

การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง
เกี่ยวกับอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ฐิติพร ลิ้มแหลมทอง

การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับ อำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน^{*} Remedy of Defectiveness of Administrative Order Regarding the Authorization by Ratification

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิติพร ลิ้มแหลมทอง^{**}
Assistant Professor Thitiporn Limlaemthong

บทคัดย่อ

การให้สัตยาบันเป็นการรับรองความบกพร่องต่างๆ ที่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์โดยไม่ต้องเพิกถอน เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีความสมบูรณ์โดยปราศจากข้อสงสัยหรือเงื่อนไขใดๆ ในทางนิตินัย วิธีการรับรองความบกพร่องปรากฏการให้ความเห็นชอบย้อนหลัง การรับรองโดยผลแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมัน หรือหลักทฤษฎีทางกฎหมาย เช่น ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ทำให้ระบบกฎหมายปกครองยอมรับแนวคิดการให้สัตยาบันเพื่อให้คำสั่งทางปกครองสมบูรณ์ โดยที่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีความบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอน ซึ่งการให้องค์กรฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่เกิดประโยชน์และเพิ่มขั้นตอนโดยไม่จำเป็น ในเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองยังคงออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาในการทำงาน

^{*} บทความวิจัยนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน” โดยได้รับทุนอุดหนุนการจากวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ.2562.

This article is a part of research title “Remedy of Defectiveness of Administrative Order Regarding the Authorization by Ratification”. This research is funding by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2019.

^{**} อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ม. สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: thitiporn.l@ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Thammasat University; LL.M. in Public Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 28 มกราคม 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 21 มีนาคม 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 23 มีนาคม 2564.

เดียวกันอีก เพียงแต่การให้สัตยาบันรับรองคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คำสั่งทางปกครองจะต้องไม่เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะหรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่จริงในระบบกฎหมาย และต้องไม่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ต้องยกเลิกเพิกถอน โดยไม่สามารถแก้ไขเยียวยาภายหลังหรือให้สัตยาบันได้ จากการศึกษาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการ ได้แก่ ขอบเขตอำนาจเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ เรื่อง พื้นที่ และเวลา ซึ่งเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกและระดับผลของคำสั่งทางปกครองแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามโดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกที่เยียวยาได้เท่านั้นจะถือเป็นเพียงเหตุบกพร่อง แต่ถ้าไม่ใช่เป็นเพียงความบกพร่องที่เยียวยาได้ก็ดำเนินการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ผลการศึกษาพบว่า เหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเรื่อง และพื้นที่อำนาจระดับผลของคำสั่งทางปกครองถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ต้องดำเนินการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว แต่หากเป็นกรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ถือเป็นความบกพร่องที่เยียวยาได้ เช่น เหตุบกพร่องเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งบุคคลให้เป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปรากฏภายหลังว่าได้รับการแต่งตั้งไม่ชอบจนเป็นเหตุให้พ้นตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นกระทำไปตามอำนาจหน้าที่ ซึ่งเป็นการรับรองโดยผลแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นหลักการเดียวกับทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความเป็นจริงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และการรับรองคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายข้าราชการสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บทบัญญัติมาตรา 19 เป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ควรตีความขยายความเกินเนื้อหาและวัตถุประสงค์โดยนำไปอุดช่องว่างเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมและถือเป็นการให้สัตยาบันโดยปริยาย ดังที่ปรากฏในความเห็นขององค์กรที่ให้ความเห็นทางกฎหมายได้ปรับใช้กับเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลาของเจ้าหน้าที่ซึ่งผู้วิจัยไม่เห็นด้วย หากแต่ต้องเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับเท่านั้น เพื่อไม่ให้ขัดกับหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง หลักความมั่นคงแห่งสถานะทางกฎหมาย หลักการใช้อำนาจเฉพาะตัว และหัวใจของหลักกฎหมายปกครอง คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

คำสำคัญ: คำสั่งทางปกครอง, การเยียวยา, ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

Abstract

The ratification was the certification of any defectiveness with reason of illegality to be the invalid administrative order with any irrevocability so that such unlawful administrative order should be valid without any doubt or legal condition. The method of certifying the defectiveness was found as the retroactive consent. The certification by law in the German legal system or the legal theory, such as the theory regarding the officials by facts in the French legal system initiated the administrative legal system to accept the idea of ratification for validity of administrative order due to the illegality which was defective in relation to model or process. That the administrative organization withdrawn the unlawful administrative order was not beneficial and increased the unnecessary process as the administrative organization still issued the administrative order with the similar statement. However, in order to ratify for certifying the unlawful administrative order, the administrative order should not be the invalid administrative order or administrative order which is not existing under the legal system and it shall not be an unlawful administrative order. Based on the research of defectiveness of administrative order regarding the authorization, the laws which should be terminated which could not be remedied or ratified thereafter, were the scope of authority of the officials regarding the areas and times which caused the difference between the external illegality and level of result of the administrative orders. Nevertheless, only the administrative order that had the external unlawful ground which could be remedied, was deemed as the cause of defectiveness. If it was not only the defectiveness that could be remedied, it could be terminated or revokable. The result of the research was found that the unlawful ground relating to the authority in connection with the issues and authority area and level of result of the administrative order were the unlawful administrative orders that required to terminate or revoke. If it was the illegality of the authority of the officers, it was deemed as the defectiveness which could be remedied, such as the defectiveness relating to the unlawful order to appoint the person as the official who was empowered to do any action. It was found thereafter that the appointment was unlawful which was the reason to

vacate from the office. This vacating from the office should not affect to any action already done by such person according to the authority or duties, which was certified by legal result pursuant to Section 19 of the Administrative Procedure Act B.E. 2539 (1996). This was the similar principle of the theory regarding the officials based on the fact in the French legal system and certifying the unlawful order to appoint the officials under the provision of Section 19 of the German law relating to the federal officials, which was the exemption of the principle of unlawful administrative action, which should not interpret and clarify more than the statements and objectives, which should prevent the gaps in the laws, which was the most related laws to apply mutatis mutandis and was deemed as the implied ratification as appearing in the legal opinion of the organization provided to apply with the unlawful reason relating to the authority regarding the time of the officials which the researcher disagreed. It should be the case where it was supported by the provision of laws to avoid any conflict with the principle of administrative actions which should not be retroactive. The security principle of legal status, principe de l'exercice personnel de la competence, and core of principle of administrative law were the lawful principle of administrative action.

Keywords: administrative order, remedy, the lawful principle of administrative action

1. บทนำและความสำคัญของปัญหา

บรรดาการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรรัฐฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองมีความสำคัญอย่างยิ่งในระบบกฎหมายปกครอง เนื่องจากการใช้อำนาจขององค์กรรัฐฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพต่อประชาชนเป็นการเฉพาะเจาะจง ฉะนั้นภายใต้หลักนิติรัฐ การออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรรัฐฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายเป็นแหล่งที่มาและอำนาจกระทำการ และเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการ ฉะนั้นการที่องค์กรรัฐฝ่ายปกครองจะมีอำนาจที่จะออกคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ ขอบเขตอำนาจในแง่ของบุคคล ขอบเขตอำนาจในแง่เนื้อหา ขอบเขตอำนาจในแง่พื้นที่ และขอบเขตอำนาจในแง่เวลา

ในระบบกฎหมายปกครองถือว่าคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับทันทีเมื่อแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบ ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอนหรือสิ้นลงด้วยเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมี 2 ประการ ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะและคำสั่งทางปกครองที่เพิกถอนได้ คำสั่งทางปกครองใดบ้างที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะต่างก็ยอมรับที่เหมือนกันว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมาย ไม่มีเหตุที่จะต้องเพิกถอนแต่ประการใด คงมีแต่การทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เพิกถอนได้ สิ้นผลได้โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยคำนึงถึงหลักการบริหารราชการแผ่นดิน หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักสุจริตประกอบกัน หากแต่ปรากฏว่าในประเทศไทยมีหลายกรณีที่องค์กรรัฐฝ่ายปกครอง ปรารถนาความเห็นขององค์กรกฎหมาย ไม่ได้พิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ แต่กลับใช้การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน ทั้งนี้ แนวคิดในเรื่องการให้สัตยาบัน (Ratification) ต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจ ศาลปกครองฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยว่า การที่องค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจได้ให้ความเห็นชอบ ยินยอม หรือให้สัตยาบันต่อคำสั่งทางปกครองที่พาดพิงโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจ ย่อมไม่มีผลเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ให้มีผลสมบูรณ์ขึ้นมาได้ และบางฝ่ายเห็นว่า การที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายได้ให้สัตยาบันต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจขัดกับหลักการใช้อำนาจเฉพาะตัว (principe de l'exercice personnel de la compétence) และหลักว่านิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง (principe de non-rétroactivité des actes administratifs)

จากสภาพปัญหาดังกล่าว ทำให้ประเด็นปัญหาในทางกฎหมายปกครองไทยที่ยังไม่สามารถหาข้อยุติที่เหมาะสมได้ เพราะการให้สัตยาบันเป็นหลักที่คุ้นเคยสำหรับนิติกรรมทางแพ่งที่เป็นโมฆียะ ซึ่งคุ้มครองผู้ซึ่งแสดงเจตนาบกพร่องในการทำนิติกรรม หากแต่ในแง่หลักกฎหมายปกครองแล้ว องค์การรัฐฝ่ายปกครองต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ยังต้องพิจารณาหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ และหลักสุจริตประกอบกัน ด้วยหลักกฎหมายปกครองสมัยใหม่ได้มุ่งกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น แต่ต้องปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนให้อยู่ในสถานะสมดุล ไม่ให้เอกชนต้องแบกรับภาระและความไม่เป็นธรรมจากการใช้อำนาจขององค์การรัฐฝ่ายปกครอง หลักนี้เป็นหลักที่เกิดขึ้นแล้วในทางปฏิบัติ ซึ่งตรงข้ามกับหลักในทางทฤษฎี แต่หลักกฎหมายปกครองควรมีลักษณะพลวัตร ยืดหยุ่นและเหมาะสมกับหลักบริการสาธารณะ ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางที่ถูกต้องเหมาะสมสำหรับประเทศไทย ดังนี้

1.1 การให้สัตยาบันในระบบกฎหมายปกครองมีข้อความคิดที่แตกต่างจากกฎหมายแพ่งหรือไม่

1.2 การให้สัตยาบันนำไปใช้กับการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการได้เพียงใด ด้วยเหตุผลใด

1.3 การให้สัตยาบันโดยปริยายกรณีการปรับบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมเป็นข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกัน หรือไม่เพียงใด

2. แนวคิดและการใช้การตีความการให้สัตยาบันคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น การให้สัตยาบันเป็นรูปแบบหนึ่ง “สัตยาบัน” เป็นการแสดงเจตนาเพื่อให้การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้ามีความสมบูรณ์ด้วยปราศจากข้อสงสัยหรือเงื่อนไขใดๆ ในสายตากฎหมายหรือในทางนิตินัย แนวคิดการให้สัตยาบันมีการยอมรับหรือคุ้นเคยกับการนำมาใช้ในระบบกฎหมายแพ่ง แต่ในระบบกฎหมายปกครองก็มิได้ปฏิเสธหลักดังกล่าว เพียงแต่มิได้ปรากฏถ้อยคำว่าสัตยาบันชัดเจนในบทบัญญัติกฎหมาย แต่เป็นถ้อยคำอื่นที่ใช้เยียวยาความบกพร่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำนองเดียวกับการให้สัตยาบัน

2.1 ลักษณะการให้สัตยาบันกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองมีด้วยกันหลายลักษณะ เช่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ร้ายแรงไม่สามารถยอมรับให้มีผลทางกฎหมายต่อไป หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่สามารถเยียวยาได้โดยไม่ต้องเพิกถอนซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการศึกษาของงานวิจัยฉบับนี้ ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายปกครองคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่สามารถเยียวยาได้นั้นมีรูปแบบ ดังนี้

1) การให้ความเห็นชอบ คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้นั้น ในกรณีเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบก่อน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยสภาพภายนอกเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครองอันเป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย กรณีดังกล่าวได้กำหนดรูปแบบการเยียวยาโดยการให้ความเห็นชอบย้อนหลังคำสั่งทางปกครองดังกล่าว มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องเกี่ยวกับรูปแบบของการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่เริ่มต้น หากแต่การให้ความเห็นชอบย้อนหลังก็มิได้มีการเปลี่ยนแปลงในเนื้อหาสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแต่อย่างใดด้วย เช่น บทบัญญัติมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ลักษณะของการให้ความเห็นชอบ นิรดา จรูญศักดิ์¹ ได้สรุปไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ ลักษณะแรก ได้แก่ การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานทางปกครองเดียวกัน โดยอาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจที่จะกระทำการให้ความเห็นชอบย้อนหลังด้วยตนเอง เช่น การจัดให้มีเหตุผลภายหลัง การจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีภายหลัง เป็นต้น อีกลักษณะหนึ่ง ได้แก่ การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ภายนอกหน่วยงานทางปกครอง เช่น การให้ความเห็นชอบของผู้ว่าราชการจังหวัดก่อนการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

2) การรับรอง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่เยียวยาได้โดยการรับรอง ได้แก่ การรับรองผลของคำสั่งทางปกครองหรือผลของการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งได้ดำเนินการมาจนมีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้น มีข้อสังเกตก็คือ การรับรองนี้เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติรับรองผลไว้โดยไม่ต้องดำเนินการใดๆ อีก ต่างจากการให้ความเห็นชอบ เช่น กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ หากปรากฏภายหลังว่าเป็นผู้ซึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

¹นิรดา จรูญศักดิ์, “การให้ความเห็นชอบย้อนหลังต่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 94-95.

ทางปกครอง พ.ศ.2539 หรือกรณีการพิจารณาทางปกครองที่ได้กระทำก่อนไปโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนได้เสีย แต่ต้องหยุดการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่คนใหม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครองต่อไปได้หรือจะยกเลิกการพิจารณาส่วนหนึ่งส่วนใดก็ได้ เท่ากับเป็นการรับรองการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนได้เสียได้กระทำไปก่อนหน้านี้แล้ว เสมือนกับไม่มีเหตุบกพร่องดังกล่าวอยู่เลย ตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นต้น

3) การให้สัตยาบันโดยปริยาย เป็นกรณีการรับรองโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อค้นหาลักษณะทางกฎหมายโดยการตีความแล้ว ผู้ใช้กฎหมายไม่อาจใช้ถ้อยคำที่ปรากฏในบทกฎหมายนั้นได้ กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นอันดับถัดไป ไม่ว่าโดยเทียบเคียงบทกฎหมาย หรือการเทียบเคียงหลักกฎหมาย ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายปกครองด้วย การให้สัตยาบันโดยปริยายได้เคยเกิดขึ้นโดยความเห็นขององค์กรทางกฎหมาย เช่น การนำมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาบังคับโดยเทียบเคียง

2.2 นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ² ให้ความหมายของนิติวิธี หมายถึง วิธีการที่จะคิดเป็นระบบในกฎหมาย นิติวิธีในกฎหมายมหาชนจึงหมายถึง วิธีการที่จะคิดวิเคราะห์ให้เป็นระบบในกฎหมายมหาชน ได้แก่ นิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนและนิติวิธีเฉพาะในกฎหมายมหาชน สำหรับนิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนเป็นวิธีการที่นักกฎหมายมหาชนทุกคนต้องนำไปใช้ในการตีความ เพื่อให้สามารถแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายอื่นๆ ได้ นิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนยังแยกออกเป็นนิติวิธีหลักและนิติวิธีประกอบ ซึ่งนิติวิธีหลักนี้เป็นหัวใจสำคัญที่จะเข้าถึงแก่นของกฎหมายมหาชนได้เป็นอย่างดี นิติวิธีหลักในกฎหมายมหาชนที่ว่าไว้ดังกล่าวนี้ ได้แก่ นิติวิธีเชิงปฏิเสธ คือ การปฏิเสธมิให้นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับปัญหาในกฎหมายมหาชนโดยตรง และนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ คือ การสร้างหลักกฎหมายมหาชนจากความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชน การศึกษานิติวิธีหลักในกฎหมายมหาชนนี้ จะต้องยึดนิติวิธีที่ใช้อยู่ในประเทศที่มีการแบ่งแยกประเภทกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนจากกฎหมายเอกชน ซึ่งเป็นระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพมาเป็นหลักในการสร้างนิติวิธี เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส

²บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 291-292.

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี มานิตย์ วงศ์เสรี³ เห็นว่า การแบ่งระบบกฎหมายมหาชนหรือระบบกฎหมายเอกชน มีหลักการพื้นฐานของการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายเหมือนกัน คือ การใช้ตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทำให้ไม่ว่าระบบกฎหมายจะแบ่งเป็นกี่ประเภทหรือกี่สาขาก็ตาม แต่ก็มีลักษณะพื้นฐานร่วมกันในการใช้หลักตีความกฎหมาย ดังนั้น ระบบกฎหมายทั้งหลายจึงอยู่ภายใต้หลักนิติวิธีทั่วไปสำหรับการใช้การตีความกฎหมาย หากแต่กฎหมายมหาชนมีลักษณะเฉพาะ ฉะนั้นการใช้และตีความกฎหมายผ่านนิติวิธีจึงจะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน ในระบบกฎหมายมหาชนที่แบ่งเป็นสาขากฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครองซึ่งต่างก็มีลักษณะเฉพาะทางกฎหมายแตกต่างกัน ทำให้การใช้และการตีความกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองย่อมต่างกัน และนิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนตาม ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก็เป็นแนวคิดในทางนิติวิธีที่อธิบายถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายเอกชนนั่นเอง

1) นิติวิธีทั่วไป

การศึกษานิติวิธีประการหนึ่ง คือ การค้นหาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยอาศัยเครื่องมือในทางนิติวิธี ซึ่งโดยปกติแล้ว ได้แก่ ถ้อยคำในกฎหมาย ความเป็นมาของกฎหมาย ระบบกฎหมายทั้งระบบและวัตถุประสงค์ของบทกฎหมาย⁴

2) ลักษณะเฉพาะของนิติวิธี การใช้การตีความในกฎหมายปกครอง

การใช้การตีความกฎหมาย ได้แก่ การปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การตีความกฎหมายย่อมตีความตามบทบัญญัติตามถ้อยคำและวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายนั้น ประกอบกับพิจารณาถึงลักษณะความสัมพันธ์เชื่อมโยงของบทกฎหมายทั้งระบบ และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญด้วย ในการค้นหาลักษณะเฉพาะของนิติวิธี การใช้การตีความในกฎหมายปกครองจำเป็นต้องพิจารณาว่า ภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจกรรมเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม หากแต่ภายใต้หลักนิติรัฐการดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้บทกฎหมาย โดยมีองค์กรตุลาการควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครอง แต่ในการควบคุมตรวจสอบขององค์กรฝ่ายปกครองก็ต้องไม่มากเกินไป การดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองต้องมีพื้นที่ที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง ภายใต้หลักประสิทธิภาพในการดำเนินการขององค์กรฝ่ายปกครอง จึงทำให้เกิดลักษณะเฉพาะของนิติวิธี

³มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธีการใช้และการตีความกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 47-48.

⁴วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เอกสารเสนองานร่างลี้ก 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์: การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” *คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 30 มีนาคม 2551, หน้า 3.

การใช้การตีความในกฎหมายปกครอง โดยสรุปคือ การใช้และการตีความกฎหมายปกครองต้องคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างความมีประสิทธิภาพในการดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

กรณีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองโดยใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่ปรากฏในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเพียงวิธีการหรือกระบวนการขั้นตอนในทางนิติวิธี จึงมิได้จำกัดอยู่แต่เพียงในเขตแดนของกฎหมายเอกชนเท่านั้น หากแต่สามารถนำมาปรับใช้ในกฎหมายปกครองได้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ผู้ใช้กฎหมายต้องคำนึงเสมอว่า กฎหมายปกครองและกฎหมายแพ่งเป็นระบบกฎหมายที่แยกเป็นเอกเทศออกจากกัน โดยต่างก็มีหลักกฎหมายที่ต่างกัน การนำกฎหมายแพ่งมาใช้อุดช่องว่างในกฎหมายปกครองอาจไม่สามารถนำมาใช้ในกฎหมายปกครองได้ แต่ในกรณีหลักความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมายทำให้ผู้ร่างกฎหมายก็นำบทกฎหมายแพ่งมาบัญญัติในกฎหมายปกครองด้วย เช่น มาตรา 22 (2) หรือมาตรา 51 วรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นต้น ส่วนการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ การเทียบเคียงบทกฎหมาย และการเทียบเคียงหลักกฎหมาย ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการที่มีลักษณะก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีบทกฎหมายให้อำนาจไว้ ตาม “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” แต่หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้และเกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น องค์กรฝ่ายปกครองอาจใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งกระทำการที่มีลักษณะเป็นคุณแก่ประชาชนได้ภายใต้หลักความเสมอภาค ฉะนั้นเมื่อเกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายจะต้องพิจารณาว่า กรณีดังกล่าวเป็นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ หากเป็นดังนั้นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งย่อมไม่อาจกระทำได้ และเป็นช่องว่างในทางนิตินโยบายที่จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้แต่เพียงการตรากฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการ เว้นแต่เป็นกรณีฉุกเฉินจำเป็น

3. ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองส่วนใหญ่มาจากคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุด และจากกฎหมายเป็นเรื่องราว ที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง ก่อนที่จะมีกฎหมายกลางซึ่งรวบรวมหลักจากแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐและบทบัญญัติที่กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายเป็นเรื่องราว นั้น ในรูปประมวลกฎหมายมี

ผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.2016 (พ.ศ.2559) มีฐานะเป็นกฎหมายทั่วไป เรียกว่า “ประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครอง (Code des relations entre le public et l' Administration)” เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายเยอรมัน มีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVFG) เป็นหลักการสำคัญที่ปรากฏทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

3.1 ทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยหรือข้าราชการตามความเป็นจริง (Théorie des fonctionnaires de fait)

สาระสำคัญของทฤษฎีนี้ มาจากทฤษฎีที่ว่าด้วยสิ่งที่ปรากฏให้เห็นการที่ข้าราชการแสดงออกต่อบุคคลภายนอกหรือทำให้ปรากฏต่อบุคคลภายนอกว่าตนมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง และได้ใช้อำนาจภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ หากแต่ในทางนิตินัยหรือในสายตาของกฎหมายแล้ว ข้าราชการไม่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เพราะไม่ใช่บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ให้กระทำการในเรื่องนั้น ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยบุคคลเหล่านี้ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยหรือข้าราชการตามความเป็นจริงใช้ทั้งในสถานการณ์ปกติ และสถานการณ์พิเศษ กล่าวคือ ในสถานการณ์ปกติ เป็นกรณีที่ประชาชนทั่วไปซึ่งไม่สามารถรับรู้ได้ว่าหรือข้าราชการซึ่งออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ตนนั้น มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หรืออีกกรณีที่ข้าราชการคนหนึ่งได้รับการแต่งตั้งมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ทำให้ปรากฏต่อสายตาต่อประชาชนภายนอกว่าได้รับการแต่งตั้งมาโดยชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น คำสั่งทางปกครองใดที่กระทำโดยบุคคลเหล่านี้ ถือเสมือนเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้อำนาจหน้าที่กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย จนกว่าจะถูกเพิกถอนและในสถานการณ์พิเศษ เช่น ในภาวะสงคราม ในกรณีที่มีภัยธรรมชาติร้ายแรง หรือสถานการณ์ฉุกเฉิน ประชาชนทั่วไปที่เข้ามาช่วยเหลือข้าราชการในอำนาจหน้าที่ต่างๆ รวมถึงมีการออกคำสั่งทางปกครองเรื่องหนึ่งเรื่องใดไป หรือประชาชนถูกบังคับโดยสถานการณ์ให้ปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารราชการด้วยความจำเป็นเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁵ ฉะนั้น คำสั่งที่ออกโดยเอกชนเหล่านี้ ถือเสมือนเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งให้อำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น⁶ ทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยหรือข้าราชการ

⁵ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 2 (มิถุนายน 2545): 261.

⁶ ประพักษ์ ชมพู, “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ วิเคราะห์กรณีศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 151-153.

ตามความเป็นจริง ปรากฏในคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (Conseild'État) ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1923 (พ.ศ.2466) ในคดี Association des fonctionnaires de l'administration centrale des Postes et Télégraphes วินิจฉัยคุ้มครองประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งไม่สามารถล่วงรู้ว่ ำรัฐการที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ฉะนั้นการออกคำสั่งทางปกครองของ ำรัฐการที่แสดงออกปรากฏต่อประชาชนว่าตนมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่ชอบด้วย กฎหมาย และคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (Conseild'État) ลงวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ.2001 (พ.ศ.2544) ในคดี Préfet de police c/ Mtimet วินิจฉัยให้ ำรัฐการซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งมาโดยมิ ชอบด้วยกฎหมาย หากได้ใช้อำนาจในขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นๆ ต้องถือว่า ำรัฐการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย จนกว่าจะถูกเพิกถอนการแต่งตั้ง⁷

3.2 ทฤษฎีว่าด้วยการรักษาการโดยปริยาย

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักการรักษาการโดยปริยายซึ่งมีสาระสำคัญว่า เมื่อ เจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นยังคงมีอำนาจรักษาการหรือ กระทำการไปพลางก่อน จนกระทั่งผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งคนใหม่จะเข้าปฏิบัติหน้าที่แทน การรักษาการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ และหน่วยงานไม่จำเป็นต้องมีคำสั่ง ให้เจ้าหน้าที่ผู้พ้นจากตำแหน่งรักษาการ การใดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำไประหว่างรักษาการนี้ถือว่า มีผล บังคับตามกฎหมาย อย่างไรก็ดี ตามแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ การรักษาการโดยปริยายจะต้อง อยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ ได้แก่ 1) หน่วยงานต้องร้องขอให้เจ้าหน้าที่ผู้พ้นจากตำแหน่งปฏิบัติ หน้าที่ต่อไป หรือมิฉะนั้นต้องเห็นชอบกับการรักษาการโดยปริยาย เช่น มิได้แต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้ รักษาการแทนหรือสั่งให้ผู้พ้นจากตำแหน่งหยุดปฏิบัติหน้าที่ 2) การรักษาการโดยปริยายสามารถ กระทำได้เฉพาะในระยะเวลาสั้นๆ ตามความจำเป็นแห่งกรณี และ 3) ในระหว่างรักษาการ เจ้าหน้าที่ผู้พ้นจากตำแหน่งมีอำนาจหน้าที่จำกัดเฉพาะในส่วนบริหารงานทั่วไปและงานเร่งด่วน ไม่ รวมงานนโยบายหรืองานสำคัญระดับสูง

⁷ปิยะสาสตร์ ไชว์พันธุ์, “การทำคำสั่งทางปกครองของ ำรัฐการที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งมาโดยมิชอบ (CE, 16mai 2001, Préfet de police c/Mtimet),” ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ** (2548): 99-101.

3.3 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (Non-rétroactivité des actes administratifs)

เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาใช้ มิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลบังคับย้อนหลัง และเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง ทั้งนี้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น สภาแห่งรัฐได้เพิกถอนข้อบัญญัติของฝ่ายปกครองขึ้นราคากระแสไฟฟ้า ลงวันที่ 30 ธันวาคม 1947 (พ.ศ.2490) และประกาศใช้วันที่ 1 มกราคม 1948 (พ.ศ.2491) เพราะข้อบัญญัติดังกล่าวให้มีผลย้อนหลังก่อนวันประกาศใช้ข้อบัญญัติ ปรากฏเหตุผลที่สภาแห่งรัฐให้ไว้ว่า นิติกรรมทางปกครองทั่วไปที่มีผลบังคับย้อนหลังเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบในเรื่องการไม่มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุเกี่ยวกับเงื่อนไข ผู้มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองใช้อำนาจของตนก้าวล่วงไปกระทำการให้กระทบต่อสถานะทางกฎหมายในอดีตที่ผู้มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองได้ออกไว้ก่อนหน้านี้ หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส มาจากการตีความเพื่อให้สอดคล้องกับความมั่นคงในสถานะทางกฎหมายของบุคคลจากประมวลกฎหมายแพ่งที่ว่ารัฐบัญญัติ (la loi) มีผลใช้บังคับสำหรับอนาคตเท่านั้น ไม่อาจมีผลย้อนหลังได้ สรุปได้ว่า หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง เป็นหลักห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองทั่วไป (กฎ) มีผลใช้บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่นิติกรรมทางปกครองทั่วไป ประกาศใช้บังคับหรือนิติกรรมทางปกครองเฉพาะเจาะจง (คำสั่งทางปกครอง) จะย้อนหลังกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วนับแต่วันที่แจ้งให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองเฉพาะเจาะจงทราบ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้องค์กรฝ่ายปกครองสามารถออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง

ส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVFG ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) (Administrative Procedure Act) ได้บัญญัติเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและผลของคำสั่งทางปกครองได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่แก้ไขเยียวยาได้ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง มาตรา 45⁸ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อาจเพิกถอนภายหลังได้ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 44 วรรค 3 และคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะกรรม ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 44 และมาตรา 20 วรรคหนึ่ง (1) โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 43 (3) บัญญัติถึงผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะถือว่าเสียเปล่า

⁸ Mahendra P. Sign, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 2nd ed. (Berlin: Springer-Verlag, 2001), p. 149.

ไม่มีผลทางกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีผลผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครอง บุคคลที่สาม องค์กรหน่วยงานอื่น ตลอดจนองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย

3.4 หลักกฎหมายในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

การพิจารณาอำนาจของหน่วยงานในแง่ของเรื่องจะต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นภารกิจของสหพันธ์ของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลที่กฎหมายบัญญัติให้สามารถออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพื่อเป็นการแบ่งแยกภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐว่าอำนาจของหน่วยงานใดในองค์กรที่มีภารกิจเรื่องนั้น โดยปกติแล้วการกำหนดอำนาจแก่หน่วยงานอาจแบ่งแยกหน่วยงานย่อยภายในตามระเบียบของแต่ละหน่วยงานซึ่งจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดมีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานในเรื่องใด เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดในหน่วยงานที่มีอำนาจกระทำการ ฉะนั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจหน้าที่กระทำการตามกฎหมายบัญญัติไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในแง่ของเรื่องรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 44 (1) บัญญัติเหตุความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ กรณีคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องผิดพลาดร้ายแรงและแจ้งชัดที่เป็นไปสภาพและเหตุผลของเรื่องซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ส่วนความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจในแง่ของพื้นที่ถ้าไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 3 (1) ข้อ 1. ได้บัญญัติเกี่ยวกับหน่วยทางปกครองที่มีอำนาจทางปกครองเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิหรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ โดยให้หน่วยงานทางปกครองที่ทรัพย์สินหรือสถานที่นั้นตั้งอยู่เป็นหน่วยงานมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง และรัฐที่บัญญัติเดียวกันบัญญัติเหตุความเป็นโมฆะกรณีเกี่ยวกับความบกพร่องอำนาจในแง่ของพื้นที่ไว้ใน มาตรา 44 (2) ข้อ 3. ว่า “คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ โดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจเนื่องจากอยู่นอกเขตพื้นที่ที่อสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่” เช่น เจ้าหน้าที่นอกเขตพื้นที่ที่อาคารนั้นตั้งอยู่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งรื้อถอนอาคารที่ตนเองไม่มีเขตอำนาจบนพื้นที่นั้น คำสั่งรื้อถอนจึงตกเป็นเหตุโมฆะตามบทบัญญัติดังกล่าว ในกรณีปรากฏว่า มีหน่วยงานหลายหน่วยงานอ้างว่าต่างเป็นพื้นที่อำนาจของตน หรือในทางตรงข้ามหน่วยงานต่างปฏิเสธว่าตนเองไม่มีอำนาจบนพื้นที่นั้นให้หน่วยงานบังคับบัญชาที่ดูแลเรื่องอำนาจหน้าที่วินิจฉัยสั่งการ หากแต่ความบกพร่องอำนาจในแง่พื้นที่กรณี ตามมาตรา 44 (3) ข้อ 1. คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

นอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น และไม่ใช้กิจการเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายแต่อาจเพิกถอนได้ในภายหลัง ไม่ถึงระดับเป็นเป็นโมฆะ

1) กรณีบุคคลซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ทางปกครอง⁹ การสั่งการหรือการกระทำการของบุคคลนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะไม่ครบองค์ประกอบของการเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) ตามมาตรา 35 ประโยคแรก ให้คํานิยามว่า คำสั่ง คำตัดสินหรือมาตรการอื่นของทางรัฐการในทุกเรื่องที่หน่วยรัฐการหนึ่งหน่วยรัฐใดออกไป เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนและเป็นมาตรการที่เจาะจงให้มีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อภายนอก¹⁰ “An administrative act shall be any order, decision or other sovereign measure taken by an authority to regulate an individual case in the sphere of public law and which is intended to have a direct, external legal effect. ...”¹¹ ฉะนั้น เมื่อไม่ได้เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งสามารถแสดงเจตนากำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเจาะจงกับปัจเจกบุคคลได้ จึงถือได้ว่าขาดองค์ประกอบของการเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 35 ประโยคแรก แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 ฉะนั้นไม่ถือว่า คำสั่ง คำตัดสินหรือมาตรการนั้นได้เกิดขึ้นและดำรงอยู่ในทางกฎหมาย¹²

2) กรณีเป็นหน่วยงานทางปกครองไม่มีอำนาจกระทำการ ได้แก่กรณีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่หน่วยงานใดที่อาจปรากฏในรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติมีอำนาจสั่งการ ดังนั้นเฉพาะหน่วยงานที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นที่มีอำนาจสั่งการ โดยการสั่งการของหน่วยงานจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดหรือในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของหน่วยงาน เมื่อคำสั่งทางปกครอง

⁹เจ้าหน้าที่ทางปกครอง หมายถึง ตำแหน่งใดๆ ที่ปฏิบัติภารกิจของฝ่ายปกครองในทางมหาชน, ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, รายงานวิจัยเรื่องปัญหาขอบเขตการควบคุมคำสั่งทางปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547), หน้า 50-51.

¹⁰บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 239-242.

¹¹German Law Archive, **Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG)** [Online], available URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>, 2020 (April, 19).

¹²วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 6, 1 (มกราคม-เมษายน 2549): 569-582, อ้างถึงใน ปัญญา จันสกุล, “ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศสและไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2550), หน้า 56-57.

มิได้กระทำโดยหน่วยงานที่กฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจกระทำการในเรื่องนั้น คำสั่งทางปกครองนั้น จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากแต่ผลของคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายจะรุนแรง ถึงขนาดเป็นโมฆะหรือมีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอนโดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กร ตุลาการอย่างไรขึ้นอยู่กับลักษณะการฝ่าฝืน ในบางกรณีมีการผ่อนคลายนอำนาจขององค์กรฝ่าย ปกครองอาจไม่เคร่งครัด หากปรากฏว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจไว้ให้ หรือกรณีมีความ จำเป็น การมอบอำนาจทางปกครองอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในกฎหมายแพ่ง ซึ่ง กระทำในนามของหน่วยงาน เช่น สมาคมการตรวจสอบมาตรฐานการใช้งานของรถออกไปตรวจ สภาพรถให้แก่เจ้าของรถ ซึ่ง ศ.พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ว่า ปัญหา กฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากผู้ไร้ความสามารถไม่อาจเกิดขึ้นได้ดังเช่นที่เกิดขึ้นในการ ทำนิติกรรมทางแพ่งสำหรับการแต่งตั้งข้าราชการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีการเพิกถอนภายหลัง การกระทำของข้าราชการใดๆ ก่อนมีการเพิกถอน การกระทำนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมาย¹³ ยกตัวอย่าง เช่น กฎหมายว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์ ค.ศ.1953 (พ.ศ.2496) แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2019 (พ.ศ.2562) (Bundesbeamtengesetz (BBG)) บทบัญญัติในมาตรา 13¹⁴ กรณีคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการกระทำโดย เจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจ มีผลให้คำสั่งแต่งตั้งนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่จะหน่วยงานรับรองให้มีผลสมบูรณ์ โดยให้มีผลย้อนหลังนับแต่วันแต่งตั้ง รวมถึงกรณีบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ขาดคุณสมบัติหรือ ลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายกำหนด สำหรับคำสั่งแต่งตั้งที่เป็นโมฆะ กฎหมายข้าราชการสหพันธ์ มาตรา 15¹⁵ บัญญัติให้ผู้บังคับบัญชาจะต้องห้ามข้าราชการปฏิบัติหน้าที่ จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยว่า

¹³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์* 1 (กันยายน, 2532): 39.

¹⁴ Bundesbeamtengesetz (BBG), § 13 Nichtigkeit der Ernennung

(1) Die Ernennung ist nichtig, wenn

1. sie nicht der in § 10 Abs. 2 vorgeschriebenen Form entspricht,
2. sie von einer sachlich unzuständigen Behörde ausgesprochen wurde oder
3. zum Zeitpunkt der Ernennung

a) nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 keine Ernennungserfolg durfte und keine Ausnahmen nach § 7 Abs. 3 zugelassen war oder

b) die Fähigkeit zur Wahrnehmung öffentlicher Ämter nicht vorlag

(2) Die Ernennung ist von Anfang an als wirksam anzusehen, wenn

1. ...

2. im Fall des Absatzes 1 Nr. 2 die sachlich zuständige Behörde die Ernennung bestätigt oder.

¹⁵ Bundesbeamtengesetz (BBG), § 15 Rechtsfolgen Nichtigkeit oder zurückgenommener Ernennungen

คำสั่งแต่งตั้งเป็นโมฆะ เว้นแต่กรณีแต่งตั้งข้าราชการซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจผู้บังคับบัญชาจะสั่งห้ามปฏิบัติหน้าที่ก็ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชาปฏิเสธที่จะรับรองการแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น และไม่กระทบกระเทือนการดำเนินการใดๆ ก่อนหน้านั้น ที่เจ้าหน้าที่นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่¹⁶

4. บทวิเคราะห์

4.1 แนวคิดการใช้หลักการให้สัตยาบันในระบบกฎหมายปกครอง

การให้สัตยาบันในระบบกฎหมายเอกชนเป็นการรับรองนิติกรรมทางแพ่งที่มีความบกพร่องเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลเป็นส่วนใหญ่เพื่อคุ้มครองบุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการทำนิติกรรม เนื่องจากเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์จนกว่าจะได้มีการบอกล้างเพียงแต่เหตุแห่งการบอกล้างนั้นไม่ถือเป็นเหตุผิดปกติร้ายแรง กฎหมายจึงเปิดโอกาสหรือให้อิสระแก่บุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการทำนิติกรรมที่เป็นโมฆียะหรือมีเหตุร้ายแรงถึงขนาดเป็นโมฆะตัดสินใจว่าจะรักษานิติกรรมให้มีผลต่อไปโดยการให้สัตยาบันหรือบอกล้างนิติกรรมเพื่อให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์มาแต่แรกที่ทำนิติกรรมหรือเพื่อให้ไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมายต่อไป การให้สัตยาบันจึงเป็นการรับรองให้นิติกรรมที่เป็นโมฆียะกรรมให้มีผลสมบูรณ์มาตั้งแต่แรก และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ซึ่งบุคคลที่มีสิทธิให้สัตยาบันเท่านั้นจะต้องแสดงเจตนาในการให้สัตยาบันโดยชัดแจ้งต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหรือการให้สัตยาบันโดยปริยาย เช่น มีการกระทำบางอย่างเกี่ยวกับนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ แต่สำหรับแนวคิดการใช้หลักการให้สัตยาบันในระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งในวิจัยฉบับนี้จะไม่ได้วิเคราะห์องค์ประกอบที่ให้สัตยาบัน แต่จะวิเคราะห์ว่าการให้สัตยาบันซึ่งเป็นการรับรองเพื่อให้การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้นมีความสมบูรณ์ด้วยปราศจากข้อสงสัยหรือเงื่อนไขใดๆ ในสายตาของกฎหมายปกครองยอมรับได้หรือไม่อย่างไร ระบบกฎหมายปกครองแต่ละประเทศมีพัฒนาการที่แตกต่างกัน เช่น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีสภาแห่งรัฐสร้างหลักกฎหมายปกครองเพื่อควบคุมการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายและแยกคดีปกครองออกจากคดีเอกชนตามกฎหมายแพ่งที่

Ist die erstmalige Ernennung nichtig oder zurückgenommen worden, hat die oder der Dienstvorgesetzte jedeweitere Wahrnehmung der Dienstgeschäfte zu verbieten. Bei Nichtigkeit ist das Verbot erst dann auszusprechen, wenn die sachlich zuständige Behörde es abgelehnt hat, die Ernennung zu bestätigen, oder die Ausnahmen nach § 7 Abs. 3 nicht nachträglich zugelassen wird. Die bis zum Verbot oder bis zur Zustellung der Erklärung der Rücknahme vorgenommenen Amtshandlungen sind in gleicher Weise gültig, wie wenn eine Beamtin oder ein Beamter sie ausgeführt hätte. Die gezahlte Besoldung kann beibehalten werden.

¹⁶ ปัญญา จันสกุล, เรื่องเดิม, หน้า 63.

อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม เพื่อไม่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามาก้าวล่วงการบริหารราชการแผ่นดิน ทำให้ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงปฏิเสธที่ไม่นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ แต่จะสร้างหลักกฎหมายพิเศษขึ้นมาเพื่อใช้กับคดีในทางปกครองหรือการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งหลักกฎหมายปกครองก็มาจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่เป็นบรรทัดฐาน ความคิดของนักวิชาการ ผลงานทางตำราวิชาการต่างๆ จากการศึกษาพบว่า การรับรองการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจกระทำการเนื่องจากเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจกระทำการในแง่บุคคล ทฤษฎีที่เด่นชัดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยความเป็นจริงหรือข้าราชการโดยทางพฤตินัย ประเด็น คือ เจ้าหน้าที่คนนั้นได้ใช้อำนาจหน้าที่ที่ตนเองดำรงตำแหน่งเพียงแต่การเข้าสู่ตำแหน่งหรือการดำรงตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เป็นเอกชนหรือเป็นเจ้าหน้าที่ แต่การแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการใดๆ ที่เจ้าหน้าที่ได้ทำไปอาจกระทบกระเทือนต่อบุคคลภายนอกซึ่งในทางทฤษฎีต้องชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายกับหลักความต่อเนื่องของการจัดทําบริการสาธารณะ นอกจากนี้ ทฤษฎีรักษาการโดยปริยายกรณีเจ้าหน้าที่ผู้ใดพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นยังคงมีอำนาจรักษาการหรือกระทำการไปพลางก่อน จนกว่าจะมีผู้ดำรงตำแหน่งคนใหม่เข้าปฏิบัติหน้าที่ แต่หากเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งมาโดยชอบแต่ก้าวล่วงอำนาจผู้อื่น หรือแย้งชิงอำนาจที่ไม่ใช่ของตนมาออกคำสั่งสภาแห่งรัฐเห็นว่า การให้ความเห็นชอบ ยินยอมหรือการให้สัตยาบันต่อคำสั่งทางปกครองที่ทําขึ้นโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจและไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองมีผลสมบูรณ์ได้ แต่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ และเหตุผลที่สนับสนุนในทางตำรา ได้แก่ การขัดต่อหลักการใช้อำนาจเฉพาะตัว และหลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่บัญญัติรับรองสิทธิทางมหาชน บังคับบุคคลมีสิทธิฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลคุ้มครองสิทธิทางมหาชนกรณีรัฐละเว้นกระทำการหรือกระทำการที่มีได้เป็นไปตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มีเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทำให้หลักกฎหมายเยอรมันจึงวางอยู่บนหลักความชอบด้วยกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล ที่สำคัญคือ กฎหมายพื้นฐานได้รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และกฎหมายปกครองทำให้หลักดังกล่าวเป็นรูปธรรม ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันจะมีกฎเกณฑ์บัญญัติไว้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) โดยเฉพาะการบัญญัติเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และวิธีการเยียวยาคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นโมฆะ จะไม่สามารถทำให้สมบูรณ์ได้ยกเว้นมีกฎหมายเฉพาะให้ทำได้ เช่น กรณีการแต่งตั้งข้าราชการที่เป็นโมฆะรับรองให้มีผลสมบูรณ์ย้อนหลังนับแต่วันที่แต่งตั้งตามกฎหมาย ข้าราชการสหพันธ์ หรือการให้ความเห็นชอบภายหลัง กรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นไปตาม

รูปแบบ ขั้นตอนที่ไม่กระทบต่ออำนาจกระทำการเกี่ยวกับเรื่องหรือเนื้อเรื่อง รวมถึงกรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่อาจเยียวยาได้ แต่ต้องให้การยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น การให้สัตยาบันในความหมายกว้างเป็นการรับรองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีความสมบูรณ์ในทางนิตินัย ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมันก็ยอมรับแนวคิดการให้สัตยาบัน แต่ก็มีข้อจำกัดเฉพาะตามแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือเฉพาะกรณีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่นเดียวกับระบบกฎหมายปกครองไทยที่ได้รับอิทธิพลจากทั้งสองประเทศ เช่น ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 17 มาตรา 19 หรือ มาตรา 41 เป็นต้น

4.2 การให้สัตยาบันเพื่อเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการ

คำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการในแง่ตัวบุคคลเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก ซึ่งถือว่ามิสภาพร้ายแรงอย่างมากจนเห็นได้ชัดเจนนี้อาจทำให้คำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการนั้นตกเป็นโมฆะซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายจึงไม่เพียงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ถึงขนาดไม่ยอมรับความมีอยู่ในกฎหมายปกครอง จึงเท่ากับไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือทำให้สมบูรณ์ได้ด้วยการให้สัตยาบัน รวมถึงการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดี การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเพื่อใช้อำนาจหน้าที่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ในกรณีเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลอาจขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันมีเหตุที่องค์กรฝ่ายปกครองมีส่วนต้องรับผิดชอบด้วย ซึ่งส่งผลกระทบต่อการกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้ง ความเสียหายซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายของการกระทำมีผลต่องานราชการ ต่อบุคคลที่สาม และความต่อเนื่องของงานราชการได้ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองได้มีกฎหมายเฉพาะ ได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์เองยังบัญญัติกรณีของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องภายหลังได้ด้วยการยืนยันในภายหลังในระบบกฎหมายปกครองไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 19 บัญญัติว่า “ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่” ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ว่า มาตรา 19 ใช้บังคับเฉพาะการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการซึ่งจะมีผลเป็นการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น มิได้หมายถึงการปฏิบัติหน้าที่อื่น

ซึ่งมิใช่การพิจารณาทางปกครอง ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 778/2551 ว่าคำสั่งแต่งตั้งให้ นาย ช. ดำรงตำแหน่งรองอธิบดี นักบริหารระดับ 9 เป็นคำสั่งที่ถูกเพิกถอนโดยศาลปกครอง และมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่งรองปลัดกระทรวง นักบริหารระดับ 10 สืบเนื่องมาด้วย โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง ส่งผลให้นาย ช. พ้นจากตำแหน่งรองปลัดกระทรวง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงผลบังคับของประกาศกรมสรรพสามิต เรื่อง รับสมัครคัดเลือกเพื่อเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับ 8 ที่ นาย ช. ได้ลงนามไปตามอำนาจหน้าที่ของรองปลัดกระทรวง รักษาราชการแทนอธิบดีกรมสรรพสามิต ประกาศกรมสรรพสามิตดังกล่าวจึงไม่เสียไป บทบัญญัติมาตรา 19 ถือเป็นรับรองหรือการให้สัตยาบันโดยมีกฎหมายรองรับทำนองเดียวกับกฎหมายข้าราชการสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือทฤษฎีข้าราชการโดยข้อเท็จจริงของระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งทำให้เห็นว่าการเยียวยาผลของการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจในแง่ตัวบุคคลตามมาตรา 19 ตามความเห็นของ ดร.อุทัย หงส์ศิริ ที่ว่า ไม่สามารถนำหลักเรื่องโมฆะกรรมตามหลักกฎหมายแพ่งมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามความบกพร่องของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจกระทำการบางกรณีไม่ได้ก็นำมาตรา 19 มาปรับใช้เช่น การแต่งตั้งบุคคลซึ่งเสียชีวิตแล้วเป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษาเขต 26 ทำให้องค์ประกอบของ อ.ก.ค.ศ. ไม่ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้มติการประชุม อ.ก.ค.ศ. ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า การใดที่ได้ปฏิบัติหรือดำเนินการตามมติ อ.ก.ค.ศ. เขต 26 โดยสุจริต ในส่วนของคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แทน ซึ่งการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลโดยการเพิกถอนนั้นไม่ใช่เป็นการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยหลักการให้สัตยาบันโดยผลกฎหมายตามมาตรา 19 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีข้อพิจารณาที่ต้องคำนึงมากมาย การทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลอาจไม่จำเป็นต้องย้อนหลังผลไปตั้งแต่วันที่คำสั่งทางปกครองมีผลก็ได้ แต่อาจทำให้สิ้นผล ณ เวลาใดเวลาหนึ่งไม่ว่าตั้งแต่คำสั่งทางปกครองมีผล ย้อนไปอดีต สิ้นผล ณ ปัจจุบันหรือในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งก็ย่อมได้ แต่การให้สัตยาบันโดยมีกฎหมายรองรับผลตามมาตรา 19 นี้ ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสมบูรณ์โดยไม่ต้องพิจารณาผลของคำสั่งทางปกครองแต่ละเรื่อง มีพักต้องคำนึงตามหลักสุจริต

การปรับใช้มาตรา 19 โดยถือเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ปรากฏบันทึกความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การปฏิบัติงานของผู้อำนวยการสวนยาง ภายหลังจากที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว (เรื่องเสร็จ 706/2548) ข้อเท็จจริงตามเรื่องนี้ยังไม่มี

คำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแต่อย่างใด จึงไม่ปรากฏความบกพร่องของคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง แต่เป็นกรณีว่า นาย ธ. ผู้อำนวยการสวนยางซึ่งพ้นวาระการดำรงตำแหน่ง แต่ยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้ยอมรับการปฏิบัติหน้าที่นั้นโดยไม่มีการทักท้วงว่าเป็นการดำรงตำแหน่งไม่ชอบ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้นำมาตรา 19 มาปรับใช้โดยเทียบเคียง เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบกับการพิจารณาทางปกครองที่ นาย ธ. ได้กระทำไปในระหว่างที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งโดยอนุโลม การใดที่ นาย ธ. ได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ของผู้อำนวยการองค์การสวนยางภายหลังที่ได้พ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว ย่อมไม่ถูกกระทบกระเทือนด้วยเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่งแต่อย่างใด หรือเรื่องเสร็จที่ 47-48/2556 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การรักษาราชการแทนและการปฏิบัติราชการแทนฯ มีความเห็นว่า การแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นอำนาจของประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังไม่ได้ออกคำสั่งแต่งตั้งให้ นาย ส. เป็นผู้รักษาราชการแทนเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และไม่มีอำนาจลงนามหรือดำเนินการใดๆ ในฐานะดังกล่าวด้วยเหตุนี้ การที่ นาย ส. ได้ลงนามอนุมัติการปฏิบัติงานนอกราชการของข้าราชการและพนักงานราชการ และการลงนามในสัญญาจ้าง 2 สัญญาในฐานะผู้รักษาราชการแทนเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ การกระทำดังกล่าวจึงไม่มีผลผูกพันสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ อย่างไรก็ดี ถ้าการดำเนินการดังกล่าวเป็นไปโดยสุจริตและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นอย่างถูกต้อง ก็สามารถนำหลักการมาตรา 19 มาใช้โดยเทียบเคียงได้โดยอนุโลม ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบกระเทือนถึงการกระทำใดๆ ในช่วงเวลาดังกล่าว ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าการปรับใช้มาตรา 19 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของผลความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองด้วยหลักการให้สัตยาบันหรือการรับรองคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลสมบูรณ์ในสายตาของกฎหมาย ใช้เพื่อการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะบทบัญญัติใกล้เคียงอย่างยิ่ง

4.3 การให้สัตยาบันเพื่อเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจกระทำการ

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจกระทำการ ได้แก่ อำนาจกระทำการเกี่ยวกับเรื่อง อำนาจกระทำการเกี่ยวกับพื้นที่อำนาจ และอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลา ซึ่งเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการทั้งสิ้น ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ เว้นแต่คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีความบกพร่องผิดพลาดร้ายแรงอย่างเห็นได้ชัด การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจกระทำการในระบบกฎหมายปกครองยอมรับให้มีได้ก็เนื่องจากมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้กระทำได้ เช่น ตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นความบกพร่องในวิธีบัญญัติหรือขั้นตอน วิธีการมากกว่าความบกพร่องในเนื้อหาหรือในทางสารบัญญัติ เช่นเดียวกับระบบกฎหมายปกครองไทยที่มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 รองรับการรับรองหรือการให้สัตยาบันในส่วนวิธีบัญญัติเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญดังกล่าว ส่วนความบกพร่องขอบเขตการใช้อำนาจกระทำการไม่ได้มีการบัญญัติให้รับรองหรือให้สัตยาบันไว้จึงถูกมองว่าเป็นปัญหาของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลาที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 706/2548) ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 19 มาปรับใช้ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ก่อให้เกิดการรับรองหรือการให้สัตยาบันโดยปริยาย ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ อ้างหลักการมาตรา 19 เป็นหลักการที่กำหนดขึ้นเพื่อรองรับผลการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจพิจารณาทางปกครองแต่มีเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่ง โดยให้การกระทำนั้นส่งผลต่อไป นอกจากนี้ คณะกรรมการฯ อ้างถึงการยอมรับการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีการทักท้วงของเจ้าหน้าที่ซึ่งพ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่า การกระทำใดที่เจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ภายหลังจากพ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้วย่อมไม่ถูกระทบกระเทือนแต่อย่างใด ซึ่งหลักกฎหมายปกครองกรณีที่ไม่มียกเว้นกฎหมายให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่ครบวาระอยู่ในตำแหน่งเพื่อดำเนินงานต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งใหม่เข้ารับหน้าที่ เมื่อผู้ดำรงตำแหน่งได้ดำรงตำแหน่งจนครบวาระแล้ว จึงต้องพ้นจากตำแหน่งโดยผลของกฎหมายและไม่มีอำนาจดำเนินงานใดๆ ในอำนาจหน้าที่ในตำแหน่งนั้นได้อีก หลักกฎหมายตามมาตรา 19 สอดคล้องกับทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยหรือข้าราชการตามความเป็นจริง สำคัญสำคัญของทฤษฎีนี้มาจากทฤษฎีที่ว่าด้วยสิ่งที่ปรากฏให้เห็น กล่าวคือ เป็นกรณีที่ข้าราชการได้รับการแต่งตั้งมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ทำให้ปรากฏต่อสายตาต่อบุคคลภายนอกว่าได้รับการแต่งตั้งมาโดยชอบ ฉะนั้น คำสั่งทางปกครองใดที่กระทำโดยบุคคลนี้ถือเสมือนเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย เหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่งนี้ตามข้อเท็จจริงดังกล่าว มิใช่เรื่องการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ให้มีอำนาจกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นเหตุบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับระยะเวลา หากนำมาตรา 19 มาปรับใช้โดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเสมือนกับการให้สัตยาบันโดยปริยายก็จะเท่ากับยอมรับให้ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งทั้งที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาที่ชอบด้วยกฎหมาย (ผู้ดำรงตำแหน่งพ้นวาระไปแล้วเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2547 และปฏิบัติหน้าที่ต่อไปถึงวันที่ 28 พฤษภาคม 2548 กล่าวคือ ถอยหลังวันที่ 28 พฤษภาคม 2548 ย้อนกลับไปยังวันที่ 17 ตุลาคม 2547 ว่าอยู่ใน

ระยะเวลาดำรงตำแหน่ง) ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักกฎหมายทั่วไปได้แก่หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง อันมาจากการตีความเพื่อให้สอดคล้องกับความมั่นคงในสถานะทางกฎหมายของบุคคลมีผลใช้บังคับสำหรับอนาคตเท่านั้น ไม่อาจมีผลย้อนหลังได้เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้องค์กรฝ่ายปกครองสามารถถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลังได้ แต่เมื่อนำมาตรา 19 มาบังคับใช้โดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะถือได้หรือไม่ว่าเหตุบกพร่องในเรื่องระยะเวลาเป็นเรื่องเดียวกันกับเหตุบกพร่องของการดำรงตำแหน่ง เพราะทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยมุ่งคุ้มครองบุคคลภายนอกซึ่งอาจได้รับผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใด ในขณะที่ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลังมุ่งควบคุมการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย การปรับใช้มาตรา 19 ต้องคำนึงว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย การรับรองการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีความบกพร่องเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจเกี่ยวกับระยะเวลา จึงไม่สามารถขยายความไปถึงเหตุบกพร่องของการดำรงตำแหน่ง โดยเฉพาะกรณีข้อเท็จจริงที่ยังไม่มีคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งและเริ่มระยะเวลาในการใช้อำนาจหน้าที่แต่อย่างใด ไม่ควรตีความเป็นเรื่องเดียวกัน จะทำให้องค์กรฝ่ายปกครองไม่รับผิดชอบต่อความบกพร่องซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองมีส่วนต้องรับผิดชอบอยู่ด้วย ฉะนั้นผู้วิจัยจึงไม่เห็นด้วยกับการนำมาตรา 19 มาปรับใช้โดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือการให้สัตยาบันโดยปริยาย แต่เห็นว่าการดังกล่าว ควรเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลา แต่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะและไม่อาจแก้ไขเยียวยาโดยการให้สัตยาบันได้ นอกจากการอาจเพิกถอนเท่านั้น

4.4 การยอมรับการให้สัตยาบันเป็นข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับการปรับบทเทียบเคียงโดยอนุโลม หรือไม่เพียงใด

ประเทศที่ยอมรับหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมย่อมปรากฏสาระสำคัญของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย การใช้การตีความหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย สำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมันตีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้ หลักที่นำไปใช้ในการพิจารณาเพื่อชี้ว่าหนักกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ หลักคุ้มครองความสุจริตของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นหลักคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจโดยสุจริต ระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน หรือหลักคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเป็นหลักการที่มีน้ำหนักใกล้เคียงกันและคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายจึงได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง และปรับใช้กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เพิกถอนได้ เพราะมีความบกพร่องในทางเนื้อหาที่ไม่สามารถแก้ไขให้สมบูรณ์ได้

แต่สำหรับการเยียวยาความบกพร่องของการให้สัตยาบันด้วยการรับรอง การให้ความเห็นชอบเป็นการเยียวยาให้คำสั่งทางปกครองสมบูรณ์โดยที่ไม่กระทบต่อเนื้อหา ทั้งนี้ล้วนแต่เป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ทั้งสิ้น ปัญหาการใช้การตีความหรือนิติวิธีในระบบกฎหมายปกครอง เช่น ระบบกฎหมายเอกชนย่อมตีความตามบทบัญญัติตามถ้อยคำและวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายนั้น เพียงแต่ต้องเข้าใจลักษณะเฉพาะกฎหมายปกครองว่า ภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครองเป็นการดำเนินกิจกรรมเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม และภายใต้หลักนิติรัฐ การดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายจำเป็นต้องคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างความมีประสิทธิภาพในการดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล กรณีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองโดยใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีการหรือขั้นตอนในทางนิติวิธีที่ทำได้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ การเทียบเคียงบทกฎหมาย และการเทียบเคียงหลักกฎหมาย ดังกรณีมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในหมวดเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง หากพิจารณาจากระบบกฎหมายปกครองแล้ว ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง แต่เมื่อพ้นจากตำแหน่งแล้ว การใดที่เจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำไปก่อนหน้านั้นไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์แต่อย่างใด บทบัญญัติมาตรา 19 จึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะที่ควรตีความอย่างแคบ ไม่อาจขยายความได้ แม้จะมีความเห็นที่แตกต่างว่าไม่มีหลักกฎหมายใดห้ามให้ตีความอย่างแคบ แต่ความเห็นที่แตกต่างก็สอดคล้องกันในแง่ที่ว่าจะต้องตีความให้สอดคล้องกับเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การนำมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาใช้เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือเป็นการให้สัตยาบันโดยปริยาย อาจทำให้เพื่อมิให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย ส่วนคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจกระทำการ ถ้าไม่ใช่เพราะเหตุบกพร่องตามมาตรา 19 ต้องถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลผูกพันต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง และเป็นกรณีอาจเพิกถอนได้ที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองบัญญัติหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนโดยมีหลักดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและการคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองอยู่เบื้องหลังสอดคล้องกับภารกิจของกฎหมายปกครอง

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบันในระบบกฎหมายปกครองปรากฏว่า การให้สัตยาบันโดยการรับรองความบกพร่องต่างๆ ที่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์โดยไม่ต้องเพิกถอน เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีความสมบูรณ์โดยปราศจากข้อสงสัยหรือเงื่อนไขใดๆ ในทางนิตินัย โดยการใช้วิธีการให้ความเห็นชอบย้อนหลัง การรับรอง การให้สัตยาบันโดยปริยาย ทั้งนี้จะใช้กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ ซึ่งอาจเป็นวิธีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ หรือจากหลักทฤษฎีที่ยอมรับให้ใช้วิธีดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากวิจัยฉบับนี้ศึกษาการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน ทำให้สามารถสรุปได้ดังนี้

1) หลักการให้สัตยาบันไม่ว่าจะเป็นการให้ความเห็นชอบ การรับรอง หรือการให้สัตยาบันโดยปริยาย มีการใช้ในระบบกฎหมายปกครองปรากฏทั้งทฤษฎี บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ แต่การนำหลักการให้สัตยาบันมาใช้ในแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกัน จนอาจไม่ยอมรับเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับเป็นหลักสากล ซึ่งเป็นเพราะระบบกฎหมายปกครองแต่ละประเทศมีพัฒนาการที่แตกต่างกัน เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสจะสร้างหลักเกณฑ์พิเศษเป็นเอกเทศแยกจากกฎหมายเอกชนโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีได้ตีความเคร่งครัด มีทฤษฎีหลายทฤษฎีที่ผ่อนคลายเป็นหลักดังกล่าว เช่น การเยียวยาความบกพร่องของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับตัวบุคคลด้วยการรับรองให้มีผลสมบูรณ์ย้อนหลังได้ตามทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความเป็นจริง ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นการรับรองการกระทำทางปกครองอันเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการ โดยที่ไม่ต้องแสดงเจตนาหรือดำเนินการใดต่อการกระทำนั้น แต่สำหรับระบบกฎหมายเยอรมันกรณีเรื่องเดียวกันรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) ไม่ได้บัญญัติไว้เพราะถือว่าความบกพร่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำถือว่าไม่ครบองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง ความบกพร่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจจะเยียวยาได้ก็เป็นกรณีคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการตามกฎหมายข้าราชการสหพันธ์ที่ตกเป็นโมฆะ ที่กฎหมายข้าราชการสหพันธ์ให้รับรองคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่เป็นโมฆะเพื่อมิให้การกระทำต่างๆ ของข้าราชการดังกล่าวได้รับการกระทบกระเทือนเกี่ยวกับความสมบูรณ์ที่ได้ทำไประหว่างนั้น ส่วนการให้ความเห็นชอบย้อนหลังวิธีหนึ่งของการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธี

พิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) บัญญัติให้ใช้กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีความบกพร่องเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอน โดยเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองยังคงออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเหมือนเดิม เพราะการที่จะบัญญัติไม่อนุญาตให้มีการให้สัตยาบันโดยการให้ความเห็นชอบย้อนหลังก็จะเป็นการเสียเวลาและยุ่งยาก เพราะในที่สุดแล้วไม่มีผลกระทบต่อนโยบายของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด สำหรับการให้สัตยาบันโดยปริยายกรณีใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมในระบบกฎหมายทั้งสองประเทศไม่ปรากฏการยอมรับชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่เห็นว่า การให้สัตยาบันโดยปริยายโดยการรับรองการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการเกี่ยวกับระยะเวลาเป็นการขัดต่อหลักที่ว่ากระทำการทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง และกรณีไม่ใช่เพราะความบกพร่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือความสามารถของเจ้าหน้าที่ซึ่งจะใช้ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความเป็นจริงมาปรับใช้เช่นกัน

2) การให้สัตยาบันนำไปใช้กับการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการ จากการศึกษาปรากฏว่า ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองถือเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายด้วยกัน 3 ระดับ ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องร้ายแรงอย่างเห็นได้ชัดที่ทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ทางกฎหมาย หรือความไม่มีอยู่ในกฎหมายปกครอง ระดับผลของคำสั่งทางปกครองอีกกรณีหนึ่ง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องไม่ร้ายแรง แต่ไม่สามารถยอมรับให้มีผลต่อไปได้หากต้องทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลลงโดยการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และระดับผลของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องไม่ร้ายแรง หากแต่การมีผลต่อไปก็ขัดกับหลักการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายแต่เหตุแห่งความบกพร่องสามารถเยียวยาแก้ไขได้โดยการให้สัตยาบันโดยไม่ต้องดำเนินการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ฉะนั้นการจะเยียวยาคำสั่งทางปกครองโดยหลักการให้สัตยาบันจึงต้องแยกแยะระดับผลของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งระบบกฎหมายแต่ละประเทศอาจไม่สอดคล้องกัน อันเป็นผลมาจากพัฒนาการในระบบกฎหมายปกครองที่แตกต่างกัน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศหนึ่งที่นำการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่มาบัญญัติเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) ที่ได้บัญญัติความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองด้วยเหตุที่จะก่อให้เกิดระดับผลของคำสั่งทางปกครอง และการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องตามบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องดำเนินการด้วยวิธีใดบ้าง ทำให้เกิดความชัดเจนในการใช้อย่างเป็นระบบ เช่น การให้สัตยาบันโดยการให้ความเห็นชอบภายหลังกับคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องเกี่ยวกับรูปแบบ และขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครองอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีความบกพร่องทางเนื้อหาหรือการแก้ไขเยียวยาได้ทำให้เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเปลี่ยนแปลงไป

ทั้งนี้ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวก็แต่เฉพาะเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ นอกจากนี้ ยังมี การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายปกครองเฉพาะ เช่น ในรัฐบัญญัติว่า ด้วยข้าราชการสหพันธ์ที่ให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจได้รับรองคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การศึกษาการเยียวยาแก้ไขความบกพร่องในระบบกฎหมายเยอรมัน จึงทำให้เข้าใจแนวคิดการให้ สัตยาบันว่า ลักษณะคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องเพราะเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายใด ที่สามารถนำมาปรับใช้ได้และด้วยเหตุผลทางกฎหมาย เช่น หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ การที่ บทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอจะทำให้ประชาชนสามารถกำหนดการกระทำของตนได้ สร้างความมั่นใจว่าเมื่อปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติจะได้รับความคุ้มครอง กรณีเมื่อประชาชนได้รับ คำสั่งทางปกครองแล้ว ประชาชนสามารถเชื่อถือและไว้วางใจได้ตามหลักคุ้มครองความสุจริตของ ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ในแง่ของระบบกฎหมายปกครองการนำข้อความคิดหลักความได้สัดส่วนเป็น พื้นฐานของการเลือกใช้มาตรการในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องด้วยเหตุแห่งความ ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างๆ นั้น เป็นเหตุผลสนับสนุนได้เช่นกัน วิธีการเยียวยาความบกพร่องของ คำสั่งทางปกครองใดจะเป็นวิธีการที่เหมาะสม จำเป็นและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนใน ความหมายอย่างแคบ และแนวคิดการให้สัตยาบันเป็นวิธีการเพื่อแก้ไขความบกพร่องของคำสั่งทาง ปกครองที่มีผลกระทบต่อประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งได้รับการเยียวยาทางปกครองอย่าง เหมาะสมแทนที่จะใช้วิธีการยกเลิกเพิกถอนโดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการแต่เพียงอย่าง เดียว ทั้งที่คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องดังกล่าวนั้นยังคงมีเนื้อหาในทำนองเดียวกัน และทำให้ การบริหารราชการแผ่นดินไม่มีอุปสรรคใดๆ ตามหลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ อีกด้วย

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายปกครองเป็นผลผลิตที่ตกผลึกจากสภา แห่งรัฐและนักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับ หากแต่หลักกฎหมายปกครองที่มาจาก คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐซึ่งมีข้อเท็จจริงที่อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันไป การวางหลักกฎหมาย ปกครองหรือให้เหตุผลในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองนั้น จึงมีลักษณะยืดหยุ่นเพื่อให้ สอดคล้องกับการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีการกิจซับซ้อนและมีจำนวนมาก และภารกิจ ที่มีมากขึ้นทำให้การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองก็จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาก ยิ่งขึ้น การแยกคดีพิพาททางปกครองให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม ทำให้ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะนำกฎหมายเอกชนมาใช้และสร้างหลักเกณฑ์เฉพาะ หรือกฎหมายปกครองมาใช้ในคดีทางปกครอง เช่น นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มี ความบกพร่องอย่างร้ายแรงและเห็นได้ชัด จะถือว่าเป็นนิติกรรมที่ไม่มีอยู่จริงโดยไม่ใช้คำว่า “โมฆะ” เช่น ระบบกฎหมายเยอรมัน และหลักความโมฆะกรรมไม่นำมาใช้กับความสามารถของเจ้าหน้าที่ใน ออกคำสั่งทางปกครอง เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ทำให้

ปรากฏต่อสายตาบุคคลภายนอกว่า ได้รับการแต่งตั้งมาโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้ใช้อำนาจภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ แม้ว่าจะขัดกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความจริงที่เป็นทฤษฎีในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสปรากฏในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐก็ยืนยันว่า ข้าราชการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งเท่ากับเป็นการรับรองการแต่งตั้งของเจ้าหน้าที่และผลการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นชอบด้วยกฎหมายหรือทฤษฎีการรักษาการโดยปริยายเพื่อให้ข้าราชการซึ่งยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ทั้งที่พ้นจากตำแหน่งสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ขณะนี้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเองก็เล็งเห็นความสำคัญของการรวบรวมหลักเกณฑ์การพิจารณาทางปกครองรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและฝ่ายปกครอง ค.ศ.2013 (พ.ศ.2556) ตามแนวทางเดียวกับระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน สำหรับกรณีประเทศไทยเมื่อกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทยรับอิทธิพลมาจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีทำให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองไว้ โดยการให้สัตยาบันโดยการให้ความเห็นชอบภายหลัง หรือการรับรองเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เยียวยากรณีนี้ ควรเป็นในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งระดับผลของคำสั่งทางปกครองไม่ร้ายแรงถึงขนาดเป็นโมฆะ และไม่ใช้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศไทยไม่ได้มีบทบัญญัติเหตุแห่งความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายใดที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นต้องใช้วิธียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จึงทำให้เมื่อมีคำสั่งทางปกครองใดที่มีเหตุความบกพร่องจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ก่อให้ระดับผลของคำสั่งทางปกครองแตกต่างกันไป บางครั้งก็เกิดความสับสนในการใช้ เช่น การนำหลักการให้ความเห็นชอบย้อนหลังมาใช้เยียวยาความบกพร่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการ กรณีเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจกระทำการจะมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความเป็นจริง

3) การให้สัตยาบันโดยปริยายกรณีการปรับบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง การปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมักเกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นให้สอดคล้องกับนิติวิธีที่คำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายปกครอง หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นหลัก และก็มีข้อยกเว้นเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักดังกล่าว หากแต่การนำข้อยกเว้นไปใช้นั้น

ก็ไม่ควรจะขยายความจนทำให้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายไม่ได้มีอยู่อย่างแท้จริง เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการในวิจัยฉบับนี้มีได้หมายความว่าถึงเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการเท่านั้น แต่รวมไปถึงความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำเกี่ยวกับเนื้อหา อำนาจกระทำการเกี่ยวกับพื้นที่ และอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลา จากการศึกษาของประเทศไทยวิธีการเยียวยาความบกพร่องจากคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่จะมีบทบัญญัติชัดเจนปรากฏหลักในมาตรา 19 ส่วนการเยียวยาการให้ความเห็นชอบภายหลังซึ่งเป็นการให้สัตยาบันรูปแบบหนึ่งจะนำไปปรับใช้ในรูปแบบ ขั้นตอนการพิจารณาทางปกครอง จึงไม่ใช่การเยียวยาความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ ให้ความความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเนื้อหา พื้นที่อำนาจ และเวลา ไม่ได้บัญญัติวิธีการเยียวยาโดยการให้สัตยาบันไว้ กลับมีความเห็นขององค์กรทางกฎหมายว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ยังมีผลต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 42 การทำให้สิ้นผลต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี มีกรณีนำหลักมาตรา 19 ไปอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยถือเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงบังคับแก่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีเหตุบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเรื่องเวลา เรียกได้ว่าเป็นการให้สัตยาบันโดยปริยาย แม้จะถือเป็นแนวบรรทัดฐานที่ยอมรับหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่สามารถนำมาตรา 19 มาปรับใช้ในลักษณะการให้สัตยาบันโดยปริยายได้โดยใช้เป็นการขยายความข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าการปรับใช้กฎหมายโดยวิธีการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีการในกฎหมายเอกชน แต่ก็สามารถนำมาปรับใช้ เพราะเป็นปัญหาการปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกิดขึ้นได้ทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนหากแต่ที่ผู้วิจัยไม่เห็นด้วย เพราะว่าการนำมาตรา 19 มาปรับใช้โดยอนุโลมเป็นการตีความโดยขยายความมากเกินไปกว่าเนื้อหาสาระและวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายมาตรา 19 นั้นเอง

5.2 ข้อเสนอแนะ

แนวคิดว่า การให้สัตยาบันโดยการรับรองความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครองและระดับผลของคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่เพิกถอนได้ ฉะนั้นผู้วิจัยเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้มีบทบัญญัติเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะไว้อย่างชัดเจน เพื่อความชัดเจนในวิธีการที่จะเยียวยาคำสั่งทางปกครอง กรณีที่คำสั่งทางปกครองมีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ และวิธีการเยียวยาโดยการให้สัตยาบันเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลา

ผู้วิจัยเห็นว่า ควรบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเช่นกัน โดยใช้ทฤษฎีรักษาการโดยปริยายมาบัญญัติเพิ่มเติมไว้ โดยปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมเป็นร่างมาตรา 19/1 ว่า “ในกรณีที่ไม่มีความหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นและมีเหตุจำเป็นให้เจ้าหน้าที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่เป็นการทั่วไปไปพลางก่อน จนกว่าผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจแต่งตั้งจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นหรือสั่งให้พ้นจากตำแหน่งหรือหยุดการปฏิบัติหน้าที่ การพ้นจากวาระการดำรงตำแหน่งหรือหยุดการปฏิบัติหน้าที่เช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่”

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสวางศ์. “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” **วารสารนิติศาสตร์ 1** (กันยายน 2532): 39.
- กฤติ พุกษ์อัครกุล. “หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่: ศึกษากรณีการออกคำสั่งทางปกครอง.” **วิทยานิพนธ์คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2550.
- จักรพันธ์ เชี่ยวพานิช. “ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักความไม่มีส่วนได้เสีย.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 2550.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. **รายงานวิจัยเรื่องปัญหาขอบเขตการควบคุมคำสั่งทางปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลอาญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547.
- ธีระชัย จาตุรนต์สวัสดิ์. **ทฤษฎีบริการสาธารณะในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส: ข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมาย** [Online]. Available URL: http://thaiaixois.online.fr/etc.chai_service1.htm, 2563 (ตุลาคม, 15).
- นิรดา จรูญศักดิ์. “การให้ความเห็นชอบย้อนหลังต่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2556.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- บุปผา อัครพิมาน. “หลักกฎหมายทั่วไป.” **วารสารวิชาการศาลปกครอง 5**, 1 (มกราคม-เมษายน 2548): 17-19.
- บรรเจิด สิงหนาด. **หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/หลักนิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- _____. **ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.
- ปัญญา จันสกุล. “ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศสและไทย.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต**, 2550.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.
- _____. **กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.

- ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์. “การทำคำสั่งทางปกครองของข้าราชการที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งมาโดยมิชอบ (CE, 16 mai 2001, Préfet de police c/Mtimet).” ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ** (2548): 99-101.
- ประพฤษ ชมพู. “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ วิเคราะห์กรณีศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร.” *วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2554.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2* (มิถุนายน 2545): 261.
- พัชมา จิตรมหิมา. **ความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง เปรียบเทียบแนว คำวินิจฉัยของสภากลางรัฐ และหลักความเป็นกลางตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส** [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=345,2563> (เมษายน, 15).
- ภัสวรรณ อุซุงศ์อมร. “ความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง.” *รัฐสภาสาร 66*, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2561): 53.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. **นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- วรนาธิ สิงโต. **การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (Der Vertrauensschutz bei der Aufhebung eines Verwaltungsaktes)** [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/pdfPag.jsp?type=act&actCode=116,2563> (ตุลาคม, 15).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- _____. “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.” *วารสารวิชาการศาลปกครอง 6*, 1 (มกราคม-เมษายน 2549): 569-582.
- _____. **วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- _____. “เอกสารเสนอในงานรำลึก 100 ปีชาตกาล ศาสตราจารย์จิติ ดิงส์กี: การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน 2551.” *คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 30 มีนาคม 2551.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง.**

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์. **คำอธิบายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์. **ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง** [Online]. Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1957,2563> (ตุลาคม, 14).

_____. **ปัญหาความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนร่วมพิจารณาทางปกครองในหลายขั้นตอน** [Online]. Available URL: www.krisdika.go.th, 2560 (กุมภาพันธ์, 25).

_____. **โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง: มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย** [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/data/outsidedata/outside16/file/15Feb60-3.pdf>, 2563 (เมษายน, 9).

_____. **หลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส** [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/data/outsidedata/outside16/file/15Feb60-5.pdf>, 2563 (เมษายน, 9).

_____. **หลักทั่วไปในการดำเนินงานของคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง** [Online]. Available URL: www.krisdika.go.th, 2563 (มีนาคม, 18).

สำนักงานกฎหมายปกครอง. **งานวิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.** หัวข้อ การบริหารงานบุคคล.

_____. **“นิติกรรมทางปกครอง,”** คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554.

เอกสารราชการ. **เรื่อง** เสร็จที่ 636/2549 **บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง** ความชอบด้วยกฎหมายของการประชุม อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาแม่ฮ่องสอน เขต 1 ในคราวประชุมที่ไม่ได้แจ้งนัดประชุมกรรมการครบทุกคน.

ฤทัย หงส์สิริ. **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539.

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2550.

พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551. แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2562.

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 14) พ.ศ.2562.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.118/2551.

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) เรื่องเสร็จที่ 47-48/2556.

German Law Archive. **Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG)** [Online]. Available URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>, 2020 (April, 19).

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code des relations entre le public et l' Administration** [Online]. Available URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution>, 2020 (April, 14).

Sign, MahendraP. **German Administrative Law in Common Law Perspcctive**. 2nd ed. Berlin: Springer-Verlag, 2001.

_____. **Section 44 Invalidity of an administrative act (1) An administrative act shall be invalid where it is very gravely erroneous and this is apparent when all relevant circumstances are duly considered.** [Online]. Available URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>, 2020 (April, 19).