้บังคับบัญชาไม่ว่าจะกระทบต่อสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายข้าราชการ หรือเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายอันเกิดจากการกระทำของผู้บังคับบัญชาได้ ฉะนั้นจึงมีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสิทธิของข้าราชการกรณีได้รับผลกระทบจากคําสั่งการแต่งตั้งข้าราชการเพื่อบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรือได้รับการแก้ไขความคับข้องใจเพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงในสถานภาพของข้าราชการที่สำคัญ ดังนี้

5.1 การร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

การร้องทุกข์ หมายถึง การที่ข้าราชการพลเรือนสามัญร้องขอความเป็นธรรมเนื่องจากเห็นว่า ผู้บังคับบัญชาใช้อํานาจหน้าที่ปฏิบัติต่ตนโดยไม่ถูกต้องหรือไม่ปฏิบัติต่ตนให้ถูกต้อง ซึ่งทำให้เกิดความคับข้องใจอันเป็นเหตุให้ร้องทุกข์

5.2.1 เหตุแห่งการร้องทุกข์ ตามกฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2552 ต้องมีลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังนี้

5.2.1.1 การกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คําสั่งหรือปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติอื่นใดโดยไม่มีอํานาจหรือนอกเหนืออํานาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดขึ้นเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

5.2.1.2 ไม่มอบหมายงานให้ปฏิบัติ

5.2.1.3 ประวิงเวลา หรือหน่วงเหนี่ยวการดําเนินการบางเรื่องอันเป็นเหตุให้เสียสิทธิหรือไม่ได้รับสิทธิประโยชน์อันพึงมีพึงได้ในเวลาอันสมควร

5.2.1.4 ไม่เป็นไปตาม หรือขัดกับระบบคุณธรรม ตามมาตรา 42

แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

5.2.2 ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไป และคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม การร้องทุกข์ให้ทำเป็นหนังสือ และร้องได้สำหรับตนเองเท่านั้น จะร้องทุกข์สำหรับผู้อื่นไม่ได้ การร้องทุกข์แทน ผู้มีสิทธิร้องทุกข์จะมอบหมายให้บุคคลอื่นร้องทุกข์แทนได้ ในกรณีมีเหตุจำเป็นอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น เจ็บป่วยจนไม่สามารถร้องทุกข์ได้ด้วยตนเอง หรืออยู่ในต่างประเทศและคาดหมายได้ว่าไม่อาจร้องทุกข์ได้ทันภายในเวลาที่กำหนด

5.2.3 สิทธิของผู้ร้องทุกข์ กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิของผู้ร้องทุกข์ไว้หลายกรณี ดังนี้

5.2.3.1 การมอบหมายให้บุคคลอื่นร้องทุกข์แทนได้ในกรณีมีเหตุจำเป็น โดยทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้มีสิทธิร้องทุกข์ และหลักฐานแสดงเหตุจำเป็น (ข้อ 10)

5.2.3.2 การแต่งตั้งทนายความหรือบุคคลอื่นซึ่งบรรลุนิติภาวะ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแทนตนในกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ขั้นตอนใด ๆ ได้ (ข้อ 11)

5.2.3.3 การแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นพิจารณาให้แสดงความประสงค์ไว้คำร้องทุกข์ด้วยหรือจะทำเป็นหนังสือต่างหากก็ได้แต่ต้องยื่นหนังสือก่อนที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์เริ่มพิจารณา (ข้อ 9 วรรคท้าย)

5.2.3.4 การคัดค้านผู้มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ ถ้าผู้นั้นมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น เป็นผู้บังคับบัญชาเป็นเหตุให้เกิดความคับข้องใจ หรือเป็นผู้อยู่ได้บังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาดังกล่าว หรือ มีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้ร้องทุกข์ เป็นต้น (ข้อ 58)

5.2.4 ระยะเวลาพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ต้องพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันได้รับคำร้องทุกข์ เว้นแต่มีความจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเวลาดังกล่าว ให้ขยายเวลาได้อีกไม่เกิน 30 วัน โดยบันทึกแสดงเหตุผลความจำเป็นที่ต้องขยายเวลา

ไว้ด้วย หากได้ขยายเวลาแล้วการพิจารณาก็ยังไม่แล้วเสร็จให้ขยายเวลาพิจารณาได้อีกไม่เกิน 30 วัน และให้กำหนดมาตรการที่จะทำให้การพิจารณาแล้วเสร็จโดยเร็ว และบันทึกไว้เป็นหลักฐานแล้วส่งหลักฐานดังกล่าวไปยังผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปของผู้ร้องทุกข์ภายใน 10 วัน นับแต่วันที่ครบกำหนดขยายเวลาเพื่อที่ผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปจะได้ติดตามแนะนำและชี้แจงให้การพิจารณาแล้วเสร็จโดยเร็ว แต่ถ้าปลัดกระทรวงเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยร้องทุกข์ให้ส่งหลักฐานดังกล่าวไปยังเลขาธิการ ก.พ.ในฐานะเลขานุการของ ก.พ.ค. เพื่อดำเนินการต่อไป

ส่วนการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ที่ร้องต่อ ก.พ.ค. ให้องค์คณะวินิจฉัยดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 90 วัน นับแต่วันได้รับคำร้องทุกข์ ถ้ามีความจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเวลาดังกล่าวได้ ให้ขยายเวลาได้อีก 2 ครั้ง ๆ ละไม่เกิน 30 วัน โดยให้บันทึกเหตุผลความจำเป็นไว้

5.2.5 อำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ ในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์โดยผู้บังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชามีอำนาจวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจไม่รับเรื่องร้องทุกข์ ยกคำร้องทุกข์ หรือมีคำวินิจฉัย ให้แก้ไขหรือยกเลิกคำสั่งและให้เยียวยาความเสียหายให้ผู้ร้องทุกข์ หรือให้ดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตามระเบียบที่ ก.พ.ค. กำหนด ในกรณีที่ยังไม่มีระเบียบ ก.พ.ค. เรื่องการเยียวยาความเสียหายให้ผู้ร้องทุกข์ หรือให้ดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมใช้บังคับ ให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยร้องทุกข์สั่งการในเรื่องการเยียวยาและดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมไปพลางก่อนตามที่เห็นสมควร โดยนำประโยชน์ของทางราชการมาประกอบการพิจารณาคด้วย และเมื่อมีระเบียบ ก.พ.ค. ในเรื่องนี้ใช้บังคับแล้ว หากการดำเนินการตามที่ได้สั่งการไปนั้นมีมาตรฐานต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในระเบียบ ก.พ.ค. ก็ให้ดำเนินการเพิ่มเติมให้ครบถ้วนเท่าที่ทำได้ และให้ถือว่าเป็นการเยียวยา หรือดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตามระเบียบ ก.พ.ค. แล้ว คำวินิจฉัยของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ให้เป็นที่สุด ในกรณีที่ผู้ร้องทุกข์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองต่อไปได้

ส่วนการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ของ ก.พ.ค. ก.พ.ค. จะพิจารณาวินิจฉัยเอง หรือจะตั้งกรรมการ ก.พ.ค. คนหนึ่ง หรือจะตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ก็ได้ โดยให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ และในการปฏิบัติหน้าที่ให้กรรมการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา โดยมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 117 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ผลคำวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ของ ก.พ.ค. ให้เป็นที่สุด ผูกพันคู่กรณีในการร้องทุกข์และ ผู้เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำวินิจฉัย และปฏิบัติในโอกาสแรกที่สามารถทำได้ นับแต่ได้รับคำวินิจฉัย หากผู้ร้องทุกข์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ ผู้ร้องทุกข์มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองต่อไปได้

5.2 สิทธิตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายกลางที่จะเข้าไปแทนที่กฎหมายปกครองต่าง ๆ ทั้งหมดเพื่อให้มีขั้นตอน วิธีการ แบบ เช่นเดียวกันหมดเว้นแต่กฎหมายปกครองเฉพาะจะมีหลักเกณฑ์ประกันความเป็นธรรมมาตรฐานในการปฏิบัติราชการที่ไม่ต่ำกว่ากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังนั้นกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะเข้าไปแทนที่กฎหมายข้าราชการพลเรือน เช่นกัน สิทธิต่าง ๆ ที่เป็นหลักประกันแก่ข้าราชการหรือคู่กรณีตามกฎหมายฉบับนี้สำคัญ ๆ ได้แก่

5.2.1 สิทธิในการได้รับแจ้งผลกระทบสิทธิ หรือสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง ตามมาตรา 30 คู่กรณีมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ต้องรับฟังตนก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาบังคับแก่ตน ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะเริ่มขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ได้เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอที่คู่กรณีจะสามารถโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนได้อย่างเหมาะสม แต่มาตรา 30 วรรคสองได้ให้ดุลพินิจไม่เด็ดขาดแก่เจ้าหน้าที่ที่จะแจ้งผลกระทบสิทธิและให้โอกาสแก่คู่กรณีเพื่อทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและโอกาสในการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานอย่างเต็มที่

หรือไม่ก็ได้ และได้มีกฎกระทรวง¹⁶ ใต้บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ได้แก่ (1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง เหตุผลของการประกาศกฎกระทรวงนี้เห็นว่าโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือ ไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริง หรือให้คู่กรณีได้แย้งก่อนการทำคำสั่งทาง ปกครอง ซึ่งทำให้ข้าราชการไม่ได้รับสิทธิป้องกันตนเองระหว่างการพิจารณา แต่ต้อง ไปดำเนินการแก้ไขในภายหลังเมื่อมีคำสั่งทางปกครองแล้ว

5.2.2 สิทธิที่จะตรวจดูเอกสาร ตามมาตรา 31 คู่กรณีมีสิทธิขอตรวจดูเอกสาร หรือตรวจดูพยานหลักฐานที่อยู่ในครอบครองของเจ้าหน้าที่ที่จำเป็นเพื่อใช้ในการโต้แย้ง สิทธิ คู่กรณีจะขอตรวจดูเกินความจำเป็นที่จะต้องใช้ในการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกัน สิทธิของตนไม่ได้ และไม่มีสิทธิขอตรวจดูเอกสารที่เป็นต้นร่างคำวินิจฉัย จนกว่าจะ ออกเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการพิจารณาว่าเอกสารใดจำเป็นต้องรู้นั้น ต้องพิจารณา จากผลแห่งความเป็นธรรมของคู่กรณีเป็นหลักในอันที่จะโต้แย้งหรือชี้แจงป้องกันสิทธิ ของตน

5.2.3 สิทธิที่จะได้รับทราบเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 37 การที่ต้องมีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือให้คู่กรณีได้ทราบ

¹⁶กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทาง ปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6)

(1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจาก งานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

(2) การแจ้งผลการสอบ หรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล

(3) การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ

(4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว

(5) การไม่ออกใบอนุญาต หรือการไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

(6) การสั่งให้เนรเทศ

นั้น ประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ และจะต้องเป็นไปในลักษณะแจ้งชัด ถ่องแท้และไม่กำกวมด้วย การละเลยไม่แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือ ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

นอกจากนี้ยังมีสิทธิอื่น ๆ เช่นสิทธิที่ได้รับคำปรึกษาหรือคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 27 หรือสิทธิที่จะได้รับแจ้งสิทธิที่จะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งแจ้งให้ทราบถึงกระบวนการหรือขั้นตอนในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง เป็นต้น

6. แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ

คดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการส่วนใหญ่จะเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้บังคับบัญชา กับเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันแต่ในฐานะผู้ใต้บังคับบัญชาอันเกิดจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคแรก (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งจากการศึกษาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครอง กับ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งปกครองแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของไทยเกี่ยวกับเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งโดยเฉพาะองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยไม่ปรากฏชัดเจนนัก เช่น

การบิดเบือนวิธีการ ขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.89/2549 การคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการต่าง ๆ ต้องถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่องค์กรกลางในการบริหารงานบุคคลกำหนดไว้โดยเคร่งครัด การดำเนินการคัดเลือกโดยไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ ย่อมมีผลทำให้คำสั่งแต่งตั้งผู้ได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในรูปคณะกรรมการในฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามนโยบาย

การบริหารงานบุคคลของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดที่มีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในเรื่องใด ๆ ให้แตกต่างไปจากหลักการซึ่งเป็นสาระสำคัญที่คณะรัฐมนตรีกำหนดเป็นนโยบายไว้ อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยมติคณะรัฐมนตรีย่อมเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การใช้ดุลพินิจไม่ชอบตามหลักความมีเหตุอันควรหรือหลักความได้สัดส่วน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.59/2549 เมื่อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลื่อนและแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น กำหนดให้กระทำได้ไม่ก่อนวันที่ข้าราชการผู้นั้นผ่านการประเมินผลงาน จึงต้องถือว่าผู้ผ่านการประเมินผลงานมีมติไม่อนุมัติให้ผ่านการประเมินเป็นต้นไป เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจึงต้องใช้ดุลพินิจออกคำสั่งในทางที่ไม่ให้ผลประโยชน์หรือเสียหายต่อสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ผ่านการประเมิน การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเลื่อนและแต่งตั้งโดยให้มีผลภายหลังจากวันที่ผ่านการประเมิน หากเป็นการกระทบหรือเป็นที่เสียหายต่อสิทธิหรือประโยชน์ของบุคคลดังกล่าวย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่มีชอบด้วยกฎหมาย

การบิดเบือนอำนาจ หรือเป็นการใช้ดุลพินิจไม่ชอบ ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547 เช่น ผู้บังคับบัญชาต้องใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งให้ข้าราชการในสังกัดไปปฏิบัติหน้าที่ โดยต้องเป็นคำสั่งที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายบรรลุผล และมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและประชาชนต้องได้รับประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าวมากกว่าความเสียหายที่ข้าราชการผู้รับคำสั่งได้รับ เช่นนี้ การออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานเป็นการประจำ ณ ท่าเทียบเรือ จะเป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่จะทำให้การกำกับดูแลการดำเนินกิจการท่าเทียบเรือสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่การกำกับดูแลท่าเทียบเรือดังกล่าวให้สำเร็จลุล่วงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องให้ผู้ฟ้องคดีออกไปปฏิบัติงานเป็นการประจำก็ได้ เนื่องจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดได้ให้เอกชนเช่าท่าเทียบเรือไปดำเนินการแทนแล้ว องค์การบริหารส่วนจังหวัดจึงมีหน้าที่เพียงตรวจสอบการดำเนินการตามสัญญาของเอกชนเป็นครั้งคราวตาม

ความจำเป็นเท่านั้น ประกอบกับในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารกระทำได้โดยสะดวก ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถปฏิบัติงานได้ โดยไม่จำเป็นต้องไปนั่งปฏิบัติงานประจำ ณ ทำเทียบเรือ นอกจากนั้นผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ความรับผิดชอบและลักษณะงานที่ต้องปฏิบัติหลายด้าน การให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ทำเทียบเรือทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ด้านอื่น ๆ ได้ อันจะทำให้การบริหารงานบุคคลในสำนักงานไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย คำสั่งข้างต้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การย้ายที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 11/2548 แม้ว่าการส่งย้ายข้าราชการเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้บังคับบัญชาในการคัดสรรหรือจัดบุคลากรเพื่อปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ได้ตามที่เห็นสมควร แต่การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงเหตุผลความจำเป็น ความเหมาะสม และประโยชน์ของหน่วยงานเป็นสำคัญ และจะต้องไม่กระทำโดยมิอคติหรือเจตนาถลำแก่งข้าราชการผู้ถูกย้ายให้ได้รับความเสียหาย จึงจะถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย อธิบดีกรมราชทัณฑ์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 3 เรือนจำกลางชลบุรีไปรักษาการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 3 เรือนจำกลางนครราชสีมา ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการโยกย้ายที่รวดเร็วและผิดธรรมเนียม เนื่องจากไม่โยกย้ายตามฤดูกาล ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าก่อนผู้ถูกฟ้องคดีจะมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปรักษาการในตำแหน่งในคดีพิพาทเรื่องนี้ ผู้บัญชาการเรือนจำกลางชลบุรีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือขอให้ย้ายผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ที่เรือนจำอื่น เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีพฤติการณ์กระทำความผิดต่อผู้บังคับบัญชา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการบรรจุและแต่งตั้งระดับ 6 ลงมาของกรมราชทัณฑ์ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของกรมราชทัณฑ์โดยตรงพิจารณาแล้ว เห็นว่าสมควรให้ผู้ฟ้องคดีไปรักษาการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ 3 เรือนจำกลางนครราชสีมา ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาแล้วเห็นว่าการที่เรือนจำกลางชลบุรีเสนอให้ย้ายผู้ฟ้องคดีไปนั้น เป็นไปเพื่อความเหมาะสม ขจัดปัญหาอุปสรรคต่อการบริหารงานบุคคลของเรือนจำ และเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้น จึงมีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ที่เรือนจำกลางนครราชสีมา ตามความเห็นของคณะกรรมการบรรจุและแต่งตั้งฯ จึงเห็นได้ว่าการส่งย้ายดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีได้

พิจารณาอย่างรอบด้าน โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริง เหตุผลความจำเป็น ตลอดจนความเหมาะสมและประโยชน์ของหน่วยงานแล้ว ผู้ฟ้องคดีอาจไม่พอใจที่ไม่ได้รับความสะดวกจากการถูกย้าย แต่การย้ายเป็นการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะสั่งย้ายผู้ฟ้องคดี โดยมีอคติหรือมีเจตนากลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีให้ได้รับความเสียหาย จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว

การกระทำโดยไม่สุจริต เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.564/2556 แม้ว่ามิได้มีกฎระเบียบใดกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาข้าราชการดำรงตำแหน่งในสังกัดตำรวจภูธรภาค 9 ไว้ แต่กรอบการพิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้ที่จะไปปฏิบัติงานใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ต้องมุ่งเน้นและให้ความสำคัญกับความรู้ความสามารถของผู้ปฏิบัติงานในพื้นที่ดังกล่าวอย่างแท้จริง ประกอบกับความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของราชการ ซึ่งผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจแต่งตั้งต้องพิจารณาเรื่องดังกล่าวด้วยความละเอียดรอบคอบเป็นพิเศษ หากไม่ได้พิจารณาถึงความรู้ความสามารถและความเหมาะสมกับตำแหน่งและความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของราชการ ถือเป็นการแต่งตั้งโยกย้ายที่ใช้ดุลพินิจโดยไม่สุจริต

หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.103/2554 การพิจารณาคำร้องขอย้าย สับเปลี่ยนตำแหน่งระหว่างข้าราชการ มิใช่การย้ายตามฤดูกาลปกติที่เป็นความประสงค์ของทางราชการ ผู้มีอำนาจในการพิจารณาย่อมไม่สามารถอ้างเหตุผลเพื่อประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาโยกย้ายแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่คำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นของข้าราชการผู้ขอย้ายประกอบด้วย การใช้ดุลพินิจที่ไม่ได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลของเรื่องย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ

ขณะที่ผู้ฟ้องคดี (ผู้อำนวยการสถานศึกษา โรงเรียน บ้านหมี่วิทยา สังกัดสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาลพบุรี เขต 1 ขอย้ายสับเปลี่ยนตำแหน่งกับนาย ว. ผู้อำนวยการสถานศึกษา โรงเรียนพัฒนานิคม สังกัดสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาลพบุรี เขต 2 โดยระบุในแบบคำร้องขอย้ายที่แนบไปว่าขอย้ายไปดำรงตำแหน่งที่โรงเรียนพัฒนานิคม หากไม่ได้ย้ายตามโรงเรียนที่ระบุไว้ ขอระงับคำขอ ในขณะเดียวกันนาย ว. ก็ได้มีบันทึกถึงผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาลพบุรี เขต 2 (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2)

แจ้งความประสงค์ขอย้ายสับเปลี่ยนตำแหน่งกับผู้ฟ้องคดีพร้อมกับแนบแบบคำร้องขอ
ย้ายโดยมีเหตุผลและเงื่อนไขเช่นเดียวกับ ผู้ฟ้องคดี ปรากฏว่า อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่
การศึกษาลพบุรี เขต 2 ได้มีมติอนุมัติให้รับย้ายผู้ฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีคำสั่ง
ย้ายและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดี แต่ไปดำรงตำแหน่งที่โรงเรียนอื่นไม่ตรงตามความประสงค์ของ
ผู้ฟ้องคดีที่ระบุไว้ในแบบคำร้องขอย้าย ผู้ฟ้องคดีจึงร้องทุกข์ขอความเป็นธรรม ต่อมา
อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาลพบุรี เขต 2 พิจารณาคำร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดีแล้วมีมติ
ยืนยันตามมติเดิม ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือ
คำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองและสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปดำรงตำแหน่ง
เดิม และหรือสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่ง ที่ระบุไว้ในคำร้องขอย้าย ศาลปกครอง
สูงสุดวินิจฉัยโดยสรุปว่า การใช้ดุลพินิจว่าจะรับย้าย หรือไม่รับย้ายบุคคลใด หรือรับย้าย
แล้วจะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในสถานศึกษาแห่งใด ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงและเหตุผล
ของเรื่องเป็นสำคัญ หากว่าผู้มีอำนาจอนุมัติดังกล่าวสามารถใช้ดุลพินิจได้ตาม
อำเภอใจไม่ จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ การย้ายผู้อำนวยการสถานศึกษาเป็นการพิจารณาจาก
คำร้องขอย้าย อันเป็นการย้ายตามความประสงค์ ของข้าราชการ และ โดยที่ข้าราชการ
แต่ละคนมีเหตุผลและความจำเป็นเฉพาะตัว ที่แตกต่างกัน ทางราชการจึงจำต้องคำนึงถึง
เรื่องดังกล่าวและประโยชน์ของทางราชการประกอบด้วย เพื่อให้สมประโยชน์ของทุก
ฝ่าย กรณีของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นลักษณะการย้ายสับเปลี่ยน แม้ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาล
พบุรี เขต 1 จะมีมติอนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีย้าย โดยมีได้ระบุว่าเป็นการย้ายสับเปลี่ยน
ตำแหน่งหรือระบุว่าย้ายไปดำรงตำแหน่ง ในสถานศึกษาแห่งใดก็ตาม แต่ย่อมเป็นที่
ทราบได้ว่า กรณีนี้เป็นการขอย้ายสับเปลี่ยนตำแหน่งกันระหว่างผู้ฟ้องคดีกับนาย ว.
เพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีหนังสือส่งคำร้องขอย้ายพร้อมเอกสารประกอบของนาย ว.
ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณา พร้อมกับแจ้งด้วยว่านาย ว. มีความประสงค์ขอย้าย
สับเปลี่ยนกับผู้ฟ้องคดี และ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาลพบุรี เขต 2 มีมติเห็นชอบการ
ย้ายดังกล่าวแล้ว ดังนั้น จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ย่อมรู้รายละเอียดและ
ข้อเท็จจริงในการย้ายในครั้งนี้ว่าเป็นการขอย้ายที่เป็นความประสงค์ของข้าราชการทั้ง
สองที่จะขอย้ายสับเปลี่ยนตำแหน่งกัน มิใช่เป็นการย้ายตามฤดูกาลโยกย้ายปกติที่เป็น
ความประสงค์ของทางราชการและเพื่อประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ กรณีนี้

จึงไม่สามารถอ้างเหตุผลเพื่อประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญมาเป็นเกณฑ์ ในการพิจารณาโยกย้ายแต่เพียงอย่างเดียว และสาเหตุที่ตำแหน่งผู้อำนวยการสถานศึกษา โรงเรียนพัฒนานิคมว่างลง ก็เนื่องมาจากนาย ว. ได้ขอย้ายสับเปลี่ยนตำแหน่งกับผู้ฟ้องคดี มิใช่เป็นกรณีที่ตำแหน่งว่างลงตามปกติทั่วไปที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะมีอำนาจใช้ดุลพินิจออกคำสั่งโยกย้ายตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงานได้ การพิจารณาย้ายผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนอื่นที่ไม่ตรงตาม ความประสงค์ของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลของเรื่อง ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ซึ่งในทางปฏิบัติที่ถูกต้อง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ชอบที่จะจัดให้มีการประสานงานกันระหว่าง อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ของผู้ประสงค์ย้ายและ ผู้รับย้าย เพื่อให้การย้ายสับเปลี่ยนในครั้งนี้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ขอย้ายทั้งสอง โดยความเห็นชอบของแต่ละ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา แล้วแต่กรณี ตามมาตรา 59 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการ ศึกษาฯ หากไม่สามารถอนุมัติรับย้ายผู้ฟ้องคดีมาดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสถานศึกษาตาม ความประสงค์ได้ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาลพบุรี เขต 2 ก็ชอบที่จะมีมติไม่อนุมัติให้รับย้ายผู้ฟ้องคดี หรือประสานกลับไปยังผู้ฟ้องคดีผ่านทางผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อให้ยืนยัน ความประสงค์หรือทบทวนการตัดสินใจในการขอย้ายสับเปลี่ยนตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอ เพื่อให้ผู้ฟ้องคดียังคงสามารถดำรงตำแหน่งในสถานศึกษาเดิมอยู่ต่อไปได้ตามที่ระบุไว้ในคำร้องขอย้ายของผู้ฟ้องคดีก่อนที่จะพิจารณามีมติ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกคำสั่งย้ายและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีตามฟ้อง จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งที่พิพาท โดยให้มีผลย้อนหลังไปนับแต่วันที่ออกคำสั่ง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.103/2554)

การใช้ดุลพินิจไม่ชอบ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 33/2557 ผู้ฟ้องคดี (นายถวิล เปลี่ยนศรี)บรรยายฟ้องว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 154/2544 ลงวันที่ 7 กันยายน 2554 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีและจากการโอนผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี เนื่องจากกระบวนการโอนย้ายผู้ฟ้องคดีซึ่งกระทำโดยฝ่าย

การเมืองใช้อำนาจหน้าที่เอื้อประโยชน์ให้พวกพ้อง กลั่นแกล้ง ตบตบตาพวหน้าที่ และศักดิ์ศรีในทางราชการของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ส่วนที่ 2 ที่ว่าด้วยการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามมาตรา 266 ประกอบมาตรา 268 และขัดต่อระบบคุณธรรมในการบริหารทรัพยากรบุคคลที่มีได้เป็นกลางทางการเมืองตามนัยมาตรา 42 (5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดฝ่ายข้างมาก พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกรัฐมนตรี) ในฐานะหัวหน้ารัฐบาลและในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการประจำของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคจะมีอำนาจดุลพินิจในการบริหารงานบุคคลในอันที่จะหมุนเวียน สับเปลี่ยน บทบาทหรือการทำหน้าที่ของข้าราชการเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามแนวนโยบายที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา และแม้ผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการที่ปฏิบัติราชการรับผิดชอบงานด้านความมั่นคงของประเทศจะต้องเป็นผู้ซึ่งได้รับความไว้วางใจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ว่าจะสามารถปฏิบัติตามนโยบายด้านความมั่นคงของรัฐบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายอีกด้วย

นอกจากนี้การใช้อำนาจดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการโอนผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการ ระดับกรมหรือระดับกระทรวงไปดำรงตำแหน่งอื่น ก็จะต้องมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวด้วย ซึ่งศาลปกครองย่อมไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารในแง่ของความเหมาะสมของการบริหารงานบุคคลให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลได้ แต่ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ากรณี พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการบรรจุ และแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญไว้ในมาตรา 52 ว่า จะต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรมตามที่ระบุไว้ในมาตรา 42 และคำนึงถึงพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนนโยบายของทางราชการ และเพื่อให้การใช้อำนาจดุลพินิจของ

ผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 57 วรรคหนึ่ง เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีเหตุผลรองรับเพื่อให้เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ จึงได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 57 วรรคสองว่า ในการเสนอเพื่อแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่ง ให้รายงานความสมควร พร้อมทั้งเหตุผล ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดไปด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารนั้นจะต้องมีเหตุผลรองรับ ซึ่งหลักการที่ว่า การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารจะต้องมีเหตุผลรองรับนั้นได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานกลางในการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง โดยมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ในคดีนี้ปรากฏว่า ในการพิจารณาโอนผู้ฟ้องคดีไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีนั้น ไม่ปรากฏว่าได้มีการเสนอหรือแสดงถึงเหตุผลในการโอนผู้ฟ้องคดีไว้โดยชัดแจ้ง โดยปรากฏเหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในคำสั่งที่ทำเป็นหนังสือเพียงเท่าที่ระบุไว้ในคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 152/2554 เรื่องให้ข้าราชการมาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีลงวันที่ 7 กันยายน 2554 โดยระบุเหตุผลไว้กว้างๆ แต่เพียงว่า เพื่อความเหมาะสมและประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว ยังจะต้องมีเหตุผลรองรับที่มีอยู่จริงและอธิบายได้ซึ่งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้อ้างเหตุผลในการโอนผู้ฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีประสิทธิภาพมีข้อบกพร่องหรือไม่สนองนโยบายของรัฐบาลซึ่งจะถือได้ว่ามีเหตุผลอันสมควรที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งโอนได้ตามความเหมาะสม จึงถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ อันเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นการโอนผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติมาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีลงวันที่ 30 กันยายน 2554 จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองสูงสุดจากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการควบคุมดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสวางหลักการตรวจสอบความบกพร่องของข้อเท็จจริง แต่เป็นเหตุบกพร่องในส่วนองค์ประกอบทางภาวะวิสัย ดังนี้

“ในกรณีที่มีการฟ้องคดีโต้แย้งการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารได้เฉพาะในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ศาลปกครองจะ ไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารในแง่ของความเหมาะสม ซึ่งการที่ศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารว่า สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการมอบอำนาจดังกล่าวหรือไม่ และการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ นั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ว่าในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารนั้น ฝ่ายบริหาร มีเหตุผลรองรับหรือไม่ อย่างไร ถ้าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารไม่มีเหตุผลรองรับ การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นย่อมไม่แตกต่างจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจที่ไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลหรือให้คำอธิบายต่อผู้ใดว่าเหตุใดจึงใช้อำนาจไปเช่นนั้น ดังนั้น การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหาร โดยไม่มีเหตุผลรองรับจึงอาจเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้ โดยศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบเหตุผลที่ฝ่ายบริหารใช้อ้างอิงในการใช้อำนาจดุลพินิจได้ใน 2 ส่วน คือ เหตุผลในส่วนที่เป็นข้อกฎหมายและเหตุผลในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง สำหรับเหตุผลในส่วนที่เป็นข้อกฎหมายนั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ว่า ฝ่ายบริหารมีความผิดพลาดในการบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ โดยศาลย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ว่า มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารจริงหรือไม่ ฝ่ายบริหารอ้างอิงบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารผิดพลาดหรือไม่และฝ่ายบริหารตีความและหรือปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารผิดพลาดหรือไม่ ส่วนเหตุผลในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงนั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ฝ่ายบริหารนำมา

อย่างเป็นเหตุผลในการใช้อำนาจดุลพินิจได้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวมีอยู่จริง
 หรือไม่ ส่วนการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ฝ่ายบริหารนำมาอ้างเป็นเหตุผลในการ
 ใช้อำนาจว่าเป็นข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเงื่อนไขของการใช้
 อำนาจในองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่นั้น
 ศาลปกครองจะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้เพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับบทบัญญัติ
 ของกฎหมายว่ามีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีการให้คำนิยามไว้เป็นการเฉพาะ
 และหรือมีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงหรือไม่
 ถ้ามบทบัญญัติของกฎหมายมีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่
 เฉพาะเจาะจงและเป็นความหมายทั่วไปซึ่งในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว ผู้ใช้
 ผู้ตีความถ้อยคำดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญทางเทคนิค
 วิชาการอื่นมาใช้ประกอบในการใช้และการตีความกฎหมาย เพียงแต่ผู้ใช้ผู้
 ตีความกฎหมายต้องใช้ดุลพินิจประกอบเพื่อเสริมความให้กฎหมายสมบูรณ์ขึ้น
 เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์และตามกาลสมัย เช่น มีกายหรือจิตใจไม่
 เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว
 อย่างร้ายแรง กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม
 อันดีของประชาชน เป็นต้น กรณีเช่นนี้ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเข้าไป
 ตรวจสอบดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายบริหารได้ตามปกติแต่ถ้ามบทบัญญัติของ
 กฎหมายมีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายเฉพาะทางวิชาการหรือเป็น
 ถ้อยคำซึ่งผู้ใช้ผู้ตีความไม่สามารถใช้ความรู้ความเข้าใจทั่ว ๆ ไป หรือไม่
 สามารถใช้เฉพาะความรู้ทางกฎหมายมาใช้และตีความถ้อยคำดังกล่าวได้แต่
 จำเป็นต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในแขนงวิชานั้น ๆ เป็นผู้ใช้และ
 ตีความถ้อยคำดังกล่าว เช่น มีสภาพหรือการใช้ที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อสุขภาพ
 ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุ
 ร้ายกาจหรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อคุ้มครอง
 ความปลอดภัยของผู้ใช้ เป็นต้น กรณีเช่นนี้การใช้การตีความถ้อยคำของ
 กฎหมายจะต้องอาศัยความเชี่ยวชาญพิเศษซึ่งศาลเองไม่มีความเชี่ยวชาญพิเศษ
 นั้น จึงถือว่าเป็นดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายบริหารที่ศาลปกครองจะจำกัดขอบเขต

การเข้าไปตรวจสอบแต่เพียงว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารนั้นมีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำหรือไม่ นอกจากนี้ศาลปกครองยังยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยที่ศาลจะจำกัดขอบเขตการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ ในคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งประกาศผลการสอบหรือการวัดผลความรู้หรือความสามารถของบุคคล หรือในคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งประกาศผลการประเมินการปฏิบัติราชการเพื่อประเมินความรู้ความสามารถของข้าราชการ โดยผู้บังคับบัญชา ซึ่งศาลไม่อยู่ในฐานะที่จะทำการตรวจสอบและให้คะแนนแทน ผู้ตรวจข้อสอบ หรือทำการประเมินผลการปฏิบัติราชการหรือประเมินความรู้ความสามารถของข้าราชการแทนผู้บังคับบัญชาได้”

ซึ่งจากเหตุผลของคำพิพากษาศาลปกครองดังกล่าว เป็นกรณีที่ศาลปกครองควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเหตุบกพร่องข้อเท็จจริงในระดับต่ำสุด กล่าวคือ ตรวจสอบว่าผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่งสามารถยืนยันเหตุผลของการย้ายว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของของทางราชการอย่างไร โดยอาศัยข้อเท็จจริงสนับสนุนเหตุผลของผู้บังคับบัญชา โดยศาลปกครองใช้วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งข้าราชการตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เป็นขอบเขตของการใช้อำนาจประกอบกับคำสั่งที่ต้องจัดให้มีเหตุผลซึ่งถือเป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญอีกด้วย

สรุปได้ว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มีด้วยกัน 5 กรณีได้แก่ (1) การแต่งตั้งผู้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง (2) การย้าย (3) การโอน (4) การเลื่อนระดับ และ (5) การแต่งตั้งผู้ที่มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง ซึ่งอาจแบ่งพิจารณาจัดประเภทคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ (1) คำสั่งแต่งตั้งที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งแต่งตั้งผู้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง คำสั่งแต่งตั้งเลื่อนระดับ และคำสั่งแต่งตั้งผู้ที่มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง และ (2) คำสั่งอื่น ได้แก่ คำสั่งการย้าย และคำสั่งการโอน แต่อย่างไรก็ดีคำสั่งการย้าย หรือการโอน หากคำสั่งนั้นมีผลกระทบสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนที่ได้บัญญัติรับรองไว้ก็เป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น มีการเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ความ

รับผิดชอบเดิม อำนาจการบริหารบุคคลหรือสิทธิผลประโยชน์ต่าง ๆ เปลี่ยนแปลงไป ก็เป็นคำสั่งทางปกครองได้ อาทิเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 33/2557 ที่เห็นว่าการโอนเป็นคำสั่งที่ต้องจัดให้มีเหตุผลประกอบด้วย ซึ่งการให้เหตุผลถือเป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญสำหรับคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือ การคุ้มครองหรือหลักประกันสำหรับข้าราชการที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งแต่งตั้ง นอกจากแบบแล้ว ยังรวมไปถึงขั้นตอน วิธีการที่ต้องกำหนดไว้ในกฎ ก.พ. แต่อย่างไรก็ดี ก.พ. มักจะใช้หนังสือเวียน ซึ่งอาจต้องตีความหนังสือเวียนว่ามีสถานะเป็นกฎหรือไม่ และการที่กฎหมายให้องค์กรฝ่ายปกครองออกกฎ แต่องค์กรฝ่ายปกครองเลี้ยงที่จะออกกฎอาจขัดกับหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปได้ สำหรับกรณีกฎหมายของประเทศเยอรมันมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครกรณีการยื่นคำร้องขอย้ายของข้าราชการ ซึ่งหากเกิดจากความสำคัญผิด การข่มขู่ กลั่นแกล้ง ข้าราชการผู้นั้นสามารถนำมาใช้เป็นบอกล้างการแสดงเจตนาได้ตราบที่ผู้บังคับบัญชายังไม่ได้ออกคำสั่ง และได้รับการคุ้มครองตามหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือการแต่งตั้งข้าราชการที่เกิดจากการบังคับข่มขู่ หลอกลวงหรือติดสินบนเจ้าหน้าที่ เป็นเหตุเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งและได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมายข้าราชการพลเรือนเยอรมันในประเทศฝรั่งเศสการย้ายเป็นอำนาจบังคับบัญชาเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน การย้ายเพื่อลงโทษทางวินัยถือเป็น 1 ใน 10 โทษทางวินัย ซึ่งต้องดำเนินการตามกระบวนการทางวินัยเหมือนกับโทษทางวินัยอื่น ๆ ซึ่งหากการมีคำสั่งย้ายข้าราชการแต่มีเจตนาลงโทษข้าราชการ จะถือว่าเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง ซึ่งระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเห็นว่าเป็นการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ จากผลการศึกษาลักษณะกฎหมายข้าราชการพลเรือนเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการของประเทศเยอรมัน จะเห็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครในกฎหมายข้าราชการพลเรือนโดยวัตถุประสงค์ก็เพื่อคุ้มครองหรือเป็นหลักประกันสิทธิแก่ข้าราชการที่จะไม่ถูกใช้อำนาจตามอำเภอใจจากผู้บังคับบัญชา ศาลปกครองอาจเพียงปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ ฉะนั้นการที่ศาลปกครองฝรั่งเศส หรือศาลปกครองไทยหยิบยกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นองค์ประกอบส่วนภาวะวิสัยซึ่งเป็นข้อเท็จจริง

หรือข้อกฎหมายที่ไม่ขึ้นอยู่กับจิตใจเพื่อพิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง
อาจเป็นปัญหาในการก้าวล่วงในการบริหารงานบุคคลขององค์กรฝ่ายปกครองได้

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการกับ แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัตวิสัย (Subject Element)

1. ปัญหาเกี่ยวกับแนวคิดเกี่ยวกับความบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครเป็นเหตุแห่ง ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ

เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครองอันเป็นองค์ประกอบส่วนอัตวิสัย เป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่าง ๆ ที่ผลักดันให้เกิดการคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ ความบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร และความบกพร่องในมูลเหตุจูงใจ ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จะอธิบายเหตุบกพร่องโดยมูลเหตุจูงใจปรากฏทั้งในทางทฤษฎีและคำพิพากษาของศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม มูลเหตุจูงใจนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยมีมูลเหตุจูงใจนอกเหนือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์เฉพาะบุคคลหรือประโยชน์สาธารณะอื่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง โดยแยกพิจารณาได้ 2 กรณีคือ การกระทำโดยบิดเบือนอำนาจ และการบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ ฉะนั้นจึงเป็นการใช้วัตถุประสงค์ของกฎหมายกำหนดความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และใช้เป็นเหตุผลที่หนักแน่นเพียงพอแก่การรับฟังแก่ผู้เกี่ยวข้องในทางคดี แต่อย่างไรก็ดีบางครั้งวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับเองอาจไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง เช่น เพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ จึงเป็นปัญหากฎหมายที่ก่อให้เกิดการตีความการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับเหตุบกพร่องโดยใจสมัครอาจจะนำมาปรับใช้สำหรับกรณีดังกล่าวได้ จากการวิเคราะห์แยกประเด็นดังกล่าว ดังนี้

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนิติกรรมทางปกครองเป็นคำที่แปลมาจากคำว่า Acte Administratif โดยพิจารณาจากคำว่า Acte Juridique ซึ่งเป็นคำอธิบายในคำรากกฎหมาย

แห่งว่าเป็นการกระทำที่ได้ทำลงไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง สิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมายหรือในความหมายของนิติกรรม เพียงแต่ว่า การแสดงเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีทั้งที่อยู่ภายใต้ ขอบเขตกฎหมายเอกชนที่เรียกว่านิติกรรมของฝ่ายปกครองหรือ Actes de L'administratif และนิติกรรมทางปกครองหรือ Acte Administrative ซึ่งเป็นการกระทำภายใต้ขอบเขต ของกฎหมายมหาชน ดังนั้นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะเจาะจงซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครองจึงเป็นการแสดงเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครองให้ปรากฏต่อบุคคล หรือคณะบุคคลผู้รับการแสดงเจตนาในอันที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายภายใต้ กฎหมายมหาชน ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสพัฒนาการของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจาก หลักกฎหมายคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) และทฤษฎีกฎหมาย ปกครองจากนักวิชาการจากสำนักกฎหมายปกครอง 2 สำนัก คือ สำนัก Service Public แห่ง Bordeaux โดย Léon Duguit และสำนัก Puissance Publique แห่ง Toulouse โดย Maurice Hauriou ทำให้การแยกระบบกฎหมายปกครองเป็นเอกเทศออกจากกฎหมาย แห่งก่อนข้างชัดเจน ซึ่งอาจเป็นเหตุผลทำให้การแสดงเจตนาบกพร่องโดยใจสมัครหรือ เจตนาวิปริตจึงไม่มีการกล่าวถึงในระบบกฎหมายปกครอง หากนำไปอธิบายเกี่ยวกับ ความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมทางแพ่งในระบบกฎหมายเอกชน แต่อย่างไรก็ตามระบบ กฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีอิทธิพลอย่างมากในภาคพื้นยุโรปรวมไปถึงดินแดนที่เคยตก เป็นอาณานิคมทั้งของประเทศฝรั่งเศสและประเทศอื่น ๆ ในภาคพื้นยุโรป ทั้งมีอิทธิพล มากบ้างน้อยบ้างขึ้นอยู่กับช่วงเวลาของเหตุการณ์และสถานการณ์ของแต่ละบ้านเมือง ในขณะนั้น ประเทศเยอรมันก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส เช่นเดียวกัน กฎหมายปกครองของประเทศเยอรมันตั้งอยู่บนพื้นฐานทฤษฎีการปกครอง ของนิติรัฐแบบเสรีนิยม ทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐเป็นนิติบุคคล โดยเฉพาะงานเขียนของ Otto Mayer มีอิทธิพลต่อการสร้างข้อความคิดกับการกระทำทางปกครอง โดย Otto Mayer ศึกษาเปรียบเทียบพัฒนาการกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมันในช่วงเดียวกับ เหตุการณ์ปฏิวัติฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 เป็นต้นมาถึงช่วงศตวรรษที่ 19 ว่า ระบบกฎหมาย ปกครองเยอรมันยังคงยึดติดกับกฎหมายแพ่ง ทำให้ Mayer เห็นว่าระบบกฎหมาย ปกครองประเทศเยอรมันจำเป็นต้องมีข้อความคิดและสถาบันทางกฎหมายที่แยกออกมา

ต่างหากโดยเฉพาะข้อความคิดสิทธิทางมหาชน (Subjektives Öffentliches Recht) ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิทางมหาชนของปัจเจกบุคคลและมีความแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสเช่นในปัจจุบัน ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันจึงมีหลักการในการมุ่งรักษาประโยชน์สาธารณะและสิทธิของบุคคลเป็นสำคัญ ในขณะที่ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะมุ่งควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมากกว่าจะมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคล นอกจากนี้ยังมีระบบกฎหมายปกครองของประเทศสเปน หรือโปรตุเกสเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมันผสมผสานกัน และระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้ก็มีอิทธิพลต่อประเทศในแถบละตินอเมริกาที่เคยเป็นดินแดนในอาณานิคม โดยเฉพาะในเรื่องการมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ทั้งประเทศสเปนและโปรตุเกสได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน

เหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครได้แก่การที่เจ้าหน้าที่สำคัญผิดหรือถูกทำให้ต้องแสดงเจตนาโดยไม่ตรงกับกับความจริงในสาระสำคัญ ซึ่งแยกประเด็นพิจารณาจากองค์ประกอบในส่วนอัตวิสัย มิใช่หยาบยึกขึ้นมากล่าวอ้างลอย ๆ หากปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครในระบบกฎหมายเยอรมัน หรือระบบกฎหมายในประเทศแถบละตินอเมริกาที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายเยอรมันที่มีแนวคิดสอดคล้องที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลในทำนองเดียวกัน เช่นประเทศออสเตรียถ้าการแสดงเจตนาที่ไม่ได้กระทำโดยใจสมัคร มีการข่มขู่ เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำนองเดียวกับประเทศเวเนซุเอลา และประเทศอาร์เจนตินาที่รวมถึงการฉ้อโกงด้วยการให้ข้อมูลหรือเอกสารเท็จด้วย สำหรับประเทศเยอรมันกฎหมายข้าราชการพลเรือนเยอรมัน Bundesbeamten-gesetz (BBG) §14 การแต่งตั้งที่มีพฤติการณ์เกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง หรือตัดสินใจบนเจ้าหน้าที่ เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการได้ ซึ่งสะท้อนแนวคิดการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ชัดเจนของระบบกฎหมายปกครองของประเทศเหล่านี้เป็นอย่างดี หากพิจารณาคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่เหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร อาจเป็นการแสดงเจตนาของตัวเจ้าหน้าที่แต่ในขณะเดียวกันหากพิจารณาบุคคลที่ได้รับผลกระทบสิทธิ คำสั่งบางคำสั่งที่ต้องได้รับการยินยอมซึ่งเป็นเงื่อนไขแห่งการสมบูรณ์ การแสดงเจตนายินยอมดังกล่าวก็ต้อง

ไม่มีเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร ด้วยเช่นกัน หรือคำสั่งบางกรณีเจ้าหน้าที่ไม่สามารถริเริ่มเองได้ถ้าไม่มีคำขอจากคู่กรณีอีกฝ่าย เช่นการยื่นคำของย้ายของข้าราชการ ฉะนั้นเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครจึงพิจารณาประเภทและผลของคำสั่งเป็นสำคัญด้วย

ยกตัวอย่างเกี่ยวกับการแสดงเจตนาที่น่าสนใจ กรณี ร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. ในเอกสารเผยแพร่ ซึ่งจัดทำโดยกลุ่มนโยบายการพัฒนาทรัพยากรบุคคลอุดมศึกษา สำนักส่งเสริมและพัฒนาสมรรถนะบุคลากร สิงหาคม 2556) หมวด บทเฉพาะกาล ดังนี้

“มาตรา 92 ที่ให้สถาบันอุดมศึกษาดำเนินการให้ผู้ซึ่งสถาบันอุดมศึกษาจ้างให้ปฏิบัติหน้าที่ในสายงานวิชาการหรือสายงานสนับสนุน ตามพระราชบัญญัตินี้อยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ไม่ว่าจะเรียกผู้นั้นว่า ลูกจ้าง พนักงานราชการ หรือชื่ออื่นใด ได้แสดงเจตนาเปลี่ยนสถานภาพมาเป็นพนักงานในสถาบันอุดมศึกษาตามพระราชบัญญัตินี้ต่อสภาสถาบันอุดมศึกษาที่ตนสังกัดอยู่ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด”

“มาตรา 93 ในกรณีที่บุคคลตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง ผู้ใดมิได้แสดงเจตนาเปลี่ยนสถานภาพมาเป็นพนักงานในสถาบันอุดมศึกษาตามหลักเกณฑ์วิธีการ และภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าผู้นั้นไม่ประสงค์ที่จะเปลี่ยนสถานภาพ และให้ผู้นั้นปฏิบัติงานในหน้าที่ต่อไปตามสัญญาที่ทำไว้กับสถาบันอุดมศึกษาที่ตนสังกัดอยู่จนครบระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญานั้น แต่เมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาดังกล่าวแล้ว สถาบันอุดมศึกษาจะต่อสัญญาจ้างบุคคลนั้นมิได้”

การแสดงเจตนาเปลี่ยนสถานภาพมาเป็นพนักงานในสถาบันอุดมศึกษาเป็นเงื่อนไขคำสั่งที่มีผลกระทบสถานภาพ ซึ่งผู้แสดงเจตนาก็สามารถอ้างเหตุคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากการแสดงเจตนาของตนเองมีเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครเช่น ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับสถานภาพของตน หรือสิทธิ

ประโยชน์ต่าง ๆ ที่ไม่เป็นไปตามเจตนาประสงค์ที่แท้จริงของตน ซึ่งสามารถยกเป็นเหตุให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ฉะนั้น แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบในส่วนอรรถวิสัยในเหตบกพร่องในเจตนา โดยใจสมัครจึงเป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งอีกกรณีหนึ่งได้ แม้จะเป็นการแสดงเจตนาวิปริตที่ใช้พิจารณาลักษณะนิติกรรมทางแพ่งที่ไม่สมบูรณ์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนที่ว่าเอกชนย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักอิสระในทางแพ่ง การแสดงเจตนาของเอกชนส่วนใหญ่อยู่ในรูปของสัญญา มีบ้างที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว แต่สำหรับคำสั่งที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองมักเป็นการสั่งการแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นส่วนใหญ่ คำสั่งที่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งก็มีบ้างแต่ไม่มากนัก การพิจารณาเรื่องความยินยอมโดยใจสมัครจึงอาจไม่ได้มีการกล่าวไว้มากนัก อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องของการแสดงเจตนาโดยบุคคลธรรมดาที่กระทำในเรื่องส่วนตัวหรือในฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนได้ทั้งสิ้น เจตนาเป็นเรื่องอรรถวิสัย เกี่ยวข้องกับความรู้สึก ความเชื่อ ความต้องการของบุคคล หากเจ้าหน้าที่พิจารณาออกคำสั่งโดยสำคัญผิด หลอกลวง ข่มขู่ คำสั่งที่ออกไปไม่ได้เป็นไปด้วยองค์ประกอบทางจิตใจที่สมบูรณ์ ก็เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งได้ และหากผลของคำสั่งไม่บกพร่องร้ายแรงถึงขนาดไม่สามารถรับให้มีผลทางกฎหมายได้ ก็สมควรเป็นคำสั่งที่อาจเพิกถอนได้ และหากจะถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวไม่ถือการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่แสดงเจตนาเพิกถอนองค์การฝ่ายปกครอง อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายได้เพราะในทางความจริงคำสั่งนั้นก่อให้เกิดความรู้สึกความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่ง

ส่วนการนำเหตบกพร่องในเจตนาโดยสมัครว่ามีเหตุใดบ้างนั้นเห็นว่าอาจนำบทบัญญัติที่ใกล้เคียงจากของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมันเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มาตรา 51 กรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้รับการคุ้มครองจากการได้ใช้เงินหรือประโยชน์ที่เป็นทรัพย์สินจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเหตุความไม่สุจริตซึ่งเกิดจากการที่ตนเองแสดงข้อความเท็จ ปกปิดข้อความจริง ข่มขู่ ชักจูงโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น

เหตุบกพร่องโดยเจตนาใจสมัครในที่นี้ได้แก่การถูกทำให้สำคัญผิดโดยการแสดง ข้อความเท็จ ปกปิดข้อความจริง การข่มขู่ ชักจูงโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ อันใดที่มีชอบด้วยกฎหมายในทำนองเดียวกัน ทำนองเดียวกับการแต่งตั้งข้าราชการ ในประเทศเยอรมันที่อาจเพิกถอนได้กรณีที่การแต่งตั้งเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง หรือคิดสินบนเจ้าหน้าที่

2. ปัญหาเกี่ยวกับเหตุบกพร่องในมูลเหตุจูงใจเพื่อพิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ

กรณีเป็นองค์ประกอบภายในจิตใจของเจ้าหน้าที่ว่ามีมูลเหตุจูงใจใดในการทำ คำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นเหตุที่ยอมรับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมากกว่าเหตุบกพร่อง ในเจตนาโดยใจสมัครที่ไม่ได้กล่าวได้แวตวงวิชาการหรือคำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดของประเทศฝรั่งเศส มูลเหตุจูงใจนี้มีลักษณะเป็นอัตวิสัย แต่เป็นการค้นหาว่า มีมูลเหตุชักจูงไม่ว่าทางข้อเท็จจริงหรือทางกฎหมายใดที่ทำให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่ง ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือ ที่เรียกว่าบิดเบือนอำนาจ หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ ซึ่งในบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคแรก (1) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่การ กระทำไม่สุจริต หรือการใช้ดุลพินิจไม่ชอบนั่นเอง ซึ่งในทางปฏิบัติการพิจารณามูลเหตุ ชักจูงใจของเจ้าหน้าที่สามารถกระทำได้ยาก เช่น การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝง ก็จะพิจารณาว่ามีเจตนาลงโทษหรือมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเดือดร้อน เสียหายแก่สถานภาพของข้าราชการหรือไม่ และลักษณะทางอัตวิสัยมิใช่เหตุที่เกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อยที่ศาลปกครองสามารถหยิบยกขึ้นเองได้ อย่างไรก็ตามศาลปกครอง ฝรั่งเศสก็หาทางออกกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายด้วยการใช้วัตถุประสงค์ ของกฎหมายเป็นเหตุในการเพิกถอนสำหรับกรณีนี้ เพราะวัตถุประสงค์กฎหมาย คือ เจตนารมณ์ของกฎหมาย ฉะนั้นผูกพันเจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องแสดง เจตนาตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น การออกคำสั่งเพื่อประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะเพื่อส่วนตัวหรือบุคคลอื่นย่อมมิใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายปกครอง

แต่อย่างใด ถือว่าเป็นการบิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมายก็ได้ เช่นกัน ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลปกครองไทยเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการกรณีการย้าย หรือการโอน ศาลปกครองมักเห็นว่าเป็นการบิดเบือนอำนาจทั้งสิ้น ปรากฏตามเหตุผลในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด เช่น ผู้บังคับบัญชาต้องใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายในการออกคำสั่งให้ข้าราชการในสังกัดไปปฏิบัติหน้าที่ โดยต้องเป็นคำสั่งที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายบรรลุผล (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 90/2547) หรือ แม้ว่าการสั่งย้ายข้าราชการเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของผู้บังคับบัญชาในการจัดสรรหรือจัดบุคลากรเพื่อปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ได้ตามที่เห็นสมควร แต่การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงเหตุผลความจำเป็น ความเหมาะสม และประโยชน์ของหน่วยงานเป็นสำคัญ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 11/2548) หรือ ในการพิจารณาโอนผู้ฟ้องคดีไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี ฝ่ายข้าราชการประจำสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีนั้น ไม่ปรากฏว่าได้มีการเสนอหรือแสดงถึงเหตุผลในการโอนผู้ฟ้องคดีไว้โดยชัดเจน โดยปรากฏเหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษร ในคำสั่งที่ทำเป็นหนังสือเพียงเท่าที่ระบุไว้ในคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 152/2554 เรื่องให้ข้าราชการมาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีลงวันที่ 7 กันยายน 2554 โดยระบุเหตุผลไว้กว้าง ๆ แต่เพียงว่า เพื่อความเหมาะสมและประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว ยังจะต้องมีเหตุผลรองรับที่มีอยู่จริงและอธิบายได้ ตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 52 ซึ่งบัญญัติว่า การสรรหาเพื่อให้ได้บุคคลมาบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรมและคำนึงถึงพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนประโยชน์ของทางราชการ เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้อ้างเหตุผลในการโอนผู้ฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีประสิทธิภาพมีข้อบกพร่องหรือไม่สนองนโยบายของรัฐบาลซึ่งจะถือได้ว่ามีเหตุผลอันสมควรที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งโอนได้ตามความเหมาะสม จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 33/2557)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 33/2557 นี้ศาลปกครองอ้างเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายคำสั่งโอนผู้ฟ้องในคดีนี้มีทั้งเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครอง คือ ไม่ได้จัดให้มีเหตุผลตามแบบที่เป็นหนังสือที่กฎหมายกำหนดโดยเฉพาะการให้เหตุผลแต่เพียงว่าเพื่อความเหมาะสมและประโยชน์แก่ทางราชการไม่ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือไม่เป็นไปตามแบบที่กำหนดไว้ในมาตรา 37 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง ทั้งในส่วนอรรถวิสัยเกี่ยวกับมูลเหตุจงใจหรือการบิดเบือนอำนาจว่าคำสั่งโอนมิได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายข้าราชการพลเรือน และในส่วนภาวะวิสัยคือการตรวจสอบความบกพร่องของข้อเท็จจริงว่าผู้บังคับบัญชาไม่สามารถแสดงข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องในคดีนี้ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีประสิทธิภาพมีข้อบกพร่องหรือไม่สนองนโยบายของรัฐบาลอย่างไร ซึ่งกรณีตรวจสอบทางภาวะวิสัยนี้เป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่ขึ้นอยู่กับจิตใจเพื่อพิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง อาจเป็นปัญหาในการก้าวล่วงในการบริหารงานบุคคลขององค์กรฝ่ายปกครองได้ในบางกรณี แต่คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดยืนยันว่าตรวจสอบข้อเท็จจริงมีอยู่จริงตามที่ผู้ถูกฟ้องในคดีนี้ที่ใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งโอน เมื่อข้อเท็จจริงไม่มีอยู่จริงก็ถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าเป็นการควบคุมดุลพินิจในระดับต่ำสุด อย่างไรก็ตามการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุบกพร่องในมูลเหตุจงใจเมื่อเปรียบเทียบกับเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครว่าถึงแม้ว่าองค์ประกอบในส่วนอรรถวิสัยเหมือนกันแต่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุบกพร่องในมูลเหตุจงใจจะต้องแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์มูลเหตุจงใจทั้งข้อเท็จจริงและกฎหมายโดยผู้ฟ้องคดี หรือโดยการไต่สวนขององค์กรตุลาการซึ่งเรื่องค่อนข้างยาก โดยเฉพาะการค้นหาวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งอาจไม่ได้มีวัตถุประสงค์เรื่องเดียว หรือบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่ปรากฏอยู่ในโครงสร้างของกฎหมายในองค์ประกอบในส่วนเหตุ ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องตีความคุณสมบัติทางกฎหมายของข้อเท็จจริงเช่น ตามมาตรา 56 กระทรวงหรือกรมใดมีเหตุผลและความจำเป็นอย่างยิ่ง จะบรรจุบุคคลที่มีความรู้ความสามารถ และความชำนาญงานสูง เข้ารับราชการและแต่งตั้งให้ดำรง

ตำแหน่งประเภทวิชาการ ระดับชำนาญการชำนาญการพิเศษเชี่ยวชาญ หรือทรงคุณวุฒิ หรือตำแหน่งประเภททั่วไประดับทักษะพิเศษก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ ก.พ. กำหนด หรือ มาตรา 52 การสรรหาเพื่อให้ได้บุคคลมาบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรมและคำนึงถึงพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนประโยชน์ของทางราชการ ได้แก่ คำว่า “มีเหตุผลและความจำเป็นอย่างยิ่ง” หรือ คำว่า “ประโยชน์ของทางราชการ” ซึ่งต้องใช้ข้อเท็จจริงหลาย ๆ เรื่องพิจารณาไปพร้อมกับวัตถุประสงค์ของการบริหารงานบุคคล ตำแหน่งหน้าที่ความรับผิดชอบ หน่วยงาน และโดยเฉพาะตัวข้าราชการที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่ง ทำให้ต้องใช้ระยะเวลานานในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการพิจารณา อาจมีผลต่อการเยียวยาหรือการบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ข้าราชการที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่ง และอาจก้าวล่วงในงานขององค์กรฝ่ายปกครองได้ โดยเฉพาะเพื่อการควบคุมความเหมาะสมของการทำคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการต่าง ๆ ซึ่งเป็นการควบคุมความเหมาะสมของข้อเท็จจริงในระดับสูงสุด แม้ว่าจะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดหลายเรื่อง ก็คงมิใช่เป็นการที่จะทำได้ง่าย ๆ ในระยะเวลาอันรวดเร็ว หากต้องใช้ความรู้ความสามารถและตุลาการที่มีทักษะทางปัญญาและประสบการณ์ในการตัดสินใจเพื่อมิให้กระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดิน และเป็นการเรียกร้องจากองค์กรตุลาการพอสมควร ทั้งนี้ ตุลาการส่วนใหญ่ในศาลปกครองไทยเองมีแนวคิดเกี่ยวกับเหตุบกพร่องเกี่ยวกับมูลเหตุชักจูงใจในการนำมาใช้เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการก็มีใช่เป็นเรื่องผิดแปลกแต่อย่างใด เพราะแม้งานวิชาการเองก็ไม่ได้มีการหยิบยกเหตุความบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครเพื่ออ้างอิงหรือจุดประกายความคิดแก่ตุลาการ ผู้ศึกษาเห็นว่าการใช้เหตุบกพร่องในมูลเหตุจูงใจเป็นเรื่องที่เหมาะสมกับการตรวจสอบดุลพินิจของผู้ออกคำสั่งแต่งตั้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือบิดเบือนอำนาจ เพราะเป็นเพียงควบคุมความเหมาะสมของข้อเท็จจริงซึ่งมีอยู่หลายระดับ แต่เหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครเป็นการควบคุมเจตนาของผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นกรณีแยกต่างหากอีกกรณีหนึ่ง เพราะแม้ว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยคำสั่งตาม มาตรา 9 วรรคแรก (1) จะปรากฏคำว่า “การกระทำไม่สุจริต” แต่แนวทางการศึกษาส่วนใหญ่

ก็จะนำไปอธิบายในเหตุดกพร่องในมูลเหตุชักจูงใจ หรือไม่ก็เห็นว่าการแสดงเจตนาจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง สำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือตัดสินใจบนเจ้าหน้าที่เป็น “การกระทำโดยไม่มีอำนาจ” ฉะนั้นจึงเห็นว่าการนำแนวคิดเหตุดกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครศึกษาอย่างจริงจังก็จะทำให้ปรากฏเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่นอีก ทำให้ขอบเขตความหมายของการกระทำต่าง ๆ มีความชัดเจนขึ้น การใช้ตีความเช่นการกระทำไม่สุจริต ก็ควรหมายถึงเหตุอื่นซึ่งมิใช่การออกคำสั่งซึ่งกระทำไปโดยเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง สำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือตัดสินใจบนเจ้าหน้าที่ เช่นการออกคำสั่งโดยมีเจตนาถ่วงเวลาหรือเพื่อการแก้แค้นส่วนตัว เป็นต้น

3. หลักประกันสิทธิแก่ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งแต่งตั้งกรรมการย้าย การโอน

การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ หมายถึงการมอบหมายให้ข้าราชการพลเรือนสามัญมีอำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบในงานของตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง ซึ่งมีด้วยกัน 5 กรณี ได้แก่ การแต่งตั้งผู้ได้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง การย้าย การโอน การเลื่อนระดับ และการแต่งตั้งผู้ที่มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง ซึ่งต้องทำเป็นคำสั่ง แต่อย่างไรก็ดีจากการศึกษาความหมายของคำสั่งทางปกครอง ตามบทนิยาม มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งแต่งตั้งทั้ง 5 กรณี ไม่ได้เป็นคำสั่งทางปกครองทุกคำสั่ง หากคำสั่งนั้นก่อให้เกิดผลในระบบกฎหมาย กล่าวคือ มีผลไปสู่อำนาจการปกครองฝ่ายปกครอง คำสั่งนั้นก็จะเป็นคำสั่งทางปกครอง อย่างในกรณีของข้าราชการซึ่งมีความสัมพันธ์กับองค์กรฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ จึงหมายถึงคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งกับผู้ใต้บังคับบัญชาและคำสั่งนั้นกระทบต่อสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้ใต้บังคับบัญชาที่ไม่นับเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยตรงแล้ว คำสั่งของผู้บังคับบัญชาดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งแต่งตั้งผู้ได้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง คำสั่งเลื่อนระดับ คำสั่งแต่งตั้งผู้ที่มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง ส่วนคำสั่งโอน คำสั่งย้าย คำสั่งทั้งสองประเภทนี้ขึ้นอยู่กับผลกระทบเป็นสำคัญว่ามีผลกระทบกับสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้ใต้บังคับบัญชาหรือไม่

คำสั่งโอน คำสั่งย้าย เป็นการบริหารบุคลากรในภาครัฐให้เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน ความจำเป็นในตำแหน่งหน้าที่ หรือตามคำร้องขอของข้าราชการก็ตาม หากการโอน การย้าย ไม่กระทบต่อสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของข้าราชการที่ได้รับคำสั่ง ก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง หากเป็นเพียงคำสั่งภายในหรือคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลเท่านั้น ในระบบกฎหมายปกครองไทยเอง คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีหลักการพิจารณาทางปกครองที่บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ชัดเจน เพราะถือว่าเป็นคำสั่งที่กระทบสิทธิหรือกระทบสถานภาพไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเฉพาะดังกฎหมายข้าราชการพลเรือน หรือกฎหมายกลางได้แก่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่สำหรับคำสั่งแต่งตั้งกรรมการย้าย การโอน ซึ่งเป็นคำสั่งภายใน ไม่ได้นำหลักการพิจารณาทางปกครองมาใช้ แต่อย่างไรก็ดีการแต่งตั้งการย้ายซึ่งเกิดจากการยื่นคำขอหรือริเริ่มจากข้าราชการ หากจะมีหลักประกันสิทธิทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครอง ก็จะคุ้มครองข้าราชการและควบคุมการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาได้ ซึ่งในที่นี้สามารถแยกประเด็นศึกษา ดังนี้

3.1 หลักประกันสิทธิตามกฎหมายข้าราชการพลเรือน

คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ กรรมการย้าย การโอน เป็นเรื่องที่สำคัญในการบริหารงานบุคลากรของหน่วยงาน ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งย้ายหรือโอน แม้ว่าจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจบังคับบัญชา และหน้าที่ที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ก็ต้องมีหลักประกันสิทธิแก่ข้าราชการมิให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจแต่งตั้งใช้อำนาจตามอำเภอใจ หากแต่การสร้างหลักประกันจำเป็นต้องไม่ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดิน และไม่ทำให้ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งดังกล่าวรู้สึกว่าคุณเองไม่ได้รับความเป็นธรรม หลักประกันสิทธิแก่ข้าราชการพลเรือน ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้แก่ระบบการอุทธรณ์ และระบบการร้องทุกข์ ในประเทศฝรั่งเศสมีระบบการร้องเรียนเพิ่มเติมมาด้วย สำหรับกรณีคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการกรรมการย้าย การโอน จะใช้ระบบการร้องทุกข์เพื่อขอให้แก้ไขความคับข้องใจในการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาต่อตนเอง ซึ่งกฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์ และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2552 ได้บัญญัติเหตุแห่งการ

ร้องทุกข์ไว้หลายประการ เช่น (1) ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติต่อตนเองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติอื่นใดโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดขึ้นเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจไม่ชอบ หรือ (2) ผู้บังคับบัญชาไม่มอบหมายงานให้ปฏิบัติ หรือ (3) ผู้บังคับบัญชาประวิงเวลา หรือหน่วงเหนี่ยวการดำเนินการบางเรื่องอันเป็นเหตุให้เสียสิทธิหรือไม่ได้รับสิทธิประโยชน์อันพึงมีพึงได้ในเวลาอันสมควร หรือ (4) ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติต่อตนไม่เป็นไปตาม หรือขัดกับระบบคุณธรรม ยกตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 การบริหารทรัพยากรบุคคล ต้องคำนึงถึงผลสัมฤทธิ์และประสิทธิภาพขององค์กรและลักษณะของงาน โดยไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าเหตุแห่งการร้องทุกข์ตาม (1) ลักษณะแห่งการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นไปทำนองเดียวกับ มาตรา 9 วรรคแรก (1) ซึ่งไม่มีลักษณะอัตวิสัยในส่วนบทพร่องในเจตนาโดยสมัคร เช่นการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาอันเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง คำสัญญาผิด ถกฉ้อฉล หรือคิดสินบนเจ้าหน้าที่ ซึ่งการใช้การตีความเหตุแห่งการปฏิบัติไม่ชอบด้วยกรณีดังกล่าวสามารถกระทำได้อย่างกว้างขวาง และไม่เคร่งครัดมากนักเหมือนกับการใช้การตีความขององค์กรตุลาการ ยิ่งทำให้การใช้การตีความอาจจะเกินขอบเขตเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักทฤษฎีกฎหมายปกครองไม่อย่างมาก ยิ่งสมควรต้องบัญญัติเหตุบทพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร เพื่อให้ขอบเขตการใช้การตีความชัดเจนขึ้น นอกจากนี้ระบบการร้องทุกข์ตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนสามัญผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยร้องทุกข์ได้แก่ผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปกรณีเหตุแห่งการร้องทุกข์เกิดจากผู้บังคับบัญชาในราชการบริหารส่วนภูมิภาคที่ต่ำกว่าผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้บังคับบัญชาในราชการบริหารส่วนกลางที่ต่ำกว่าอธิบดี หรือการร้องทุกข์ต่อปลัดกระทรวงกรณีเกิดจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรืออธิบดี และผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยร้องทุกข์โดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมกรณีเหตุแห่งการร้องทุกข์เกิดจากหัวหน้าส่วนราชการระดับกรม

ซึ่งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมถือว่าเป็นองค์กรที่มีกระบวนการพิจารณาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ผู้ร้องทุกข์ หากแต่ผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปซึ่งไม่ได้อยู่ในลักษณะของคณะกรรมการ ก็อาจทำให้ขาดการระดมความคิดเห็น มีความบกพร่องจากการพิจารณาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอย่างครบถ้วนและในที่สุดก็จะข้าราชการผู้ร้องทุกข์ก็มักจะไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองเพื่อขอความเป็นธรรมเป็นส่วนใหญ่

3.2 หลักประกันสิทธิตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

คำสั่งการย้าย หรือการโอนที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น ก็ต้องนำหลักการพิจารณาทางปกครองมาใช้เพื่อเป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิแก่ข้าราชการ ปัจจุบัน กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้คำสั่งทางปกครอง ดังนี้ (1) การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจออกคำสั่งไม่ต้องดำเนินการพิจารณาทางปกครอง เกี่ยวกับแจ้งผลกระทบสิทธิ และให้โอกาสได้แย้งพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ เหตุผลของการประกาศกฎกระทรวงนี้เห็นว่าโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบได้ ซึ่งทำให้ผู้บังคับบัญชาใช้กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) มาใช้กับการแต่งตั้งข้าราชการในกรณีดังกล่าวได้ ทำให้ผู้ได้บังคับบัญชาไม่ได้ใช้สิทธิป้องกันตนเองระหว่างการพิจารณา แต่ต้องไปดำเนินการแก้ไขในภายหลังเมื่อมีคำสั่งทางปกครองแล้ว ทั้งที่จริง ๆ แล้ว มาตรา 30 วรรคสอง มิใช่ข้อยกเว้นเด็ดขาด การที่ผู้บังคับบัญชาจะนำมาปรับใช้จะเป็นการสอดคล้องกับระบบคุณธรรม ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แม้กระทั่งคำสั่งการย้าย การโอนซึ่งไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดในคดีที่ อ. 103/2554 ได้เคยมีคำวินิจฉัยว่า “ในทางปฏิบัติที่ถูกต้อง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ชอบที่จะจัดให้มีการประสานงานกันระหว่าง อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ของผู้ประสงค์ย้ายและผู้รับย้าย เพื่อให้การย้ายสับเปลี่ยนในครั้งนี้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ขอย้ายทั้งสอง โดยความเห็นชอบของแต่ละ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา แล้วแต่กรณี ตามมาตรา 59 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ

ข้าราชการครูและบุคลากรทางการ ศึกษาฯ หากไม่สามารถอนุมัติรับย้ายผู้ฟ้องคดีมา ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสถานศึกษาตามความประสงค์ได้ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษา ลพบุรี เขต 2 ก็ชอบที่จะมีมติไม่อนุมัติให้รับย้ายผู้ฟ้องคดี หรือประสานกลับไปยังผู้ฟ้อง คดีผ่านทางผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพื่อให้ยืนยันความประสงค์หรือทบทวนการตัดสินใจในการ ขอย้ายสับเปลี่ยนตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอ เพื่อให้ผู้ฟ้องคดียังคงสามารถดำรงตำแหน่ง ในสถานศึกษาเดิมอยู่ต่อไปได้ตามที่ระบุไว้ในคำร้องขอย้ายของผู้ฟ้องคดีก่อนที่จะ พิจารณามีมติ” ซึ่งเป็นกรณีการยื่นคำร้องขอย้ายสับเปลี่ยนตำแหน่ง ซึ่งเป็นการย้าย ลักษณะหนึ่ง แม้ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายข้าราชการพลเรือนสามัญแต่กฎหมายเกี่ยวกับการ บริหารงานบุคคลในภาครัฐส่วนใหญ่ก็มักจะใช้กฎหมายข้าราชการพลเรือน และผู้ศึกษา เห็นว่าเป็นกรณีศึกษาโดยเทียบเคียงได้ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว จะเห็นว่า เมื่อการริเริ่มการย้ายโดยข้าราชการได้แสดงเหตุผลค่อนข้างชัดเจน และ ผู้บังคับบัญชาไม่สามารถมีคำสั่งย้ายให้เป็นไปตามความประสงค์ได้ ก็สมควรสอบถาม ข้าราชการผู้ยื่นคำขอ ทำนองเดียวกับการย้ายในระบบกฎหมายเยอรมัน ตามกฎหมาย ข้าราชการพลเรือน การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนกรณีการบรรจุ การเปลี่ยนสถานะจาก ข้าราชการฝึกหัดหรือชั่วคราวเป็นข้าราชการประจำ การเลื่อนตำแหน่ง และการเปลี่ยน สายงาน กฎหมายข้าราชการพลเรือนของประเทศเยอรมันถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่มีผลก่อตั้งสิทธิและหน้าที่หรือกระทบต่อสถานภาพของข้าราชการ และด้วยกฎหมาย ปกครองข้าราชการพลเรือนของประเทศเยอรมันมุ่งสร้างหลักเกณฑ์คุ้มครองผู้ได้รับ ผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง เมื่อข้าราชการพลเรือนนั้นได้รับการแต่งตั้งแล้ว การจะ เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนจะกระทำได้เฉพาะการแต่งตั้งนั้นไม่ชอบด้วย กฎหมายและมีพฤติการณ์อื่นประกอบด้วย เช่น การแต่งตั้งเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง หรือคิดสินบนเจ้าหน้าที่ และได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษยิ่งกว่าการเพิกถอน คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั่ว ๆ ไปที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองของเยอรมัน ส่วนการย้ายข้าราชการพลเรือนตามกฎหมาย ข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธรัฐเยอรมันนั้น ได้บัญญัติอยู่ในตอนที่ 4 ได้แก่ การย้าย ข้าราชการไปช่วยงาน การย้าย และการมอบหมายงาน ผลทางกฎหมายการย้าย ข้าราชการพลเรือนกรณีดังกล่าว ทำให้การย้ายข้าราชการไปช่วยงานราชการจะต้อง

ได้รับความเห็นชอบจากข้าราชการที่ย้ายตัวไปช่วยราชการ หรือการย้ายโดยการยื่นคำร้องขอของข้าราชการ ในกรณีนี้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้ตอบรับการแสดงเจตนา การยื่นคำร้องของข้าราชการหากเกิดจากความสำคัญผิด การข่มขู่ กลั่นแกล้ง ข้าราชการผู้นั้นสามารถนำมาใช้ในการบอกกล่าวการแสดงเจตนาได้ตราที่ผู้บังคับบัญชา ยังไม่ได้ออกคำสั่ง หลักประกันสิทธิของคำสั่งย้ายข้าราชการเยอรมันเป็นไปตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ได้แก่ กรณีผู้บังคับบัญชามีหน้าที่รับฟัง หรือสอบถามข้าราชการก่อน หรือผู้บังคับบัญชาจะต้องให้เหตุผลไว้ถ้าผู้บังคับบัญชาได้มีคำสั่งย้ายที่ต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหากขัดแย้งกับคำร้องกับคำร้องขอหรือความยินยอมของข้าราชการที่ถูกคำสั่งย้าย แต่การย้ายข้าราชการพลเรือนของประเทศฝรั่งเศส นั้น การย้ายตามคำร้องของข้าราชการเมื่อผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานแจ้งให้ข้าราชการผู้ใดบังคับบัญชาทราบ ซึ่งแม้จะเป็นสิทธิของข้าราชการ แต่การพิจารณาให้ความเห็นชอบ หรือปฏิเสธคำร้องขอของข้าราชการขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา และผู้บังคับบัญชา ไม่ผูกพันต้องให้เหตุผลเพราะไม่ใช่คำสั่งปฏิเสธผลประโยชน์ที่บุคคลพึงได้รับ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองเหมือนกับประเทศเยอรมัน การจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องมีสำหรับคำสั่งทางปกครองทุกประเภท หากแต่การจะจัดให้มีเหตุผลหรือไม่นั้นถือเป็นข้อยกเว้นแล้วแต่กำหนด ส่วนการย้ายโดยการริเริ่มของผู้บังคับบัญชาสามารถกระทำได้โดยหากต้องขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการร่วมข้าราชการก่อน การทำคำสั่งย้ายผู้บังคับบัญชา ต้องยึดประโยชน์ของหน่วยงานเป็นสำคัญ หากคำสั่งย้ายมิได้เป็นเพื่อประโยชน์ของหน่วยงาน แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามหรือเจตนาก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ข้าราชการ ถือว่าผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจบิดเบือนวัตถุประสงค์ของการบริหารจัดการ คำสั่งย้ายอีกประเภทหนึ่งก็คือว่าเป็นโทษทางวินัย ซึ่งผู้บังคับบัญชา ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของการทำคำสั่งลงโทษทางวินัย การย้ายโดยมีเจตนาลงโทษแต่ มิได้ดำเนินการตามกระบวนการทางวินัย ถือว่าเป็นคำสั่งย้ายนั้นเป็นการลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงถือว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยใช้พิจารณามูลเหตุจูงใจหรือ บิดเบือนอำนาจโดยไม่หมายถึงบทพ้องในเจตนาโดยใจสมัคร ซึ่งก็ยอมรับว่าเป็นที่ ชับซ้อนและยุ่งยากในการหาวิธีพิจารณาที่ชัดเจนแน่นอนได้

ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยนั้นเป็นกฎหมายกลางที่เข้ามาแทนที่การพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายปกครองเฉพาะต่าง ๆ รวมถึงคำสั่งแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แต่การที่มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2540 บัญญัติให้การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักงาน หรือสั่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องแจ้งผลกระทบสิทธิและเปิดโอกาสให้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและเปิดโอกาสให้ได้แย้งแสดงพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ แม้จะเป็นข้อยกเว้นภายใต้หลักสิทธิการรับฟังและสิทธิป้องกันตนเองของมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ในทางปฏิบัติก็มักจะใช้ข้อยกเว้นดังกล่าวจนกลายเป็นข้อยกเว้นเด็ดขาด ถึงอย่างไรก็ตามถ้าเจ้าหน้าที่เห็นว่าการรับฟังข้อเท็จจริงจะเป็นประโยชน์และเปิดโอกาสรับฟังผลกระทบสิทธิเพื่อความสมบูรณ์ในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นดุลพินิจที่เจ้าหน้าที่จะแจ้งผลกระทบสิทธิและเปิดโอกาสให้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และโอกาสชี้แจงพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ที่ทำได้และไม่เป็นการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งนี้คำว่า การแต่งตั้งมีความหมายครอบคลุมการแต่งตั้งได้หลายกรณี ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ตามบทบัญญัติในมาตรา 52 คำสั่งแต่งตั้งการย้าย การโอน ควรนำหลักการพิจารณาทางปกครองมาใช้ได้เท่าที่เหมาะสม และไม่มีเนื้อหาเป็นมาตรการเชิงบังคับ แต่ยังคงให้ขึ้นกับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและลดความขัดแย้งการบริหารงานบุคคลในองค์กร เกิดประสิทธิภาพแก่การบริหารราชการแผ่นดิน

4. การไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัตรวิสัย กรณีบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร

ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 บทบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการส่วนใหญ่จะบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้กว้าง ๆ ส่วนรายละเอียดมักจะบัญญัติให้ไปออกเป็น กฎ ก.พ. ทั้งนี้เพื่อความคล่องตัวในการบริหารงานบุคคล แต่จากการศึกษา กฎ

ก.พ. ก็ไม่ได้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการแสดงเจตนาโดยใจสมัครไว้แต่อย่างใด เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในกฎหมายข้าราชการพลเรือนประเทศเยอรมันที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการแสดงเจตนาโดยใจสมัครว่าต้องไม่มีเหตุบกพร่องใด ๆ โดยให้ความสำคัญตั้งแต่การแต่งตั้งตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน การแต่งตั้งข้าราชการจะถูกเพิกถอนตามมาตรา 14 กรณีตาม 1. ได้แก่ การบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง หรือติดสินบนเจ้าหน้าที่ และยังคุ้มครองรวมไปถึงการย้ายที่เกิดจากการยื่นคำร้องขอของข้าราชการ ตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน (1) และ (2) ที่ต้องได้รับความยินยอมจากข้าราชการที่ยื่นคำร้องขอย้าย แม้ว่าจะไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงก็ตาม แต่เหตุบกพร่องในเจตนาโดยสมัครก็เป็นเหตุในการเพิกถอนตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ทำนองเดียวกับประเทศในแถบละตินอเมริกาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพิจารณาทางปกครอง เช่น ประเทศออสเตรีย การแสดงเจตนาออกนิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำโดยอิสระเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การแสดงเจตนาที่ไม่ได้กระทำโดยใจสมัคร มีการข่มขู่ ใช้กำลังบังคับให้ออกนิติกรรมทางปกครองใด ๆ ไม่สมบูรณ์ เช่นเดียวกับประเทศเวเนซุเอลา การบังคับ การข่มขู่โดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการแสดงเจตนาไม่เป็นอิสระ ถือเป็นความบกพร่องอย่างรุนแรงที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือประเทศอาร์เจนตินาที่กล่าวถึงการฉ้อโกงด้วยการให้ข้อมูลหรือเอกสารเท็จทำให้เจ้าหน้าที่ใช้ข้อเท็จจริงที่ไม่มีอยู่จริงหรือเป็นเท็จ กระทบต่อการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ไม่เป็นโดยใจสมัครเป็นต้น แต่จากการศึกษาไม่พบในกฎหมายข้าราชการของประเทศฝรั่งเศส เพราะเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ปรับใช้จะเป็นเหตุบกพร่องมูลเหตุจงใจหรือบิดเบือนอำนาจ ถึงแม้จะเป็นองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยก็ตาม ประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายข้าราชการเยอรมันกรณีการติดสินบนเจ้าหน้าที่ ซึ่งค่อนข้างเป็นปัญหาในการแต่งตั้งข้าราชการในประเทศไทย แม้ว่ากระบวนการแต่งตั้งผู้ที่ได้รับบรรจุของ สำนักงาน ก.พ. จะมีมาตรฐานที่ดี แต่สำหรับข้าราชการท้องถิ่นที่มีความเป็นอิสระเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลที่ใช้กฎหมายข้าราชการพลเรือนเทียบเคียงโดยอนุโลม การมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุดังกล่าวก็จะทำให้เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ดำเนินการพิจารณาทางปกครองได้รวดเร็วและแล้วเสร็จได้ในกระบวนการที่ริเริ่มได้เอง โดยองค์กรฝ่ายปกครอง สร้างความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เดือดร้อนหรือเสียหายที่ไม่ได้รับการบรรจุแต่งตั้ง นอกเหนือจากการที่ต้องไปดำเนินการโต้แย้งในทางศาลด้วยตนเอง และเป็นการยากแก่การพิสูจน์เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ในการรับรู้ของฝ่ายปกครองเป็นส่วนใหญ่

นอกจากนี้การร้องทุกข์ตาม กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ไม่ได้บัญญัติลักษณะการกระทำของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับเจตนาบกพร่องด้วยใจสมัครไว้ชัดเจน ลักษณะของการกระทำมีเหตุแห่งการร้องทุกข์โดยมีเนื้อหาทำนองเดียวกับ มาตรา 9 วรรคแรก (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้จะเหตุด้านลักษณะอัตรวิสัยอยู่ด้วย แต่ก็ก็เป็นเหตุเกี่ยวกับมูลเหตุชักจูงใจหรือการบิดเบือนอำนาจ เช่นเดียวกับเหตุแห่งการกระทำของผู้บังคับบัญชาที่ไม่เป็นไปตาม หรือขัดกับระบบคุณธรรมตาม มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก็เป็นการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ผู้บังคับบัญชาใช้ในการออกคำสั่งว่าเป็นไปตามระบบคุณธรรมหรือไม่ ถ้าไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏชัดเจนก็ถือว่าผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจไม่ชอบ แต่อย่างไรการอ้างเหตุร้องทุกข์ที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกับ มาตรา 9 วรรคแรก (1) ก็สามารถชี้และตีความครอบคลุมไปถึงคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่แสดงเจตนาบกพร่องโดยใจสมัครได้ แต่การบัญญัติให้ชัดเจนก็จะทำให้ขอบเขตการใช้การตีความกฎหมายชัดเจนและกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่ว่าเหตุแห่งการร้องทุกข์ คำชี้แจงของผู้บังคับบัญชาที่เป็นเหตุแห่งการร้องทุกข์ คำคัดค้าน ทำให้ระยะเวลาการพิจารณาได้แล้วเสร็จและเป็นธรรมแก่ผู้ร้องทุกข์ และผู้บังคับบัญชาที่เป็นเหตุแห่งการร้องทุกข์ อย่างไรก็ตาม การร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มีทั้งที่เป็นคำสั่งหรือการกระทำด้วย หากจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเจตนาบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครก็น่าจะหมายความว่าเพียงการออกคำสั่ง เพราะการนำมาใช้กับการกระทำจะทำให้ขอบเขตความหมายกว้างขวางจนเกินไปและค้นหาเจตนาซึ่งเป็นอัตรวิสัยที่ยากมาก

หากจะกล่าวถึงกรณีอื่นที่เกี่ยวข้องการแสดงเจตนาวิปริตหรือบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 บัญญัติกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ในส่วนการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับ

คำสั่งทางปกครองที่ได้ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง หรือดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องเสียหายเกินสมควร ซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้ ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับคำสั่งทางปกครองไปเพราะเหตุผู้รับคำสั่งทางปกครองได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือผู้รับคำสั่งทางปกครองได้กระทำการอันเป็นการข่มขู่ หรือผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีขอบด้วยกฎหมาย หรือเจ้าหน้าที่เรียกทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดอันมีขอบด้วยกฎหมาย หรือ ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ บทบัญญัติลักษณะนี้เป็นแนวคิดที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองของเยอรมันได้แก่หลักคุ้มครองความไว้วางใจโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง แม้จะใช้พิจารณาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพื่อเยียวยาผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ในทางตรงกันข้ามจะนำมาเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยเกี่ยวกับบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครได้ เพราะการที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง ก็เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดซึ่งเป็นเรื่องเจตนาบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครอย่างชัดเจน การจะนำมาบัญญัติไว้ให้ชัดเจนก็จะไม่ได้เป็นสิ่งที่ขัดต่อระบบกฎหมายปกครองของไทยแต่อย่างใด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นปัญหาทั้งในทฤษฎีและการปฏิบัติ ระบบกฎหมายปกครองในแต่ละประเทศมีพัฒนาการกฎหมายปกครองที่แตกต่างกัน ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศหนึ่งที่มีการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองที่แยกออกจากจากระบบกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจนตั้งแต่มีการปฏิวัติฝรั่งเศส เมื่อ ค.ศ. 1789 และมีอิทธิพลต่อประเทศในภาคพื้นยุโรปเช่น ประเทศเยอรมัน ซึ่งระบบกฎหมายปกครองเริ่มมีความชัดเจนก็ล่าช้าไปจนถึง ศตวรรษที่ 19 จนในที่สุดมีทฤษฎีในทางกฎหมายปกครองที่แตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส ประเทศในภาคพื้นยุโรปก็เลือกที่จะรับระบบกฎหมายปกครองให้เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักบริหารราชการแผ่นดินในแต่ละประเทศ และก่อให้เกิดระบบผสมผสานระหว่างระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เช่น ประเทศออสเตรีย การแสดงเจตนาออกนิตินิยมทางปกครองจะต้องกระทำโดยอิสระเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การแสดงเจตนาที่ไม่ได้กระทำโดยใจสมัคร มีการข่มขู่ ใช้กำลังบังคับให้ออกนิตินิยมทางปกครองใด ๆ ไม่สมบูรณ์ เช่นเดียวกับประเทศเวเนซุเอลา การบังคับการข่มขู่โดยตรงหรือโดยอ้อมให้มีการแสดงเจตนาไม่เป็นอิสระ ถือเป็นความบกพร่องอย่างรุนแรงที่ทำให้นิตินิยมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่ข้อผิดพลาดทางกฎหมายแต่เป็นความบกพร่องในการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือประเทศอาร์เจนตินาที่กล่าวถึงการฉ้อโกงด้วยการให้ข้อมูลหรือเอกสารเท็จทำให้เจ้าหน้าที่ใช้ข้อเท็จจริงที่ไม่มีอยู่จริงหรือเป็นเท็จ กระทบต่อการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ไม่เป็นโดยใจสมัคร เป็นต้น เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอัตรวิสัยโดยเฉพาะเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครมี

ปรากฏชัดเจนมิใช่เป็นเพียงแนวคิด แต่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แม้ว่าในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะไม่ได้ปรากฏเป็นแนวคิดในทางคำราหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะการใช้เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ หรือเหตุบกพร่องในสภาพภายนอกของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับความสามารถของเจ้าหน้าที่แบบ หรือขั้นตอน วิธีการที่เป็นสาระสำคัญการกระทำนั้น สามารถปรับใช้ได้เหมาะสม การศึกษาในที่นี้ก็เพื่อวิเคราะห์ว่าแนวคิดเกี่ยวกับอรรถวิสัยโดยเฉพาะเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครนี้มีการหยิบยกขึ้นมาอย่างจริงจังและนำมาปรับใช้อย่างไรหรือไม่ จากผลการศึกษา ก็พบว่าปรากฏในกลุ่มประเทศในละตินอเมริกา โดยเฉพาะกฎหมายข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธรัฐเยอรมันที่มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ทำให้เหตุแห่งการไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะอรรถวิสัยปรากฏจริงจังและมีความชัดเจนเป็นรูปธรรม

อย่างไรก็ดี ปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการแบ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มีด้วยกันหลายเหตุ เช่น ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่ถือว่าให้ความสำคัญกับการศึกษาเหตุแห่งการเพิกถอนการกระทำทางปกครอง ผู้วิจัยเห็นว่าการแบ่งเหตุแห่งการเพิกถอนการกระทำทางปกครอง เป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (L'illégalité Externe) และเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (L'illégalité Interne) จาก คำราเกี่ยวกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศสของ Charles DEBBASCH (Contentieux Administratif) André de Laubadère) (Traité de droit Administrative T.1) และ René Chapus (Droit Administrative General) และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส เนื่องจากเห็นผลทางกฎหมายจากการที่ใช้เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน และเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกที่มีความแตกต่างกันค่อนข้างชัดเจน และผู้วิจัยยังใช้การแบ่งเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามความเห็นของ ศ. ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ที่ท่านได้เขียนไว้คำรากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งแบ่งเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็น 2 เหตุ ได้แก่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครอง และความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระ

ของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากท่านได้นำเสนอประเด็นเกี่ยวกับแนวคิดอรรถวิสัยเกี่ยวกับเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครไว้ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญในงานวิจัยฉบับนี้

จากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอรรถวิสัย พบว่า อรรถวิสัย หมายถึง มุมมองหรือความคิดเห็นของบุคคล โดยเฉพาะสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึก ความเชื่อ ความต้องการ ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคล เพราะบุคคลเท่านั้นที่มีสิ่งเหล่านี้ได้ คำสั่งทางปกครอง ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลธรรมดาผ่านองค์กรรัฐฝ่ายปกครอง การแสดงเจตนาบกพร่องอันเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง บังคับ หรือรวมไปถึงการคิดสินบน เจ้าหน้าที่ด้วยในการแต่งตั้งข้าราชการในประเทศเยอรมัน ล้วนเป็นมูลเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร หรือเจตนาวิปริตนั่นเอง เมื่อคำสั่งทางปกครองที่ออกไปมิได้เป็นไปด้วยองค์ประกอบทางจิตใจที่สมบูรณ์ ก็ย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองบางคำสั่งต้องได้รับการยินยอมซึ่งเป็นเงื่อนไขแห่งการสมบูรณ์เช่นคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ การแสดงเจตนายินยอม หรือคำสั่งที่เจ้าหน้าที่ไม่สามารถริเริ่มเองได้ถ้าไม่มีคำขอจากคู่กรณีอีกฝ่าย เช่นการยื่นคำขอย้ายของข้าราชการ ทำให้การพิจารณาเหตุบกพร่องในเจตนาโดยสมัครใจถือเป็นเหตุสำคัญยิ่งที่ควรจะได้รับ การพิจารณาได้เบื้องต้น จากการวิเคราะห์บทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. มาตรา 92 และ มาตรา 93 เกี่ยวกับการแสดงเจตนาเปลี่ยนสถานภาพมาเป็นพนักงานในสถาบันอุดมศึกษา ซึ่งผู้แสดงเจตนาสามารถอ้างเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หากการแสดงเจตนาของตนเองมีเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร เช่น การแสดงเจตนาเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง เป็นต้น แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบในส่วนอรรถวิสัยในเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครจึงเป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งสำหรับข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ชัดเจนกรณีหนึ่ง

นอกจากนี้แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอรรถวิสัยอีกกรณีหนึ่งเป็นองค์ประกอบภายในจิตใจของเจ้าหน้าที่ว่ามีมูลเหตุจงใจใดในการทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นเหตุที่ยอมรับในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หรือปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) มากกว่าเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร มูลเหตุจงใจนี้มีลักษณะเป็นอรรถวิสัย แต่เป็นการค้นหาว่ามีมูลเหตุจงใจไม่ว่าทางข้อเท็จจริงหรือทาง

กฎหมายใดที่ทำให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือ ที่เรียกว่าบิดเบือนอำนาจ หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ ซึ่งท่าน ศ.ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ เห็นว่าก็ยังเป็นสิ่งที่อยู่ภายนอกตัวคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่เป็นเหตุจูงใจให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่ง จึงแยกต่างหากจากเจตนาในการออกคำสั่งซึ่งเป็นความรู้สึกภายในจิตใจของผู้ออกคำสั่ง ซึ่งในทางปฏิบัติการพิจารณามูลเหตุชักจูงใจของเจ้าหน้าที่สามารถกระทำไต่สวน ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสมักตรวจสอบมูลเหตุจูงใจของเจ้าหน้าที่จากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพราะวัตถุประสงค์กฎหมายคือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ฉะนั้นผูกพันเจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องแสดงเจตนาตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น การออกคำสั่งเพื่อประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะเพื่อส่วนตัวหรือบุคคลอื่นย่อมมิใช่วัตถุประสงค์ของกฎหมายปกครองแต่อย่างใด ถือว่าเป็นการบิดเบือนอำนาจหรือบิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของไทย ที่ควบคุมมูลเหตุชักจูงใจของการแต่งตั้งข้าราชการตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ตามมาตรา 52 ซึ่งบัญญัติว่า การสรรหาเพื่อให้ได้บุคคลมาบรรจุเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรมและคำนึงถึงพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนประโยชน์ของทางราชการ ดังเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 33/2557 (คดีนายถวิล เปลี่ยนศรี) แต่อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดอ้างเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่แบบที่เป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2537 อีกด้วย ซึ่งการอ้างเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย 2 เหตุนี้ในคดีเดียวกัน จะทำให้เกิดผลทางกฎหมายสองทาง เพราะเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเรื่องแบบนั้น เป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครองเมื่อเพิกถอนเนื่องจากไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งทางปกครองและจัดให้มีเหตุผลในภายหลังได้ แต่ถ้าใช้เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจหรือบิดเบือนอำนาจ องค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาในการทำงานเดียวกันนั้นได้อีก กรณีแม้จะเป็นคนละประเด็นกับอรรถวิสัยเกี่ยวกับเหตุบกพร่อง

ในเจตนาโดยใจสมัคร แต่ก็พบว่าลักษณะอัตรวิสัยนั้นเป็นเรื่องพิสูจน์ค่อนข้างยาก การมีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครเพิ่มเติม ก็จะทำให้ขอบเขตการใช้กฎหมายเพื่อตรวจสอบเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองมีความหมายที่ชัดเจนขึ้น เพราะแม้ว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคแรก (1) จะปรากฏคำว่า “การกระทำไม่สุจริต” หรือ “การกระทำโดยไม่มีอำนาจ” แต่หากมีการนำแนวคิดเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครมาบัญญัติให้ชัดเจนในกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน ก็จะทำให้ขอบเขตความหมายของการกระทำต่างๆ มีความชัดเจนขึ้น การใช้ตีความเช่นการกระทำไม่สุจริต ก็ควรหมายความว่าถึงเหตุอื่นซึ่งมิใช่การออกคำสั่งซึ่งกระทำไปโดยเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง ลำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือติดสินบนเจ้าหน้าที่ เช่นการออกคำสั่งโดยมีเจตนาถลำแก่งหรือเพื่อการแก้แค้นส่วนตัว หรือการใช้ตีความการกระทำไม่มีอำนาจ ก็ควรหมายความว่าถึงเฉพาะเรื่องความสามารถของเจ้าหน้าที่ ไม่เกี่ยวกับเจตนาของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

การแต่งตั้งที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนสามัญ พ.ศ. 2551 นั้น หมายถึงการสั่งให้ข้าราชการพลเรือนมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในงานของตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง ได้กำหนดกรณีการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนไว้ 5 กรณี ได้แก่ (1) การแต่งตั้งผู้ได้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง (2) การย้าย (3) การโอน (4) การเลื่อนตำแหน่ง และ (5) การแต่งตั้งผู้มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม ซึ่งการแต่งตั้งทั้ง 5 กรณีดังกล่าวอาจเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การแต่งตั้งผู้ได้รับการบรรจุให้ดำรงตำแหน่ง การเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น และการแต่งตั้งผู้มีคุณสมบัติไม่ตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม และเป็นคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ได้แก่ การย้าย การโอน ซึ่งเป็นคำสั่งภายในขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการกรณีการย้าย การโอน เป็นเรื่องที่สำคัญในการบริหารงานบุคลากรของหน่วยงาน ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งย้ายหรือโอน แม้ว่าจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจบังคับบัญชา และหน้าที่ที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ก็ต้องมีหลักประสิทธิแก่ข้าราชการมิให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจแต่งตั้งใช้อำนาจตามอำเภอใจ หากแต่การสร้างหลักประกันจำเป็นต้องไม่ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการบริหาร

ราชการแผ่นดิน และไม่ทำให้ข้าราชการที่ได้รับคำสั่งดังกล่าวรู้สึกว่าเขาเองไม่ได้รับความเป็นธรรม ระบบร้องทุกข์จึงหลักประกันสิทธิแก่ข้าราชการพลเรือน ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แต่ กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2552 ก็ไม่มีบทบัญญัติที่มีแนวคิดเกี่ยวกับลักษณะอติวิสัยในส่วนบทพร่องในเจตนาโดยสมัคร เช่นการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาอันเกิดจากการบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง ลำค้ายึด กลฉ้อฉล หรือคิดสินบนเจ้าหน้าที่ ซึ่งการใช้การตีความเหตุแห่งการปฏิบัติไม่ชอบด้วยกรณีดังกล่าวสามารถกระทำได้อย่างกว้างขวาง และไม่เคร่งครัดมากนักเหมือนกับการใช้การตีความขององค์กรตุลาการ ยิ่งทำให้การใช้การตีความอาจจะเกินขอบเขตเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักทฤษฎีกฎหมายปกครองไม่อย่างมาก ยิ่งสมควรต้องบัญญัติเหตุบทพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร เพื่อกำหนดขอบเขตการใช้การตีความให้ชัดเจนขึ้นเป็นประโยชน์แก่ผู้มีอำนาจพิจารณาร้องทุกข์โดยเฉพาะผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไป

ส่วนหลักประกันสิทธิข้าราชการจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ผลกระทบจากกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้คำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการบรรจุ การแต่งตั้ง โดยมีเหตุผลว่าโดยสภาพไม่สามารถแจ้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบได้ ซึ่งทำให้ผู้บังคับบัญชาใช้กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) นี้ มาใช้โดยไม่ดำเนินการแจ้งผลกระทบสิทธิหรือให้โอกาสทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและ โอกาสโต้แย้งพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ ทั้งที่มาตรา 30 วรรคสอง มิใช่ข้อยกเว้นเด็ดขาด การที่ผู้บังคับบัญชาจะนำมาปรับใช้จะเป็นการสอดคล้องกับระบบคุณธรรม ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แม้กระทั่งคำสั่งการย้าย การโอน ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง เทียบกับคำสั่งย้ายข้าราชการเยอรมันที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การย้ายข้าราชการไปช่วยงาน ซึ่งจะได้รับหลักประกันสิทธิตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ได้แก่ กรณีผู้บังคับบัญชามีหน้าที่รับฟังหรือสอบถามข้าราชการก่อน หรือผู้บังคับบัญชาจะต้องให้เหตุผลไว้ถ้าผู้บังคับบัญชาได้มีคำสั่งย้ายที่ต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรหากขัดแย้งกับคำร้องกับคำร้องขอหรือความยินยอมของข้าราชการที่ถูกคำสั่งย้าย ในกรณีนี้ถือว่าเป็นการแสดง

เจตนาที่ต้องมีผู้ตอบรับการแสดงเจตนา การยื่นคำร้องของข้าราชการหากเกิดจากความสำคัญผิด การข่มขู่ กลั่นแกล้ง ข้าราชการผู้นั้นสามารถนำมาใช้ในการบอกกล่าวการแสดงเจตนาได้ตราบที่ผู้บังคับบัญชายังไม่ได้ออกคำสั่ง ในขณะที่ระบบกฎหมายของไทยไม่ได้ให้สิทธิดังกล่าวทั้งกรณีคำสั่งแต่งตั้งกรรมการย้าย การโอน แต่ประการใด

ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 บทบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการส่วนใหญ่จะบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้กว้าง ๆ ส่วนรายละเอียดมักจะบัญญัติให้ไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่ ก.พ. กำหนด เช่น กำหนดรายละเอียดไว้ในกฎ ก.พ. หรือหนังสือเวียน เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อความคล่องตัวในการบริหารงานบุคคล ซึ่งก็จะปรากฏเนื้อหาเป็นเรื่อง ๆ ไป มิได้เป็นหมวดหมู่หรือลักษณะเดียวกัน หลักเกณฑ์ต่าง ๆ อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาหากทำในรูปของคำสั่ง แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายข้าราชการพลเรือนประเทศเยอรมัน โดยเฉพาะประเด็นวิจัย พบว่ามีเนื้อหาเกี่ยวกับการแสดงเจตนาโดยใจสมัคร เกี่ยวกับการแต่งตั้งตามกฎหมายข้าราชการพลเรือน (BBG) มาตรา 14 (1) การแต่งตั้งข้าราชการจะถูกเพิกถอน ได้แก่ การบังคับข่มขู่ หลอกลวง หรือติดสินบนเจ้าหน้าที่ และบทบัญญัติ มาตรา 28 (1) และ (2) การย้ายที่เกิดจากการยื่นคำร้องขอของข้าราชการ ตามกฎหมายข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมันที่ต้องได้รับความยินยอมจากข้าราชการที่ยื่นคำร้องขอย้าย แม้ว่าจะไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงก็ตาม แต่เหตุผลพร้อมในเจตนาโดยสมัครก็เป็นเหตุในการเพิกถอนตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ทำนองเดียวกับประเทศในแถบละตินอเมริกาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพิจารณาทางปกครอง เช่น ประเทศคอซอวัก้า ประเทศเวเนซุเอลา หรือประเทศอาร์เจนติน่า แต่จากการศึกษาไม่พบในกฎหมายข้าราชการของประเทศฝรั่งเศส เพราะเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสใช้นั้นจะเป็นเหตุผลพร้อมมูลเหตุจูงใจหรือบิดเบือนอำนาจถึงแม้จะเป็นองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยก็ตาม หากจะกล่าวถึงกรณีอื่นที่เกี่ยวข้องการแสดงเจตนาวิปริตหรือบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัคร จากการศึกษากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองประเทศเยอรมัน ในส่วนของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 51 ได้แก่หลักคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อโดยสุจริตในคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหมายความว่าผู้รับคำสั่งทาง

ปกครองที่ได้ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง หรือดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องเสียหายเกินสมควร ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะได้รับการคุ้มครองโดยการเยียวยาประโยชน์ที่ได้รับแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้ ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับคำสั่งทางปกครองไปเพราะเหตุผู้รับคำสั่งทางปกครองได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือผู้รับคำสั่งทางปกครองได้กระทำการอันเป็นการข่มขู่ หรือผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีขอบด้วยกฎหมาย หรือเจ้าหน้าที่เรียกทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดอันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือ ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ แม้จะใช้พิจารณาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพื่อเยียวยาผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ในทางตรงกันข้ามก็สะท้อนแนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนอัตวิสัยโดยเฉพาะเหตุ บกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครได้ เพราะการที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง ก็เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่แสดงเจตนาโดยการสำคัญผิดซึ่งเป็นเรื่องเจตนาบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครอย่างชัดเจน การจะนำมาบัญญัติไว้ให้ชัดเจนก็ไม่ได้เป็นเรื่องที่ขัดต่อระบบกฎหมายปกครองของไทยแต่อย่างใด

2. ข้อเสนอแนะ

จากผลการวิจัยดังกล่าว ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนต่าง ๆ นั้น มีบัญญัติเป็นหลักการไว้ใน

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แต่รายละเอียดพระราชบัญญัติฉบับนี้จะให้ ก.พ. กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ แต่ถ้าเป็นกรณีการย้าย การโอน ให้กระทำเป็นกฎ ก.พ. ฉะนั้นการปรับปรุงแก้ไขควรจะทำให้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2551 เพื่อนำเหตุบกพร่องในเจตนาโดยใจสมัครมาบัญญัติไว้เช่นเดียวกับกฎหมายข้าราชการเยอรมัน โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ที่บัญญัติว่า

“มาตรา 53 การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใด ให้บรรจุและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันได้ในตำแหน่งนั้น โดยบรรจุและแต่งตั้งตามลำดับที่ในบัญชีผู้สอบแข่งขันได้

การสอบแข่งขัน การขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ และรายละเอียดเกี่ยวกับการสอบแข่งขันให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ ก.พ. กำหนด

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการบรรจุบุคคลเข้ารับราชการตามมาตรา 55 มาตรา 56 มาตรา 63 มาตรา 64 และมาตรา 65”

เสนอแนะแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 53 วรรคสี่ เป็นดังนี้

“มาตรา 53 การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใด ให้บรรจุและแต่งตั้งจากผู้สอบแข่งขันได้ในตำแหน่งนั้น โดยบรรจุและแต่งตั้งตามลำดับที่ในบัญชีผู้สอบแข่งขันได้

การสอบแข่งขัน การขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ และรายละเอียดเกี่ยวกับการสอบแข่งขันให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ ก.พ. กำหนด

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการบรรจุบุคคลเข้ารับราชการตามมาตรา 55 มาตรา 56 มาตรา 63 มาตรา 64 และมาตรา 65

การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญตามความในวรรคหนึ่ง และวรรคสอง มาตรา 55 มาตรา 56 มาตรา 63 มาตรา 64 และมาตรา 65 หากผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ถูกบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง หรือมีการเรียกรับหรือเสนอให้เงิน หรือประโยชน์อื่น ให้ถือว่า การแต่งตั้งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

และ เสนอแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติเกี่ยวกับการย้าย การโอน มาตรา 63 ที่บัญญัติว่า

“มาตรา 63 การย้าย การโอน หรือการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แล้วแต่กรณี ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.

การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญจากกระทรวงหรือกรมหนึ่ง ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในต่างประเทศสังกัดอีกกระทรวงหรือกรมหนึ่ง เป็นการชั่วคราวตามระยะเวลาที่กำหนด ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด

การย้ายหรือการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น

... ”

เสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 63 วรรคสอง ดังนี้

“มาตรา 63 การย้าย การโอน หรือการเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในหรือต่างกระทรวงหรือกรม แล้วแต่กรณี ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.

กรณีการย้าย การโอน โดยมีการยื่นคำร้องขอจากข้าราชการพลเรือนสามัญ ให้กระทำเป็นหนังสือและจัดให้มีเหตุผลประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

การโอนข้าราชการพลเรือนสามัญจากกระทรวงหรือกรมหนึ่ง ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญในต่างประเทศสังกัดอีกกระทรวงหรือกรมหนึ่ง เป็นการชั่วคราวตามระยะเวลาที่กำหนด ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด

การย้ายหรือการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่ต่ำกว่าเดิมจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้น

... ”

และเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติม กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2552 ข้อ 3 (1), (2), (3) โดยเพิ่มเติม (4) เป็นดังนี้

(1) การกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติอื่นใดโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตาม

กฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดขึ้นเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) ไม่มอบหมายงานให้ปฏิบัติ

(3) ประวิงเวลา หรือหน่วงเหนี่ยวการดำเนินการบางเรื่องอันเป็นเหตุให้เสียสิทธิหรือไม่ได้รับสิทธิประโยชน์อันพึงมีพึงได้ในเวลาอันสมควร

(4) บังคับ ช่มชู้ หลอกลวง หรือเรียกรับหรือเสนอให้เงินหรือประโยชน์อื่นใด

2. นอกจากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แล้ว ผู้วิจัยขอเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติม กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2540 ที่อาศัยอำนาจตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ให้นำความในมาตรา 30 วรรคสอง มาบัญญัติไว้ใน กฎกระทรวงฉบับที่ 2 พ.ศ. 2540 นี้ เพื่อสะท้อนให้เห็นเจตนาที่แท้จริงของหลักการพิจารณาทางปกครอง เป็นดังนี้

กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และ มาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นายกรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้

ให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่อาจใช้ดุลพินิจตามความวรรคหนึ่งก็ได้

(1) การบรรจุการแต่งตั้งการเลื่อนขั้นเงินเดือน การส่งพนักงาน หรือส่งให้ออกจากงานไว้ก่อน หรือการให้พ้นจากตำแหน่ง

(2)



บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

หนังสือ

ชาญชัย แสวงศักดิ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทาง

ปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง สำนักอบรมกฎหมาย

แห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จักร์จักรการพิมพ์, 2545.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและ

เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ปิยนุตร แสงนกกุล. กฎหมายปกครองของประเทศยุโรป. กรุงเทพมหานคร: โครงการ

ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2556.

ฤทัย หงส์ศิริ. คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษา

แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540.

สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,

2549.

บทความ

ประสาธ พงษ์สุวรรณ. “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.” วารสาร

นิติศาสตร์ 32, 2 (2545): 251.

มานิตย์ วงศ์เสรี. “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในระบบกฎหมายเยอรมัน.” วารสารกฎหมาย

ปกครอง 20, 3 (2548): 55.

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. “คำสั่งโยกย้ายข้าราชการในกฎหมายฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมาย

ปกครอง 20, 3 (2548): 63-86.

สมยศ เชื้อไทย. “การกระทำทางปกครอง.” วารสารนิติศาสตร์ 17, 4 (2530): 67.

รายงานวิจัย

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. รายงานการวิจัย เรื่อง ปัญหาขอบเขตการควบคุมคำสั่งทาง

ปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลอาญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน

คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549.

เอกสารอื่นๆ

กันนัท ชัยชนะ. การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน

เผยแพร่ใน [Online]. Available URL: <http://www.pub-law.net>.

ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์. “การดำเนินการทางวินัยข้าราชการในประเทศฝรั่งเศส,” ใน รวม

บทความทางวิชาการเล่ม 2 : กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ (กรุงเทพมหานคร:

สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 4.

พัฒน์พงศ์ อมรวัฒน์. การลงโทษทางวินัยแบบแอบแฝงในคดีบริหารงานบุคคลของ

ประเทศฝรั่งเศส [Online]. Available URL: [http://www.pub-law.net/publaw/](http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1933)

view.aspx?id=1933.

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. “การกระทำทางปกครอง,” ใน อาจารย์บัญชา ศาสตราจารย์อมร

จันทร์สมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย,

2545.

_____. “ลักษณะและประเภทของคดีปกครอง.” ใน เอกสารประกอบการอบรม

หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 6 (อัคราเนนา), พ.ศ. 2545.

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง [Online]. Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1957>.

กฎหมาย

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
 พระราชบัญญัติบริหารข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551
 กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2552
 กฎกระทรวง (พ.ศ. 2540) ฉบับที่ 2 ออกตามความในมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

เอกสารภาษาต่างประเทศ

Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common law Perspective,
 Springer 2001, Allan R. Brewer-Carais. Les principes de la procédure
 administrative non contentieuse, (1992).
 Verwaltungs verfahrensgesetz, VwvfG 1976.
 Bundesbeamten-gesetz (BBG).

ประวัตินักวิจัย

ชื่อ-สกุล ผู้ช่วยศาสตราจารย์ฐิติพร ลิ้มแหลมทอง

ระดับการศึกษา

-น.บ,น.ม สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์สังกัดภาควิชากฎหมายมหาชน

ประวัติการทำงาน

-ประธานสาขากฎหมายมหาชน ระดับบัณฑิตศึกษา (ปัจจุบัน)

-หัวหน้าภาควิชากฎหมายมหาชน

-ผู้ช่วยอธิการบดีฝ่ายนิติการและทรัพย์สิน

-รองคณบดีฝ่ายนโยบายและแผน คณะนิติศาสตร์

ผลงานทางวิชาการ

-แต่งตำราวิชาLAW3042(LW461)กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบ
ละเมิดของเจ้าหน้าที่ ,สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง

-งานวิจัยร่วมของกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง โครงการ:การศึกษาบทบาทของความรู้ด้าน
กฎหมายป้องกันควบคุมโรคไม่ติดต่อและการบาดเจ็บ

-ที่ปรึกษางานวิจัยของกองนิติการ สำนักงาน ป.ป.ส. เรื่อง การป้องกันแก้ไขปัญหาการทุจริต
คอร์รัปชันของเจ้าหน้าที่ผู้สืบสวนคดียาเสพติดโดยใช้มาตรการเงินรางวัล

-คู่มือวิชา LW461กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดชอบของ
เจ้าหน้าที่สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.

-บทความเรื่อง “การแบ่งแยกความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่จากการปฏิบัติหน้าที่และมิใช่
การปฏิบัติหน้าที่” ดุลพาห. พฤษภาคม-สิงหาคม 2548.

ประวัติที่ปรึกษาโครงการวิจัย

ชื่อ-สกุลที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร. สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช

ระดับการศึกษา

น.บ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

M.A ปกครอง E.NewMaxico U.S.A ,M.PA รัฐประศาสนศาสตร์ Oklahoma U.S.A

Ph.D ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศOklahoma U.S.A

ประวัติการทำงาน

-ประธานสาขากฎหมายระหว่างประเทศ ระดับบัณฑิตศึกษา (ปัจจุบัน)

-ผู้รับผิดชอบบรรยายวิชาการระเบียบวิธีวิจัยของบัณฑิตศึกษา

-รองผู้อำนวยการบัณฑิตศึกษา

-หัวหน้าภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์

ผลงานทางวิชาการ

-ตำราวิชากฎหมายว่าด้วยองค์การระหว่างประเทศ

-ตำราวิชากฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเล

ตำแหน่ง รองศาสตราจารย์

หน่วยงานที่สังกัด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง