

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ๖ ประเภทด้วยกัน โดยในบรรดาคดีทั้ง ๖ ประเภทนั้น มีคดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แล้วแต่กรณี ใช้อำนาจทางปกครอง ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือห้ามการกระทำนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน กับคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด และผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเยียวยาความเสียหายให้แก่ตน โดยสั่งให้ใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำ รวมอยู่ด้วย ในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ศาลปกครองต้องตรวจสอบและวินิจฉัยว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือห้ามการกระทำนั้น และหรือให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีกลับคืนสู่ฐานะเดิม

ปัญหาที่ควรทราบกันมีว่า อะไรคือเหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่น ซึ่งเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติระบุเหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ มีความว่า

“เนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายมีแปดเหตุ คือ

เหตุที่หนึ่ง - หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยไม่มีอำนาจ

เหตุที่สอง - หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นนอกเหนืออำนาจหน้าที่

เหตุที่สาม - หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

เหตุที่สี่ - หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น

เหตุที่ห้า - หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

เหตุที่หก - หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร

เหตุที่เจ็ด - หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยไม่สุจริต และ

เหตุที่แปด - หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยมิชอบ

1 หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยไม่มีอำนาจ

เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายเหตุที่หนึ่ง คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยไม่มีอำนาจนั้น เกิดขึ้นได้ ๓ กรณี ดังต่อไปนี้

กรณีที่หนึ่ง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้อำนาจกระทำการเช่นนั้นเลย ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีความหมายว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย โดยตรง

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองแห่งหนึ่งหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น แต่ผู้ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นนั้นกลับเป็นหน่วยงานทางปกครองแห่งอื่นหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น เช่น กฎหมายว่าด้วยสัญชาติบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งถอนสัญชาติไทยของผู้ที่ได้สัญชาติไทยมาโดยการแปลงสัญชาติ แต่ผู้ที่ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวกลับเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือกฎหมายว่าด้วยสถานบริการบัญญัติให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตั้งสถานบริการ สำหรับในกรุงเทพมหานคร แต่ผู้ที่ออกคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตั้งสถานบริการ ที่ตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพมหานครกลับเป็นผู้ว่าราชการจังหวัดนนทบุรี ฯลฯ

กรณีที่สาม เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองพิจารณาเรื่องและออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อ “หลักความเป็นกลาง” หรือ “หลักความปราศจากอคติลำเอียง” และเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ (๑) เป็นคู่กรณีเอง (๒) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี (๓) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น (๔) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี (๕) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี (๖) การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” หรือเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า “ในกรณีที่มีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓ เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้” ตัวอย่างเช่น

ตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตให้บุคคลตั้งสถานบริการหรือออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตตั้งสถานบริการ ในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานคร คือผู้ว่าราชการจังหวัด ถ้านาย ก. ดำรงตำแหน่งผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานี และภริยาหรือบุตรของนาย ก. ประสงค์จะตั้งสถานบริการในเขตจังหวัดปทุมธานี จึงมายื่นคำขอใบอนุญาตตั้งสถานบริการต่อผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานี ดังนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานี ซึ่งก็คือ นาย ก. ต้องห้ามมิให้พิจารณาคำขอใบอนุญาตและออกใบอนุญาตตั้งสถานบริการให้แก่ภริยาหรือบุตรของตนตามมาตรา ๑๓ (๒) หรือ (๓) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แล้วแต่กรณี ทำนองเดียวกัน ถ้านาย ก. ดำเนินการรับใบอนุญาตตั้งสถานบริการในเขตจังหวัดปทุมธานีได้ฟ้องนาย ก. ผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานีต่อศาลจังหวัด

ปทุมธานีเป็นคดีอาญา และคดีอยู่ระหว่างพิจารณาของศาล นาย ก. ก็ไม่อาจใช้อำนาจออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการของนายดำได้ ต้องห้ามตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

กรณีตามอุทธรณ์ข้างต้น นาย ก. ต้องหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อน และแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่ง (ซึ่งก็คือปลัดกระทรวงมหาดไทย) ทราบ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวจะได้มีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้พิจารณาเรื่องและออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับเรื่องนั้นต่อไป ถ้านาย ก. ในฐานะผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานีพิจารณาคำขอและออกใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการให้ภริยาหรือบุตรของตนตามคำขอ หรือพิจารณาเรื่องและออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการของนายดำใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ หรือคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการดังกล่าว ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะนาย ก. ในฐานะผู้ว่าราชการจังหวัดปทุมธานีกระทำโดยไม่มีอำนาจ

2 หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น

นอกเหนืออำนาจหน้าที่

เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายเหตุที่สอง คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่กฎหมายให้ไว้มีตัวอย่างเช่น

- กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนกำหนดว่า ข้าราชการพลเรือนสามัญที่กระทำความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง เช่น ทุจริตต่อหน้าที่ กดขี่ข่มเหงหรือดูหมิ่นเหยียดหยามราษฎร มีโทษสองโทษ คือ ปลดออกจากราชการหรือไล่ออกจากราชการ ถ้าผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยออกคำสั่งลงโทษข้าราชการซึ่งกระทำความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงน้อยกว่าการปลดออกจากราชการ เช่น ลงโทษแค่ตัดเงินเดือนร้อยละห้าของเงินเดือนเป็นเวลาหนึ่งเดือนหรือลดเงินเดือน ก็ต้องถือว่ากระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่

- มาตรา ๙๗ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘ บัญญัติว่า ในข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครจะกำหนดโทษผู้ละเมิดไว้ด้วยก็ได้ แต่มิให้กำหนดโทษจำคุกเกินหกเดือน หรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท ถ้าข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครฉบับหนึ่ง บัญญัติห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือบังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และบัญญัติว่าผู้ใดฝ่าฝืนข้อบังคับหรือข้อห้ามดังกล่าวมีโทษจำคุกไม่เกินแปดเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท โทษส่วนที่จำคุกเกินหกเดือน และที่ปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากนอกเหนืออำนาจที่จะกำหนดได้

3 หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น โดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย**เหตุที่สาม** คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น**โดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย** เกิดขึ้นได้สองกรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง กฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย เช่น กฎกระทรวง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติแม่บทหรือบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอื่น

กรณีที่สอง ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่ในเวลาที่ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เช่น ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ออกคำสั่งลงโทษข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทางวินัย ทั้งที่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไม่ได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดวินัยแต่อย่างใด

4 หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น โดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมาย

กำหนดไว้สำหรับการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น

เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย**เหตุที่สี่**คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด**โดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น**

สำหรับรูปแบบของกฎนั้น โดยปกติทั่วไปแล้วกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือ แต่รูปแบบของคำสั่งทางปกครองมีได้หลายรูปแบบ มาตรา ๓๔ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจา หรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้” คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่น มีตัวอย่างเช่น เครื่องหมายจราจร ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่สื่อความหมายในรูปของสัญลักษณ์ สัญญาณไฟจราจร สัญญาณนกหวีด สัญญาณมือ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่สื่อความหมายในรูปของสัญญาณ (ดูคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๕๖/๒๕๕๕) อย่างไรก็ตาม หน่วยงาน

ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหาได้มีดุลพินิจที่จะเลือกออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบใด รูปแบบหนึ่งดังที่แจกแจงไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้ตามที่เห็นสมควรไม่ คำสั่งทางปกครองต้องทำในรูปแบบใด ย่อมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจออกคำสั่งนั้นกำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองที่ทำในรูปแบบอื่นนอกจากรูปแบบที่กฎหมายกำหนดให้ทำ คือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองนั้น

มีรูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่สำคัญอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งบัญญัติในมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ นั่นคือคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ มาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า ผู้ออกคำสั่งต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย โดยระบุเหตุผลนั้นไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้น และเหตุผลที่ต้องระบุนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการให้ดุลพินิจ

- ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ คือข้อเท็จจริงของเรื่องที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้ออกคำสั่งนั้น

- ข้อกฎหมายที่อ้างอิง คือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอ้างอิงเป็นฐานในการออกคำสั่ง และ

- ในกรณีที่อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นอำนาจดุลพินิจ เช่น ดุลพินิจในการกำหนดโทษทางวินัยที่จะลงแก่ข้าราชการที่กระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรง ซึ่งมีโทษที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกกำหนดได้สามโทษ ได้แก่ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดเงินเดือน ต้องมีข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจในการเลือกโทษที่จะลงแก่ข้าราชการผู้นั้นว่า เหตุใดจึงลงโทษภาคทัณฑ์ เหตุใดจึงลงโทษตัดเงินเดือน หรือเหตุใดจึงลงโทษลดเงินเดือน

เป็นความจริงว่า มาตรา ๓๗ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติข้อยกเว้นไว้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ ในบางกรณีไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผล ซึ่งมีสาระสำคัญดังกล่าวข้างต้นไว้ในตัวคำสั่งนั้นหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้ แต่ถ้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ และไม่เข้ากรณียกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๗ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องระบุเหตุผลในตัวคำสั่งนั้นหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้น หากไม่ระบุเหตุผลไว้เลย หรือระบุไว้แต่มีสาระสำคัญไม่ครบถ้วน ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

ส่วนขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น หมายถึงการทั้งหลายที่กฎหมายกำหนดให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการนั้นต้องกระทำก่อนที่จะออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการนั้น เช่น

- พระราชบัญญัติฉบับหนึ่งกำหนดให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินั้นเป็นผู้ มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินั้น แต่รัฐมนตรีผู้รักษาการตาม พระราชบัญญัตินั้นจะออกกฎกระทรวงมาใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจาก คณะรัฐมนตรีแล้ว ถ้ารัฐมนตรีออกกฎกระทรวงมาใช้บังคับโดยไม่ได้ขอความเห็นชอบจาก คณะรัฐมนตรีก่อน หรือขอความเห็นชอบแล้วแต่คณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ กฎกระทรวง ฉบับนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็น สาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ (กฎหมายประเพณี)

- มาตรา ๑๑ (๕) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งข้าราชการซึ่งสังกัดกระทรวงทบวงกรมหนึ่งไปดำรง ตำแหน่งของอีกกระทรวงทบวงกรมหนึ่งได้ แต่ถ้าเป็นการแต่งตั้งข้าราชการตั้งแต่อธิบดีขึ้นไป ต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อน ถ้านายกรัฐมนตรีออกคำสั่งแต่งตั้งนาย ก. ซึ่งดำรง ตำแหน่งปลัดกระทรวงมหาดไทยไปดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงยุติธรรมโดยปราศจากการ อนุมัติของคณะรัฐมนตรี คำสั่งดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากออกโดยไม่ถูกต้อง ตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้

ตัวอย่างของขั้นตอนที่จะยกมาแสดงไว้ในที่นี้อีกตัวอย่างหนึ่ง เป็นขั้นตอนสำหรับ การออกคำสั่งทางปกครองโดยเฉพาะ ได้แก่ขั้นตอนที่มาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง แห่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนด โดยบทบัญญัติแห่ง กฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของตน”

โดยทั่วไปแล้ว “คู่กรณี” ก็คือผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ (หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ) จะออกมาใช้บังคับ เช่น ออกใบอนุญาตให้บุคคลใด บุคคลที่ได้รับใบอนุญาตคือคู่กรณี ออกคำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัย ข้าราชการที่ถูกลงโทษ ทางวินัยคือคู่กรณี ออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตั้งสถานบริการหรือพักใช้ใบอนุญาตตั้งสถาน บริการ ผู้ถือใบอนุญาตตั้งสถานบริการที่ถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนคือคู่กรณี กฎหมายบัญญัติว่า หากคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ตั้งใจจะออกมาใช้บังคับเป็นคำสั่งที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิ ของคู่กรณี เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ให้คู่กรณีทราบ และให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้นและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุน ข้อโต้แย้งของตนก่อน ต่อเมื่อได้ดำเนินการเช่นนี้แล้ว เจ้าหน้าที่จึงจะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้

บังคับได้ เช่น ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัดจะออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตตั้งสถานบริการ หรือเพิกถอนใบอนุญาตตั้งสถานบริการของบุคคลใด ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัดต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้บุคคลนั้นทราบ และให้บุคคลนั้นมีโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้นและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน หลังจากที่ได้กระทำเช่นนี้แล้ว จึงจะออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

บทบัญญัติมาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ นี้ เรียกกันสั้น ๆ ว่า “**หลักการรับฟังคู่กรณี**” เป็นความจริงว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายเดียวกัน บัญญัติข้อยกเว้นหลักดังกล่าวไว้ในวรรคสองและวรรคสาม แต่หากไม่มีกรณีที่ต้องด้วยข้อยกเว้น และหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีโดยไม่ปฏิบัติตามหลักการรับฟังคู่กรณี ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี

5 หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย**เหตุที่ห้า** คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม “การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” แท้ที่จริงแล้วก็คือ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่าง ๆ เช่น ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด ซึ่งมาตรา ๓๐ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๓๐ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และมาตรา ๒๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐกระทำนั้นเอง

“**การเลือกปฏิบัติต่อบุคคล**” คือการที่ผู้ใช้อำนาจรัฐแบ่งบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด แล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทแตกต่างกัน ส่วน “**การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล**” คือ การที่ผู้ใช้อำนาจรัฐแบ่งบุคคลออกเป็น

ประเภทโดยคำนึงถึงเหตุต่าง ๆ ดังกล่าว แล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทต่างกัน โดยปราศจากเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลมีตัวอย่างเช่น

หน่วยงานทางปกครองแห่งหนึ่งออกประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุแต่งตั้งเป็นข้าราชการหรือพนักงานของรัฐ ตำแหน่งนิติกร โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกไว้ว่า ๑. เป็นผู้มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ ๒. เป็นผู้สำเร็จการศึกษาตั้งแต่ระดับปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ และ ๓. เป็นเพศชาย

ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกทั้งสามข้อ ต่างก็มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลทั้งสิ้น กล่าวคือข้อ ๑. เป็นการแบ่งคนออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงอายุ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลที่มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์และบุคคลที่มีอายุยังไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์แตกต่างกัน โดยบุคคลที่มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก แต่บุคคลที่มีอายุยังไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์ ไม่มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก ข้อ ๒. เป็นการแบ่งบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงการศึกษาอบรม แล้วปฏิบัติต่อบุคคลที่สำเร็จการศึกษาตั้งแต่ระดับปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์และบุคคลที่สำเร็จการศึกษาด้านสาขาวิชาอื่นแตกต่างกัน โดยบุคคลที่สำเร็จการศึกษาดังแต่ระดับปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก แต่บุคคลที่สำเร็จการศึกษาด้านสาขาวิชาอื่นไม่มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก ส่วนข้อ ๓. เป็นการแบ่งออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงเพศ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลเพศชายและบุคคลเพศหญิงแตกต่างกัน โดยบุคคลเพศชายมีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก แต่บุคคลเพศหญิงไม่มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก

เป็นที่เห็นได้ว่า ความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของการรับสมัครสอบคัดเลือกครั้งนี้ก็เพื่อให้ได้บุคลากรที่มีวุฒิภาวะและมีความรู้ความสามารถในทางกฎหมายที่จะปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนิติกรได้ ซึ่งเป็นความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม และไม่อาจให้ผู้เยาว์ซึ่งอายุยังไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์มาปฏิบัติงานในตำแหน่งนิติกรได้เพราะยังไม่มีสิทธิเลือกตั้ง ซึ่งเป็นสิทธิทางการเมืองที่สำคัญ ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสอบคัดเลือกข้อ ๑. ที่ว่าต้องเป็นผู้มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ และข้อ ๒. ที่ว่าเป็นผู้สำเร็จการศึกษาดังแต่ระดับปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ ต่างก็เป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม คือได้บุคลากรที่มีวุฒิภาวะ และมีความรู้ความสามารถทางกฎหมายที่จะปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนิติกรได้ ทั้งยังเป็นมาตรการที่ถือได้ว่าจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมดังกล่าว ดังนั้น จึงมีเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล

แต่ข้อข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสอบคัดเลือกข้อ ๓. ที่ว่าต้องเป็นเพศชาย นั้น ไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชอบ

ธรรมดังกล่าว แต่อย่างไร เนื่องจากไม่อาจอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลเลยว่า บุคคลเพศหญิง ซึ่งมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์และสำเร็จการศึกษาตั้งแต่ปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์ มีวุฒิภาวะและความรู้ความสามารถทางกฎหมายดีกว่าบุคคลเพศชายซึ่งมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ และสำเร็จการศึกษาตั้งแต่ปริญญาตรีขึ้นไป สาขานิติศาสตร์อย่างไร เมื่อหน่วยงานทางปกครอง กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสอบคัดเลือกข้อนี้โดยปราศจากเหตุผลอันควรค่าแก่การรับฟัง ข้อข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสอบคัดเลือกข้อนี้จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล

6 หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น

ที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่

ประชาชนเกินสมควร

เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายเหตุที่หก คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร เป็นกรณีหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ ออกคำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดที่มีลักษณะเป็นการจำกัดหรือมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือต่อเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ซึ่งขัดต่อบทบัญญัติมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ที่บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น” ดังนั้น การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพเกินความจำเป็นแก่การรักษาประโยชน์สาธารณะที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการนั้น ต้องถือว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น มีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ตัวอย่างเช่น

- เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้อาศัยอำนาจตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ สั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงานหรือผู้ดำเนินการ ทำการรื้อถอนอาคารที่มีการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่ง

พระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน แล้ว ถ้าไม่มีการร้องถอนอาคารตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น มาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัตินี้บัญญัติให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดังต่อไปนี้ (๑) ยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล นับแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามมาตรา ๔๒ ได้ล่วงพ้นไป ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๒ โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม (๒) ดำเนินการหรือจัดให้มีการร้องถอนอาคารดังกล่าวได้เองโดยจะต้องปิดประกาศกำหนดการรื้อถอนไว้ในบริเวณนั้นแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร ผู้ควบคุมงานและผู้ดำเนินการ จะต้องร่วมกันเสียค่าใช้จ่ายในการนั้น เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๒ ตามที่กำหนดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ต่างก็มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายทั้งสิ้น โดยมาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดในมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย และเสรีภาพในการเดินทาง และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรของบุคคลซึ่งมาตรา ๓๒ และมาตรา ๓๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้ ส่วนมาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดในมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๒) มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่มาตรา ๔๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองไว้ การวินิจฉัยและตัดสินใจใช้มาตรการบังคับทางปกครองดังกล่าวจึงอยู่ในบังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖ ซึ่งบัญญัติว่า การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ มาตรา ๒๗ ซึ่งบัญญัติว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และเมื่อได้พิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วย่อมเห็นได้ชัดว่า การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้า

พนักงานท้องถิ่นที่สั่งให้รื้อถอนอาคารเพื่อให้บุคคลดังกล่าวยินยอมรื้อถอนอาคารตามคำสั่ง โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้รับคำสั่งมากกว่าการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารโดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นเองตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะใช้ หรือ ศาลปกครองจะกำหนดค่าบังคับให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นใช้มาตรการบังคับทางปกครองมาตรการแรกได้ก็ต่อเมื่อปรากฏชัดตั้งแต่ในเบื้องต้นว่า มาตรการบังคับทางปกครองมาตรการที่สองไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองที่สั่งให้บุคคลรื้อถอนอาคารได้โดยแน่แท้เท่านั้น เมื่อยังไม่ปรากฏว่ามีพฤติการณ์ใด ๆ ที่บ่งชี้ให้เห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ใช้หรือการที่ศาลปกครองจะกำหนดค่าบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ใช้มาตรการบังคับทางปกครองมาตรการที่สองไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ รื้อถอนอาคาร เลขที่ ๑๒/๕๔ หมู่ที่ ๖ ซอยชินเขต ๑/๑๔ ถนนงามวงศ์วาน แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร และคำสั่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ รื้อถอนอาคาร เลขที่ ๑๒/๕๕ หมู่ที่ ๖ ซอยชินเขต ๑/๑๔ ถนนงามวงศ์วาน แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร ได้โดยแน่แท้ ศาลปกครองจึงไม่ชอบที่จะกำหนดค่าบังคับโดยสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ตามคำขอของผู้ฟ้องคดี (ดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๙๙/๒๕๕๕)

- หลักที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว ไม่ว่าความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะเป็นความผิดและโทษทางอาญา ความผิดและโทษทางปกครอง หรือความผิดและโทษทางวินัยก็ตาม นอกจากนั้น การลงโทษบุคคลไม่ว่าโทษนั้นจะเป็นโทษทางอาญา โทษทางปกครอง หรือโทษทางวินัย ถือได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลผู้ถูกลงโทษ การลงโทษบุคคลมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับการกระทำความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว จึงเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ๆ มุ่งหมายจะให้ความคุ้มครอง อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ด้วย (ดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗/๒๕๕๗)

7 หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่น โดยไม่สุจริตหรือใช้ดุลพินิจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยมิชอบ

เหตุที่ทำให้กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายเหตุที่เจ็ด คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นโดยไม่สุจริต และเหตุที่แปด คือ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นที่มีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ สมควรนำมาอธิบายพร้อม ๆ กัน เพราะมีความเชื่อมโยงกันอยู่ ดังนี้

ในการตกลงใจกระทำใด ๆ ก็ตาม บุคคลย่อมมีความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่ในใจก่อนเสมอ และบุคคลนั้นคิดหรือเชื่อว่าการกระทำที่ตนตกลงใจกระทำลงไปในั้น เป็น “วิถีทาง” ที่จะทำให้ความมุ่งหมายในใจของตนบรรลุผลได้ ในการใช้อำนาจออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใด หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจก็ย่อมมีความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่ในใจก่อนเช่นกัน และหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจคิดหรือเชื่อว่ากฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำนั้นเป็นวิถีทางที่จะทำให้ความมุ่งหมายในใจของตนบรรลุผล อาจกล่าวได้ว่า ความมุ่งหมายของการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการต่าง ๆ คือผลที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการต่าง ๆ ต้องการให้เกิดขึ้นจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำนั้น นั่นเอง

กฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด หากได้ให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายหรือให้เกิดผลอะไรก็ได้ไม่ กฎหมายเหล่านั้นทุกฉบับต่างก็มีเจตนารมณ์ที่จะให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ (public interest) ทั้งสิ้น ไม่มีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อรักษาประโยชน์เอกชน (private interest) ซึ่งก็คือประโยชน์ส่วนตัวของผู้ใช้อำนาจ หรือของสมัครพรรคพวกของผู้ใช้อำนาจ

นอกจากนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดแต่ละฉบับก็มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะด้านใดก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควร หากแต่มีเจตนารมณ์ที่จะให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะเพียงบางด้านเท่านั้น กฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดบางฉบับให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำ

การอื่นใดเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน บางฉบับให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ บางฉบับให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อรักษาความมั่นคงปลอดภัยภายในราชอาณาจักร บางฉบับให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อปกป้องภัยพิบัติสาธารณะ บางฉบับให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อรักษาสวัสดิภาพในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของผู้ใช้ทางสาธารณะ บางฉบับให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อป้องกันมิให้มีการค้ากำไรเกินควรสินค้าหรือบริการ บางฉบับให้อำนาจหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ฯลฯ

ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องใช้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ และต้องใช้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการนั้นเท่านั้น การใช้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อประโยชน์เอกชน (Private Interest) ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ส่วนตัวของผู้กระทำ หรือประโยชน์ส่วนตัวของสมัครพรรคพวกของผู้กระทำแล้วแต่กรณี ก็ดี คือ การกระทำโดยไม่สุจริต ส่วนการใช้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะอื่น นอกเหนือจากประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ คือ “การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ” คือ มิชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ในคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๗๗/๒๕๔๘

คดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๗๗/๒๕๔๘ ได้ความว่า คณะกรรมการส่วนจังหวัดป้องกันการค้ากำไรเกินควร จังหวัดสุรินทร์ อาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๘ (๖) ออกประกาศความว่า “เนื่องจากปรากฏว่า ได้มีผู้นำเนื้อสุกรชำแหละซึ่งได้ทำการฆ่านอกเขตเทศบาลเมืองสุรินทร์ ทั้งที่ได้รับอนุญาตและไม่ได้รับอนุญาตเข้ามาจำหน่ายในเขตเทศบาลเมืองสุรินทร์ เป็นเหตุให้รายได้ของเทศบาลลดต่ำลง และเป็นการก่อให้เกิดผลเสียหายแก่เทศบาล และไม่ปลอดภัยแก่สวัสดิภาพของประชาชนผู้บริโภค อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๘ (๖) แห่งพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. ๒๕๔๐ คณะกรรมการจึงประกาศห้ามมิให้นำเนื้อสุกรชำแหละเข้ามาในเทศบาลเมืองสุรินทร์...” ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของคณะกรรมการส่วนจังหวัด มิได้มีความประสงค์เพื่อการที่จะป้องกันมิให้ค้ากำไรเกินควรเลย กลับไปอ้างเหตุว่า เพราะทำให้รายได้ของเทศบาลตกต่ำลงบ้าง และไม่ปลอดภัยแก่สวัสดิภาพของประชาชนบ้าง ที่

จริงแล้ว การที่เนื้อสุกรชำแหละเข้าไปในท้องที่หนึ่งท้องที่ใดมากแล้ว กลับจะทำให้ราคาต่ำลงด้วยซ้ำไป” ดังนั้น จึงเป็นประกาศโดยปราศจากอำนาจนอกเหนือไปจากตัวบทกฎหมาย ซึ่งได้บัญญัติไว้ จึงใช้บังคับไม่ได้