

ความไม่เหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ
ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับการเพิกถอน
คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ

The Inappropriate Application of the
Administrative Procedure Act B.E. 2539 to the
Withdrawal of the Appointment of Civil
Servants

นิติกร ชัยวิเศษ

นิติกรชำนาญการ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน

Nitikorn Chaiwiset

Legal Officer, Professional Level, the Office of the Civil Service Commission

รับ 20 มีนาคม 2562; แก้ไข 25 เมษายน 2562; ตอรับ 27 พฤษภาคม 2562

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีผลบังคับใช้มาเป็นเวลาร่วม 20 ปีแล้ว แต่การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่มาก โดยเฉพาะการบังคับใช้ในพรมแดนของกฎหมายข้าราชการที่เป็นกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่อง ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการนั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและระยะเวลาในการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการไว้แต่อย่างใด จึงต้องนำหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความไม่เหมาะสมกับการนำมาใช้บังคับกับกฎหมายข้าราชการหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องผลกระทบต่อความมั่นคงในตำแหน่ง

หน้าที่ของข้าราชการ และเรื่องเกี่ยวกับจำนวนตำแหน่ง และบริบทการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่มีต้นแบบมาจากประเทศเยอรมนีมาใช้บังคับ โดยไม่ได้สำรวจตรวจสอบว่าในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการได้มีการนำหลักเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่มาใช้บังคับหรือไม่ ในบทความนี้ผู้เขียนจึงมุ่งหมายที่จะแสดงให้เห็นว่ากฎหมายข้าราชการนั้นต้องมีหลักเกณฑ์ วิธีการ และระยะเวลาในการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการแยกเป็นเอกเทศจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

คำสำคัญ: การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ กฎหมายข้าราชการ

Abstract

The Administrative Procedure Act B.E. 2539 has come into force for 20 years, but a number of enforcement problems in practice still remain, especially in the field of civil servant laws, which are a special administrative law. The withdrawal of the appointment of civil servants is not regulated by the Civil Service Act B.E. 2551; therefore, the regulations under the Administrative Procedure Act B.E. 2539 would be applied. However, such regulations are not suitable to be applied to civil servant laws in different aspects, such as the effect on the stability of the civil servant's positions and the number of positions. Besides, the application of the Administrative Procedure Act B.E. 2539, originated in Germany, in Thailand is conducted without considering whether, in the German legal system, the law on administrative procedure is applied to the withdrawal of the appointment of civil servants. In this article, the author points out that the regulations on procedures, and time period regarding the withdrawal of the appointment of civil servants should be imposed separately from the Administrative Procedure Act B.E. 2539.

Keywords: withdrawal of an administrative act, withdrawal of an appointment of civil servants, civil servant law

บทนำ

นับตั้งแต่ที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีผลใช้บังคับประเทศไทยก็นับได้ว่ามีกฎหมายกลางที่ใช้บังคับเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอน และการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพื่อเตรียมการออกคำสั่งทางปกครอง และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง¹ ด้วยผลของมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทำให้พระราชบัญญัตินี้ถือเป็นกฎหมายทั่วไปที่มีผลใช้บังคับในทุกเขตแดนของกฎหมายปกครอง และกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องอย่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และ พ.ศ. 2551 ก็ต้องนำกฎหมายไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไปใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การมีกฎหมายกลางเกี่ยวกับการเตรียมการออกคำสั่งทางปกครองนับเป็นวิวัฒนาการที่ก้าวหน้าไปอีกขั้นของวงการกฎหมายปกครองไทย แต่อย่างไรก็ตาม “ความทั่วไป” หรือ “ความเป็นกฎหมายกลาง” ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ทำให้เกิดปัญหาในกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องที่กฎหมายกลางไม่อาจกำหนดกฎหมายได้้อย่างครบถ้วน เพราะกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องก็มีลักษณะเฉพาะของตนเอง ซึ่งเนื้อหาบางประการโดยธรรมชาติแล้วไม่เหมาะสมที่จะนำหลักทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ ในบทความนี้ผู้เขียนจะศึกษาและอธิบายให้ผู้อ่านเห็นถึงความไม่เหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ การการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทความของผู้เขียนจะเป็นการขยายพรมแดนทางวิชาการให้กับวงการกฎหมายปกครองและกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องอย่างกฎหมายข้าราชการ

1. คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ

การบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการต้องเป็นไปตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 โดยต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรม โดยพิจารณาจากความรู้ความสามารถของบุคคล ไม่เลือกปฏิบัติ และมีความเป็นกลางทางการเมือง ซึ่งการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการ ส่วนราชการจะต้องมีตำแหน่งว่างที่จะบรรจุ ซึ่งตำแหน่งระดับใดจะมีเท่าใดให้เป็นไปตามที่ อ.ก.พ. กระทรวง² กำหนดตามมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 นอกจากจะต้องมีตำแหน่งว่างแล้ว คุณสมบัติของบุคคลที่จะได้รับการบรรจุและแต่งตั้งจะต้องตรงกับคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง (Anforderungsprofil, Job Qualification) ที่ระบุในมาตรฐานกำหนดตำแหน่งที่ ก.พ. ประกาศกำหนดตามมาตรา 48 อีกด้วย ในแง่นี้เราอาจแบ่งเงื่อนไขในการบรรจุและแต่งตั้งได้ 2 รูปแบบคือ เงื่อนไขในทางภววิสัย (Objektive Ernennungs-voraussetzung) คือ ต้องมีตำแหน่งว่าง โดยไม่ต้องพิจารณาว่าบุคคลใดจะมีคุณสมบัติครบถ้วนหรือไม่ และเงื่อนไขในทางอัตวิสัย

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554), น.108.

² คณะอนุกรรมการสามัญประจำกระทรวง

(Subjektive Ernennungsvoraussetzung) คือ คุณสมบัติของบุคคลที่ต้องประเมินจากตัวบุคคลนั้น³ ที่ใช้ประเมินว่าบุคคลนั้นเหมาะสมกับตำแหน่งที่จะแต่งตั้งหรือไม่

การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนี้ เป็นการทำให้หลักความสามารถตามระบบคุณธรรมมีความเป็นรูปธรรมมากขึ้น⁴ โดยจะกำหนดเป็นรูปธรรมว่าตำแหน่งใดต้องการบุคคลที่มีความรู้ความสามารถอย่างไรมาครองตำแหน่งนั้น การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนี้ก็ผูกพันส่วนราชการที่ต้องคัดเลือกบุคคลตามคุณสมบัติที่ได้ประกาศกำหนด⁵ ส่วนราชการไม่สามารถเปลี่ยนแปลง แก้ไขคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งได้ในระหว่างกระบวนการคัดเลือกคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนับเป็นคุณสมบัติขั้นต่ำที่ผู้ที่จะได้รับการบรรจุและแต่งตั้งต้องมี เช่น ผู้ที่จะได้รับการบรรจุและแต่งตั้งในตำแหน่งนิติกร ระดับปฏิบัติการ จะต้องมียุติศาสตร์ในสาขานิติศาสตร์เป็นคุณสมบัติพื้นฐาน และมีความสามารถ ทักษะในการปฏิบัติงานในตำแหน่ง ซึ่งการมียุติศาสตร์จะเป็นเงื่อนไขในทางรูปแบบที่สามารถยืนยันได้โดยชัดแจ้ง ส่วนความสามารถในการปฏิบัติงานเป็นเงื่อนไขในทางเนื้อหาที่ต้องมีการประเมินโดยใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา คุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนี้จึงเป็นสาระสำคัญของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ รวมถึงเป็นตัวกำหนดเส้นทางความก้าวหน้าในอาชีพข้าราชการอีกด้วย เพราะการเลื่อนข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นในสายงานเดียวกันต้องใช้คุณสมบัติสำหรับเฉพาะสำหรับตำแหน่งของตำแหน่งแรกเป็นฐานในการเลื่อนตำแหน่ง เช่น คุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนิติกร ระดับชำนาญการพิเศษ ก็มีการกำหนดว่าผู้ที่จะดำรงตำแหน่งนี้จะต้องมีคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนิติกร ระดับปฏิบัติการด้วย⁶

เมื่อผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งได้ตรวจสอบเงื่อนไขการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการในทางภววิสัย คือ มีตำแหน่งว่าง และตรวจสอบเงื่อนไขการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการในทางอัตวิสัย คือ บุคคลนั้นมีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และเป็นผู้สอบได้หรือได้รับคัดเลือกตามมาตรา 53 หรือ 55 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 รวมทั้งมีคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง ผู้บังคับบัญชาก็สามารถออกคำสั่งแต่งตั้งผู้นั้นให้เป็นข้าราชการได้ โดยคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองในความหมายของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะเป็นการก่อตั้งสิทธิในทางสถานะให้กับบุคคล และสร้างนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการ (Beamtenverhältnis) ขึ้นระหว่างรัฐกับบุคคล โดยเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอมของผู้รับคำสั่งนั้น⁷ แต่ในเรื่องแบบของคำสั่งแต่งตั้ง พระราชบัญญัติ

³ Johannes Remmel, "Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht (Teil 1)", *Recht im Amt*, Vol. 29, 1, p.5. (1982).

⁴ Manfred Wichmann and Karl-Ulrich Langer, *Öffentliches Dienstrecht*, (Stuttgart: W. Kohlhammer, 2017), p.203.

⁵ *Ibid*, p.203; โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ.52/2560.

⁶ ผู้ที่สนใจศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งต่าง ๆ สามารถสืบค้นได้จากเว็บไซต์สำนักงาน ก.พ. ที่ www.ocsc.go.th.

⁷ วรเจตน์ ภาศิริตัน, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.143; Ulrich Battis, *Bundesbeamtengesetz*, (München: C.H. Beck, 2017) § 10, Rn. 1f; *กฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*, กำหนดให้การบรรจุและแต่งตั้งไม่จำเป็นต้องมีการรับฟัง.

ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดไว้ชัดแจ้งว่าคำสั่งแต่งตั้งต้องทำเป็นหนังสือหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 26 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ได้กำหนดไว้ว่าการสั่งราชการโดยปกติให้ทำเป็นหนังสือ ซึ่งอาจถือได้ว่าการกำหนดแบบของคำสั่งแต่งตั้งโดยอ้อมว่าต้องทำเป็นหนังสือ

1.1 คำสั่งแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการจะไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ 4 กรณีคือ กรณีแรกคือบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งมีคุณสมบัติไม่ตรงตามที่คุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งกำหนด⁸ กรณีที่สองคือบุคคลที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งขาดคุณสมบัติทั่วไปหรือมีลักษณะต้องห้าม กรณีที่สามคือการแต่งตั้งนั้นขัดต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เช่น ระบบคุณธรรมในมาตรา 42 หรือ มาตรา 52⁹ หรือเหตุอื่น ๆ¹⁰ และกรณีที่สี่คือกระบวนการพิจารณาคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุและแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹ ซึ่งกฎหมายข้าราชการได้กำหนดวิธีแก้ปัญหามาไว้แตกต่างกัน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

กรณีที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดวิธีแก้ปัญหามาไว้ คือ กรณีที่บุคคลที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งให้เข้ารับราชการเป็นครั้งแรกขาดคุณสมบัติทั่วไปหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง มาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุสั่งให้ผู้นั้นออกจากราชการโดยพลัน แต่หากบุคคลนั้นเป็นข้าราชการอยู่แล้วแต่ขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งแต่ยังมีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้าม มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 สั่งให้ผู้นั้นกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมโดยพลัน เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งข้างต้นเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของกฎหมายอันจะทำให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นไม่ครบถ้วน¹²

กรณีการแต่งตั้งที่ขัดต่อระบบคุณธรรมในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อันได้แก่ ขัดต่อหลักความสามารถ ขัดต่อหลักความเป็นกลางทางการเมือง ขัดต่อหลักความเสมอภาค และกรณีกระบวนการคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุและแต่งตั้งให้บุคคลเข้ารับราชการ

⁸ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง แนวทางการแก้ไขคำสั่งของสำนักงานปลัดกระทรวงพลังงาน ให้ถูกต้องกรณีคำสั่งเลื่อนข้าราชการ เรื่องเสร็จที่ 253/2560.

⁹ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การมีคำสั่งให้บุคคลออกจากราชการ : กรณีบุคคลที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งเข้ารับราชการ โดยส่วนราชการผู้บรรจุไม่ได้ตรวจสอบก่อนว่ายังเป็นผู้มีสิทธิได้รับการบรรจุและแต่งตั้งอยู่หรือไม่ เรื่องเสร็จที่ 606/2557.

¹⁰ เช่น คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ โดยที่ผู้นั้นเป็นข้าราชการของอีกส่วนราชการหนึ่งอยู่ก่อนแล้ว. โปรดดู บันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สถานภาพของข้าราชการ (กรณีบรรจุและแต่งตั้งบุคคลให้เป็นข้าราชการซ้ำซ้อนกันสองแห่ง) เรื่องเสร็จที่ 56/2544.

¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.162/2558, น.14.

¹² โปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2562), น.107.

ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำสั่งแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุอื่น ๆ ซึ่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดวิธีแก้ปัญหาในกรณีนี้ไว้แต่อย่างใด

1.2 การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในเบื้องต้นต้องพิจารณาเสียก่อนว่าคำสั่งแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประเภทใดต้องมีการเพิกถอนบ้าง

1.2.1 กรณีบรรจุและแต่งตั้งผู้ที่ขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งหรือขาดคุณสมบัติทั่วไปหรือมีลักษณะต้องห้ามอยู่ก่อน หรือกรณีมีการต้องหายอยู่ก่อนการแต่งตั้งและภายหลังข้าราชการผู้นั้นขาดคุณสมบัติเนื่องจากกรณีที่ต้องหานั้นภายหลัง

ในกรณีที่บุคคลที่ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งให้เข้ารับราชการเป็นครั้งแรกขาดคุณสมบัติทั่วไปหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งอยู่ก่อนการแต่งตั้ง เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นไม่ครบถ้วน¹³ มาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดให้สั่งให้บุคคลนั้นออกจากราชการ แม้ว่าถ้อยคำในบทบัญญัตินี้จะไม่ได้ใช้คำว่าเพิกถอน แต่การสั่งให้บุคคลออกจากราชการด้วยผลบังคับของกฎหมาย (Entlassung aus zwingenden Gründen) โดยอาศัยเหตุเกี่ยวกับคุณสมบัติของบุคคลที่มีอยู่ก่อนการออกคำสั่งแต่งตั้ง ที่ทำให้คำสั่งแต่งตั้งมีความบกพร่องและไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการทำให้บุคคลนั้นสิ้นสภาพข้าราชการไป อันเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดกฎเกณฑ์เพื่อระงับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการที่ถูกก่อตั้งโดยคำสั่งแต่งตั้ง โดยเข้าแทนที่และลบคำสั่งแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปในขณะเดียวกัน เป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง¹⁴

การสั่งให้ข้าราชการออกจากราชการภายหลังจากที่พบว่าข้าราชการผู้นั้นขาดคุณสมบัติเนื่องจากต้องหามาตั้งแต่ก่อนมีการออกคำสั่งแต่งตั้งตามมาตรา 67 และเป็นภายหลังตกเป็นผู้ขาดคุณสมบัติเนื่องจากเหตุที่ต้องหานั้น ก็เป็นไปตามเหตุผลข้างต้นเช่นเดียวกัน เพราะเป็นเหตุเกี่ยวเนื่องกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ก่อนการออกคำสั่งบรรจุและแต่งตั้ง ที่เป็นปัจจัยที่กำหนดว่าผู้บังคับบัญชามีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งหรือไม่ ซึ่งเป็นคนละกรณีกับการสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ที่เป็นเรื่องการขาดคุณสมบัติทั่วไปหรือมีลักษณะต้องห้ามภายหลังจากที่ได้มีการแต่งตั้งไปแล้ว ซึ่งไม่เกี่ยวเนื่องกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ก่อนการออกคำสั่งแต่งตั้ง ดังนั้นเมื่อคำสั่งให้ข้าราชการออกจากราชการเนื่องจากขาดคุณสมบัติทั่วไป มีลักษณะ

¹³ เปรียบเทียบ เห่งอ้วน, น.107 - 108.

¹⁴ โปรดดู Ferdinand Otto Kopp and Ulrich Ramsauer, *VwVfG. Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, (München: C.H. Beck, 2013), § 48, Rn. 1, 29; Stefen Korte, in Hans Joachim Wolff, Rolf Stober, Otto Bachhof and Windfried Kluth (eds), *Verwaltungsrecht I*, (München: C.H. Beck, 13 Aufl., 2017), § 51, Rn. 1; คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 550/2551, น.17.

ต้องห้าม หรือขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งอยู่ก่อน มีผลเป็นการลบล้างคำสั่งแต่งตั้ง จึงต้องใช้หลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

1.2.2 กรณีการแต่งตั้งข้าราชการที่ขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง หรือการบรรจุและแต่งตั้งบุคคลที่ขัดต่อมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 หรือกระบวนการคัดเลือกไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำสั่งแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุอื่น ๆ

ในกรณีที่บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นข้าราชการอยู่แล้ว และผู้นั้นได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น แต่ปรากฏภายหลังว่าบุคคลนั้นขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งอยู่ก่อนแล้ว แม้ว่ามาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จะกำหนดให้ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 สั่งให้ผู้นั้นกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมก็ตาม แต่โดยเนื้อหาสาระแล้วคำสั่งให้กลับไปดำรงตำแหน่งเดิมก็คือการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งนั่นเอง¹⁵ เพราะอย่างที่ได้กล่าวไปแล้วว่าคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการนั้นจะก่อตั้งสิทธิทางสถานะให้แก่ข้าราชการ ข้าราชการในแต่ละระดับตำแหน่งนั้นมีสิทธิทางสถานะที่ไม่เท่ากัน¹⁶ การเพิ่มหรือลดสิทธิทางสถานะย่อมมีผลกระทบต่อตัวข้าราชการทั้งสิ้น ดังนั้น หากจะสั่งให้ข้าราชการกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมได้จึงจะต้องมีการลบล้างผลบังคับของคำสั่งแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อน¹⁷ หากไม่มีการเพิกถอนแล้วไซ้ ผลของการแต่งตั้งเดิมก็จะคงอยู่¹⁸ และอาจมีผลบังคับผูกพัน (Bestandskraft) ต่อผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุได้¹⁹ แต่การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งในกรณีนี้ มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกระบวนการ ขั้นตอน และระยะเวลาไว้แต่อย่างใด จึงต้องใช้หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2539 ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ก็ใช้กับการแต่งตั้งที่ขัดกับมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 หรือกรณี

¹⁵ แม้จะไม่มีกรกล่าวในคำสั่งให้ข้าราชการกลับไปดำรงตำแหน่งเดิม แต่คำสั่งที่ให้ข้าราชการกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมขัดแย้งกับคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ก็นับเป็นการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโดยปริยาย (Konkludente Aufhebung) ได้เช่นเดียวกัน. โปรดดู Ferdinand Otto Kopp and Ulrich Ramsauer, *supra* note 15, § 48, Rn. 29.

¹⁶ เช่น สิทธิเข้ารับการอบรมเพิ่มพูนความรู้ สิทธิในการสมัครรับทุน สิทธิในการได้รับสวัสดิการ สิทธิการลา.

¹⁷ การสั่งให้ข้าราชการกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมจึงเป็นเพียงผลสืบเนื่องของการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น.

¹⁸ โปรดดู Ulrich Battis, *supra* note 8, § 14, Rn. 2.

¹⁹ เช่น ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งเกินระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่ทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งนั้น โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.550/2551, น.17; บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ : กรณีคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นของกระทรวงมหาดไทย เรื่องเสรีที่ 331/2556; เปรียบเทียบ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้วนแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.237; วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้วนแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.166; โดยปกติแล้วผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองจะถูกกล่าวถึงเฉพาะในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่หากพิจารณาในแง่ของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ก็สามารถกล่าวได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีผลบังคับผูกพันต่อฝ่ายปกครองเอง ที่ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันและปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น เปรียบเทียบ Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (München: C.H. Beck, 2011), § 11, Rn. 6.

กระบวนการคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลให้เข้ารับราชการเป็นครั้งแรกไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก็ได้กำหนดวิธีแก้ปัญหามาไว้เช่นเดียวกัน

กล่าวโดยสรุป ไม่ว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเกิดจากการบรรจุและแต่งตั้งบุคคลที่ขาดคุณสมบัติทั่วไปหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งให้เข้ารับราชการ ที่ต้องมีการสั่งให้ออกจากราชการ หรือการแต่งตั้งข้าราชการที่ขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ที่ต้องมีการสั่งให้กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม หรือเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเกิดจากเหตุอื่นที่ต้องมีการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้ง ก็เป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น และต้องใช้หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

1.2.3 การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโดยผู้บังคับบัญชาเป็นการลบล้างหรือเปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งโดยเจ้าหน้าที่นอกกระบวนการยุติธรรม²⁰ และโดยที่คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์²¹ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในมาตรา 49 มาตรา 50 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมาตรา 49 วรรคสองกำหนดระยะเวลาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ไว้เก้าสิบวัน เว้นแต่คำสั่งทางปกครองจะได้ทำขึ้นเพราะการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือการข่มขู่หรือการชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 50 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ก็ได้ ส่วนมาตรา 52 กำหนดหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ที่มีใช้การให้เงินทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดอันอาจแบ่งแยกได้²²

²⁰ เปรียบเทียบ Ferdinand Otto Kopp and Ulrich Ramsauer, *supra note* 15, § 48, Rn. 25.

²¹ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ : กรณีคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นของกระทรวงมหาดไทย เรื่องเสร็จที่ 331/2556; ศุภวัฒน์ สิงห์สูงศักดิ์, “ระยะเวลาการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์,” (เมษายน 2556) สืบค้นเมื่อ 8 พฤษภาคม 2562, จาก <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=194>, น.3.

²² คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการแม้ว่าจะมีผลทำให้ข้าราชการได้รับเงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่ง แต่ก็มีใช้ผลโดยตรงของคำสั่งแต่งตั้ง เพราะคำสั่งแต่งตั้งมุ่งหมายก่อดังสถานะในตำแหน่งให้แก่ข้าราชการ แต่การได้เงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่งเป็นเพียงผลทางกฎหมายที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับบุคคลที่มีสถานะในตำแหน่งแล้วเท่านั้น โปรดดู บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดกรณีการเพิกถอนประกาศแต่งตั้งคณะเทศมนตรี เรื่องเสร็จที่ 524/2551; บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การเรียกคืนเงินเดือนหรือผลประโยชน์อื่นใดของข้าราชการพลเรือนกรณีศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้มีผลย้อนหลัง เรื่องเสร็จที่ 685/2551.

การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการในกรณีที่ข้าราชการผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งขาดคุณสมบัติทั่วไปหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง หรือคำสั่งนั้นขัดต่อระบบคุณธรรมในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 หรือคำสั่งนั้นออกมาโดยกระบวนการขั้นตอนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุจะต้องดำเนินการเพิกถอนภายในระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่ทราบว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ระยะเวลานี้จะเริ่มนับเมื่อเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งแต่งตั้งได้ทราบว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และได้ทราบข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการเพิกถอนคำสั่งครบถ้วน²³ และในการใช้ดุลพินิจเพื่อเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้ง มาตรา 52 ก็ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตในความชอบอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้ได้รับแต่งตั้ง และต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความเชื่อโดยสุจริตของผู้นั้นกับประโยชน์สาธารณะ หากชั่งน้ำหนักแล้วประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักมากกว่าเจ้าหน้าที่ก็สามารถเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งได้ แต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น

2. ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับกับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ

2.1 ปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงในตำแหน่งของข้าราชการ

การบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเพื่อให้เข้ารับราชการอันเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย ข้าราชการเป็นจุดเริ่มต้นเส้นทางความก้าวหน้าในอาชีพข้าราชการ คำสั่งบรรจุและแต่งตั้งในครั้งแรกนี้จะเป็นตัวกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างส่วนราชการกับข้าราชการ กำหนดประเภทและระดับตำแหน่ง สิทธิประโยชน์ สวัสดิการต่าง ๆ²⁴ ส่วนการเลื่อนตำแหน่งก็เป็นเส้นทางความก้าวหน้าในอาชีพของข้าราชการ และยังเป็นเครื่องมือของผู้บังคับบัญชาในการพัฒนาบุคลากร นอกจากนี้โอกาสในการเลื่อนตำแหน่งยังทำให้ข้าราชการพัฒนาประสิทธิภาพการทำงานของตนเพื่อให้ได้เลื่อนตำแหน่งอีกด้วย²⁵ โดยข้าราชการจะได้รับการเลื่อนเงินเดือนและตำแหน่งตามผลการปฏิบัติราชการและระยะเวลาการปฏิบัติงาน การเพิกถอนคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งหรือคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นจึงกระทบกับสิทธิของข้าราชการอย่างรุนแรง เช่น หากมีการเพิกถอนคำสั่งบรรจุและแต่งตั้ง

²³ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.258; วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.166; ศุภวัฒน์ สิงห์สูงศักดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.10; เปรียบเทียบ Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (München: C.H. Beck, 2016), Rn. 713.

²⁴ Manfred Wichmann and Karl-Ulrich Langer, *supra note 4*, p.138.

²⁵ Ulrich Battis, *supra note 8*, § 22, Rn. 4; Carl Hermann Ule, *Öffentlicher Dienst*, in Karl August Bettermann, Franz Leopold Neumann, and Hans Carl Nipperdey (eds), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte IV/II*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1962), p.581.

บุคคลให้เข้ารับราชการครั้งแรก บุคคลนั้นก็จะกลายเป็นผู้ว่างงานไปทันที หรือหากมีการเพิกถอนการแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ข้าราชการผู้นั้นก็ต้องกลับมาดำรงตำแหน่งเดิมที่เคยครองอยู่ก่อนได้รับการแต่งตั้ง ซึ่งกว่าที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งจะทราบว่าคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะด้วยเหตุขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งก็ดี หรือขัดตบัพัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก็ดี หรือกระบวนการคัดเลือกไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ดี เวลาอาจล่วงเลยไปนานมากจนบุคคลหรือข้าราชการผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นอาจจะถูกแต่งตั้งหรือโยกย้ายไปดำรงตำแหน่งอื่นในระดับที่สูงขึ้นไปอีกเสียแล้ว ซึ่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ได้มีการกำหนดเหตุที่จะเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งไว้ว่ากรณีใดที่จะเพิกถอนได้หรือไม่ได้ และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในฐานะที่เป็นกฎหมายกลางไม่อาจกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายประเภทใด หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประเภทใดจะเพิกถอนไม่ได้ กล่าวคือ ไม่ว่าคำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุใดก็ตาม เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะร้ายแรงหรือไม่²⁶ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็สามารถใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาเพิกถอนได้ทั้งสิ้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะอาชีวข้าราชการที่การแต่งตั้งครั้งแรกจะเป็นฐานของความก้าวหน้าในอาชีพในการแต่งตั้งครั้งต่อ ๆ ไป²⁷ อีกทั้งดุลพินิจในการคัดเลือกข้าราชการในส่วนที่เกี่ยวกับการประเมินความสามารถและความเหมาะสมในตำแหน่งเป็นดุลพินิจประเภทดุลพินิจวินิจฉัยที่องค์กรตุลาการสามารถเข้ามาควบคุมได้อย่างจำกัด²⁸ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งเพียงเล็กน้อยไม่ควรเป็นเหตุให้ข้าราชการต้องถอยกลับมาดำรงตำแหน่งเดิมที่เคยครองอยู่ และยิ่งระยะเวลาผ่านไปนานเท่าใดผลกระทบของการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งก็ยิ่งรุนแรงขึ้นเท่านั้น²⁹ ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งจึงต้องนำระยะเวลาตั้งแต่ที่คำสั่ง

²⁶ ในประเทศเยอรมนีมีการกำหนดไว้ในมาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ว่า คำสั่งทางปกครองใดที่ไม่เป็นโมฆะ ไม่อาจถูกเรียกร้องให้เพิกถอนได้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการหรือแบบหรือเขตอำนาจทางพื้นที่ (Verfahrens- und Formfehler) เมื่อเห็นได้ชัดแจ้งว่าการฝ่าฝืนนั้นไม่กระทบต่อคำสั่งทางปกครองในเนื้อหา ซึ่งบทบัญญัติลักษณะนี้ไม่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

²⁷ เปรียบเทียบ “บันทึกประวัติการร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พุทธศักราช 2471,” ใน สำนักงาน ก.พ., พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว กับ ระบบราชการพลเรือน, (กรุงเทพฯ: บริษัทประชาชน จำกัด, 2536), น.5.

²⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.86-87; เช่น กรณีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.268/2559. เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการรายหนึ่งโดยให้มีผลย้อนหลัง ศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาว่าในการคัดเลือกมีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ แต่ภายหลังจากการได้มีการคัดเลือกใหม่ผลปรากฏว่าบุคคลที่ได้รับคัดเลือกก็คือบุคคลที่ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งนั่นเอง ดังปรากฏตามรายงานการประชุม อ.ก.พ. วิสามัญเกี่ยวกับกฎหมายและระเบียบข้าราชการ ในการประชุมครั้งที่ 1/2562 วันจันทร์ที่ 28 มกราคม 2562.

²⁹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงศ์, “หลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” (สิงหาคม 2559) สืบค้นเมื่อ 8 พฤษภาคม 2562, จาก www.krisdika.go.th, น.30. เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.89/2549 ที่ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร แม้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจะได้ไปดำรงตำแหน่งอื่นในระดับที่สูงขึ้นแล้ว ส่วนราชการยังมีหน้าที่เพิกถอนคำสั่งที่แต่งตั้งให้ข้าราชการรายนั้นดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นต่อ ๆ ไปด้วย เพราะคำสั่งแต่งตั้งต่อ ๆ มาที่ใช้คำสั่งแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นฐาน. โปรดดู ประพักษ์ ชมภู, “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ: วิเคราะห์กรณีศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.233.

แต่ตั้งนั้นมีผลบังคับจนถึงวันที่ทราบว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายมาพิจารณาเมื่อต้องใช้ดุลพินิจว่าจะเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งหรือไม่ด้วย³⁰

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ผู้ที่มีอำนาจในการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็ได้เคยมีความเห็นเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการไว้หลายครั้ง แต่ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองยังไม่เป็นที่ยุติว่ากรณีใดบ้างที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งสามารถเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการได้ และความเห็นบางความเห็นก็ยังขัดแย้งกับความเห็นที่เคยมีมาก่อนอีกด้วย

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 331/2556

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้นำระยะเวลาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ตามมาตรา 49 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาเป็นเกณฑ์ในการชี้ว่าคำสั่งเลื่อนข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นไม่อาจถูกเพิกถอนได้หากพ้นระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นได้ทราบเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเลื่อนข้าราชการนั้น ซึ่งสอดคล้องกับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.550/2551

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 606/2557

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นว่า การบรรจุและแต่งตั้งบุคคลให้เข้ารับราชการโดยใช้รายชื่อจากบัญชีที่ถูกยกเลิกไปแล้ว (ซึ่งขัดต่อมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551) เป็นความผิดพลาดของส่วนราชการผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้งที่ไม่ประสานงานกับส่วนราชการเจ้าของบัญชีก่อน ไม่อาจนำมาใช้พิจารณาเป็นผลร้ายแก่ผู้ได้รับการบรรจุและแต่งตั้งได้ ส่วนราชการผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้งจึงไม่อาจเพิกถอนคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการรายนี้ได้ แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมิได้กล่าวถึงระยะเวลาในการเพิกถอนคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งแต่อย่างใด

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1034/2559

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นว่า เมื่อไม่ปรากฏว่าข้าราชการที่ได้รับเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือการข่มขู่หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย หรือได้ให้ข้อความที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ เพื่อให้ได้รับคำสั่ง หรือได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งในขณะที่ได้รับคำสั่ง หรือการไม่รู้เป็นไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแล้ว ข้าราชการผู้ได้รับคำสั่งย่อมอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และข้าราชการที่ได้รับเลื่อนขึ้นดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นมีความเจริญก้าวหน้าในตำแหน่งหน้าที่ราชการมาเป็นลำดับ การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งจะกระทบต่อความมั่นคงแห่งสิทธิและความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง กรมสอบสวนคดีพิเศษจึงไม่อาจเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวได้

³⁰ เปรียบเทียบ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.168.

บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 253/2560

ในครั้งนี้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกลับมีความเห็นว่า “...ข้าราชการทั้ง 8 รายยังมีคุณสมบัติเรื่องระยะเวลาการดำรงตำแหน่งไม่ครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนด ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งถือเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น ด้วยเหตุนี้ คำสั่งสำนักงานปลัดกระทรวงพลังงานทั้ง 6 คำสั่ง จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปลัดกระทรวงพลังงานชอบที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ตามมาตรา 49 วรรคหนึ่ง มาตรา 50 และมาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แม้จะล่วงพ้นระยะเวลาเก้าสิบวันตามมาตรา 49 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้วก็ตาม เพราะระยะเวลาดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้กับการแต่งตั้งข้าราชการในกรณีนี้ได้ เนื่องจากเป็นกรณีของการนับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งอันเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นซึ่งยังเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องพิจารณาให้ได้ข้อยุติ”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าความเห็นแรกนั้นขัดแย้งกับความเห็นครั้งสุดท้ายอย่างชัดเจน ความเห็นแรกได้กล่าวอย่างชัดเจนว่าระยะเวลาตามมาตรา 49 นำมาใช้บังคับกับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ แต่ความเห็นครั้งสุดท้ายกลับปฏิเสธการใช้บังคับ ซึ่งความเห็นครั้งสุดท้ายนี้เป็นปัญหามากในการให้เหตุผล เพราะมาตรา 49 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลาการเพิกถอนไว้เพียง 4 กรณี คือ การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือการข่มขู่หรือการชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย สาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครองก็ดี หรือการนับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งก็ดี มิใช่ข้อยกเว้นในเรื่องดังกล่าวเลย การที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นว่าระยะเวลาดังกล่าวไม่นำมาใช้บังคับเป็นการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายโดยปราศจากฐานทางกฎหมาย อีกทั้ง การนับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริง มิใช่ปัญหาข้อกฎหมาย เพราะต้องมีการคำนวณระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของบุคคลในทางความเป็นจริง และแม้ว่าความเห็นครั้งสุดท้ายจะมีการอ้างถึงความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่ก็ได้มีความเห็นว่าปลัดกระทรวงพลังงานสามารถเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งได้ก็ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าเหตุใดคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงไม่ให้เหตุผลเช่นเดียวกับเรื่องเสร็จที่ 1034/2559 ที่ให้เหตุผลเกี่ยวกับความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงาน ความมั่นคงแห่งสัทธิ และความเชื่อถือและไว้วางใจ ซึ่งความไม่แน่นอนของความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองย่อมทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่ากรณีใดบ้างที่ส่วนราชการสามารถเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการได้ และกรณีใดบ้างที่สามารถเพิกถอนได้

2.2 ปัญหาเกี่ยวกับตำแหน่ง

การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการนั้นไม่เหมือนกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยปกติทั่วไปที่มีผลเป็นการระงับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองลงโดยสิ้นเชิง โดยไม่ต้องมีการดำเนินการใด ๆ ในนิติสัมพันธ์นั้นอีก เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่มีผลทำให้ผู้ก่อสร้างอาคารไม่มีสิทธิ

ก่อสร้างอาคารอีกต่อไป หรือการเพิกถอนใบประกอบวิชาชีพต่าง ๆ ที่ทำให้ผู้นั้นไม่สามารถประกอบวิชาชีพนั้นได้อีกต่อไป แต่การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นไม่ได้มีลักษณะเช่นเดียวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองข้างต้น เพราะการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งไม่ได้มีผลเป็นการระงับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายข้าราชการที่เกิดจากการแต่งตั้งในครั้งแรกแต่อย่างใด³¹ ผู้ที่ถูกเพิกถอนการแต่งตั้งจึงยังคงมีสถานะเป็นข้าราชการอยู่เช่นเดิม จึงต้องมีการจัดสรรตำแหน่งและแต่งตั้งให้ข้าราชการผู้นั้นปฏิบัติภารกิจ ซึ่งตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าเงื่อนไขการแต่งตั้งข้าราชการในทางทวิสัยคือการมีตำแหน่งว่าง ปัญหาในกรณีนี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการโดยให้มียกย่องหลัง ก็จะทำให้ข้าราชการผู้นั้นไม่เคยได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นเลย จึงต้องกลับไปดำรงตำแหน่งเดิม แต่ตำแหน่งที่ผู้ได้รับแต่งตั้งจะต้องกลับมาดำรงตำแหน่งเป็นตำแหน่งที่มีจำกัด เช่น ตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษ เชี่ยวชาญ ทรงคุณวุฒิ ผู้อำนวยการ รองอธิบดี หรืออธิบดี³² และตำแหน่งนั้นได้มีผู้อื่นมาครองต่อจากผู้นั้นแล้วตามลำดับ ทำให้ไม่มีตำแหน่งว่างให้ผู้ที่ถูกเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งอีกต่อไป ในกรณีนี้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนได้กำหนดแนวทางแก้ไขตามหนังสือเวียนสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1008/ว 19 ลงวันที่ 19 สิงหาคม 2558 เรื่อง การดำเนินการกรณี ก.พ.ค. มีคำวินิจฉัย หรือ ก.พ. หรือ อ.ก.พ. กระทรวง มีมติให้ยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ หรือเพิกถอนคำสั่งลงโทษปลดออก/ไล่ออกจากราชการไว้ โดยในกรณีที่ไม่มีตำแหน่งเดิมว่างจะต้องแต่งตั้งผู้นั้นให้ไปดำรงตำแหน่งประเภทและในระดับเดียวกันที่ผู้นั้นมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง แต่หากไม่มีตำแหน่งดังกล่าว ก็ให้กำหนดตำแหน่งเฉพาะเพิ่มขึ้นมาสำหรับผู้นั้นโดยเฉพาะ หรือที่เรียกกันว่าตำแหน่ง (ฉ) และถ้าตำแหน่ง (ฉ) นี้เป็นตำแหน่งประเภทวิชาการระดับชำนาญการขึ้นไป ผู้ดำรงตำแหน่งไม่มีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่ง แต่ถ้าตำแหน่งเดิมเป็นตำแหน่งประเภทบริหารจะต้องให้คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนพิจารณาเป็นรายกรณี

การกำหนดแนวทางของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนข้างต้นเป็นเพียงวิธีการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุใช้แก้ปัญหาได้เฉพาะกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งจำนวนน้อย ซึ่งผู้เขียนขอยกปัญหาที่แนวทางตามหนังสือเวียนนี้ไม่สามารถแก้ปัญหาได้ ดังนี้ เดิม นาย ก. ดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษ ต่อมาได้รับคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งระดับเชี่ยวชาญ และภายหลังคำสั่งแต่งตั้งนาย ก. ให้ดำรงตำแหน่งเชี่ยวชาญถูกเพิกถอนโดยให้มียกย่องหลัง นาย ก. ก็ต้องกลับไปดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษเช่นเดิม กรณีดังกล่าวสามารถแยกประเด็นพิจารณาได้ดังนี้

กรณีตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษเดิมยังว่างอยู่ การที่นาย ก. กลับไปดำรงตำแหน่งเดิมก็มีใช้ว่าจะไม่กระทบกระเทือนผู้ใดเลย การที่นาย ก. กลับไปดำรงตำแหน่งเดิมก็ย่อมกระทบต่อเส้นทางความก้าวหน้าในอาชีพของข้าราชการผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษคนต่อไป ทำให้ผู้นั้นต้องรอไปจนกว่านาย ก. จะพ้นจากตำแหน่งนั้นไปอีกครั้ง

³¹ Hans W. Scheerbarth, Heinz Höffken, Hans J. Bauschke and Lutz Schmidt, *Beamtenrecht*, (Siegburg: Reckinger, 1992), p.317.

³² ตำแหน่งอธิบดี รองอธิบดี เป็นตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการ รองหัวหน้าส่วนราชการระดับกรม มีได้ส่วนราชการละ 1 ตำแหน่ง สำหรับรองอธิบดี ไม่เกิน 4 ตำแหน่ง โดยขึ้นอยู่กับขอบเขตของงาน ตามหลักเกณฑ์การกำหนดตำแหน่งประเภทบริหารตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1008/ว 17 ลงวันที่ 2 กรกฎาคม 2552 เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการกำหนดตำแหน่ง.

กรณีที่ตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษเดิมไม่ว่างแล้ว แต่มีตำแหน่งประเภทวิชาการ ระดับชำนาญการพิเศษ แต่เป็นตำแหน่งในสายงานอื่นที่อาจไม่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษเดิมเลยแม้แต่น้อย เช่น เดิมเป็นนิติกรชำนาญการพิเศษ แต่ภายหลังตำแหน่งเดิมไม่ว่าง จึงถูกแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักทรัพยากรบุคคลชำนาญการพิเศษ ซึ่งเป็นตำแหน่งประเภทและระดับเดียวกัน คือ วิชาการ ระดับชำนาญการพิเศษแต่ไม่ต้องตรงกับสายงานเดิมและไม่ต้องตรงความรู้ความสามารถของข้าราชการ ไม่สอดคล้องกับหลักการบรรจุและแต่งตั้งบุคคลในสายงานโดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถที่บุคคลมี (Das Laufbahnprinzip)³³ และไม่สอดคล้องกับหลักความสามารถในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อีกด้วย เพราะผู้ที่ดำรงตำแหน่งนิติกรย่อมไม่มีความเชี่ยวชาญในการปฏิบัติงานด้านการบริหารงานบุคคลเท่ากับข้าราชการที่เติบโตมาจากสายงานนี้โดยตรง นอกจากนี้ข้าราชการผู้ถูกแต่งตั้งอาจเสียสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ในกรณีที่ตำแหน่งเดิมมีเงินเพิ่มอีกด้วย³⁴ และในกรณีของการกำหนดตำแหน่ง (ฉ) ข้าราชการผู้ถูกแต่งตั้งก็เสียสิทธิในการได้รับเงินประจำตำแหน่งไปด้วยอีกประการหนึ่ง³⁵

ปัญหาข้างต้นจะทวีความรุนแรงขึ้นไปอีกเมื่อการเลื่อนตำแหน่งในครั้งนั้นเป็นการเลื่อนตำแหน่งข้าราชการหลายรายพร้อมกัน และเข้าแทนที่ตำแหน่งกันโดยไม่ให้มีตำแหน่งว่างเพื่อความสืบเนื่องในการดำรงตำแหน่งและการปฏิบัติภารกิจ เช่น ข้าราชการระดับชำนาญการพิเศษ 50 รายได้รับการเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งระดับเชี่ยวชาญ และข้าราชการระดับชำนาญการ 50 รายได้รับการเลื่อนให้ดำรงตำแหน่งระดับชำนาญการพิเศษแทนที่ข้าราชการ 50 รายแรก และมีการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการใหม่ 50 รายแทนที่ข้าราชการระดับชำนาญการดังกล่าว ซึ่งหากการเลื่อนข้าราชการ 50 รายให้ดำรงตำแหน่งระดับเชี่ยวชาญถูกเพิกถอนทั้งหมดด้วยเหตุว่ากระบวนการคัดเลือกหรือการใช้อดุลินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะทำให้ไม่มีตำแหน่งว่างให้ข้าราชการทั้ง 50 รายกลับมาดำรงตำแหน่งเลย และการกำหนดตำแหน่ง (ฉ) ก็กระทบภาระงบประมาณอย่างมาก กรณีนี้จะเห็นได้ว่าการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งในกระบวนการแต่งตั้งข้าราชการหลายรายนั้นกระทบต่อสายโซ่การเลื่อนตำแหน่ง (Beförderungskette) และมาตรการในการบริหารงานบุคคลอย่างเป็นลูกโซ่ (Kettenreaktion)³⁶

ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโดยให้มีผลย้อนหลังอาจมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโดยให้มีผลย้อนหลังจะมีผลเท่ากับผู้ที่ได้รับแต่งตั้งไม่เคยได้รับการแต่งตั้งในตำแหน่งนั้นมาก่อน และต้องถือว่าอยู่ในตำแหน่งเดิมมาโดยตลอด ในจุดเวลาที่มีการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งก็จะเท่ากับผู้ที่ถูกเพิกถอนกับผู้ที่มาดำรงตำแหน่งเดิมของผู้ที่ถูกเพิกถอน

³³ โปรดดู Manfred Wichmann and Karl-Ulrich Langer, *supra* note 4, p.252.

³⁴ เช่น ตำแหน่งนิติกรเป็นตำแหน่งที่มีเงินเพิ่มตามข้อ 17 ของประกาศ ก.พ. เรื่องกำหนดตำแหน่งและเงินเพิ่มสำหรับตำแหน่งที่มีเหตุพิเศษของข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2552, ข้อ 17.

³⁵ การเสียสิทธิในการได้รับเงินประจำตำแหน่งเป็นไปตามข้อ 7 ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร 1008/ว 19, ข้อ 7 ลงวันที่ 19 สิงหาคม 2558.

³⁶ Helmut Lecheler, "Die Konkurrentenklage - abgelehnt aus Angst vor Folgen ?," *Die Öffentliche Verwaltung*, Vol. 36, 953, p.956 (1983); Siegmund-Schultze, "Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht aus der Sicht der Verwaltungspraxis," *Verwaltungsarchiv*, Vol. 73, 137, p.148 (1982).

คำสั่งแต่งตั้งดำรงตำแหน่งเดียวกันพร้อมกัน³⁷ ประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่งคือ ในกรณีที่ผู้มาดำรงตำแหน่งต่อจากผู้ที่ได้รับแต่งตั้งแล้วมีการเพิกถอนการแต่งตั้งของผู้ที่ได้รับแต่งตั้ง คำสั่งแต่งตั้งผู้ที่มาดำรงตำแหน่งต่อจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยหรือไม่ เพราะอาจถือว่าเป็นกรณีการแต่งตั้งข้าราชการโดยที่ตำแหน่งไม่ว่าง เพราะผลย้อนหลังของการเพิกถอนมีผลเท่ากับผู้ที่ได้รับแต่งตั้งไม่เคยพ้นจากตำแหน่งเดิมไป

2.3 การนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้กับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการโดยขาดการพิจารณาบริบทของระบบกฎหมาย

การร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ได้รับอิทธิพลมาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Verwaltungs-verfahrensgesetz)³⁸ ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน ความเป็นโมฆะของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ (Nichtigkeit der Ernennung) และการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการ (Rücknahme der Ernennung) ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 13 และมาตรา 14 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์ (Bundesbeamtengesetz) มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1953 แล้ว³⁹ และเมื่อสืบค้นย้อนกลับไปที่พบว่ามีการบัญญัติเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งแต่งตั้งไว้ ในมาตรา 32 แห่งรัฐบัญญัติข้าราชการเยอรมัน (Deutsches Beamtengesetz) ค.ศ. 1937⁴⁰ และรัฐบัญญัติข้าราชการเยอรมัน ค.ศ. 1950 แล้วอีกด้วย⁴¹ ดังนั้น ในระบบกฎหมายเยอรมันการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการจึงข้อความคิดที่มีมาก่อนที่จะมีการบัญญัติรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ค.ศ. 1976 เสียอีก ดังนั้น การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งในระบบกฎหมายเยอรมันจึงไม่จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่มาใช้บังคับ เพราะในรัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์รัฐได้บัญญัติเหตุแห่งการเพิกถอนและระยะเวลาไว้ครบถ้วน (abschließende Regelung)⁴² ซึ่งหลักเกณฑ์การเพิกถอนการแต่งตั้งข้าราชการของเยอรมนีนั้นมีความ

³⁷ โปรดดู Michael Dawin, "Aufhebung der Ernennung eines Beamten bei Vereitelung oder Missachtung eines gerichtlichen Ernennungsverbots," in Breuer, Marten (ed), *Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2013), pp.399, 404.

³⁸ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 1*, น.107.

³⁹ *Bundesgesetzblatt [Federal Gazette] 1953*, p.551.

⁴⁰ Bern Joachim Fehn and Wolfgang Opfergelt, "Rechtsschutz des abgewiesenen Bewerbers im Beamtenrecht", *Juristische Ausbildung* pp.639, 643 (1985).

⁴¹ *Bundesgesetzblatt [Federal Gazette] 1950*, p.279.

⁴² Phillip Kunig, "Das Recht des öffentlichen Dienstes", in Friedrich Schoch (ed), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6. Kapitel, 15. Aufl., (Berlin: De Gruyter Studium, 2013), Rn. 96, 100; Wolf-Rüdiger Schenke, "Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht," in Jürgen Damrau (ed), *Festschrift für Otto Mühl zum 70. Geburtstag*, (Stuttgart: W. Kohlhammer, 1981), pp.571, 581; Hans W. Scheerbarth, Heinz Höffken, Hans J. Bauschke and Lutz Schmidt, *supra note 31*, p.108.

เคร่งครัดกว่าของไทยมากทั้งในเรื่องเหตุแห่งการเพิกถอนและระยะเวลา ผู้บังคับบัญชาไม่อาจนำเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเล็กน้อยมาเพิกถอนการแต่งตั้งข้าราชการได้เลย อีกทั้งศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธรัฐก็ยังได้พัฒนาหลักความมั่นคงของตำแหน่ง (Grundsatz der Ämterstabilität) ขึ้นมาเสริมความมั่นคงในตำแหน่งของข้าราชการด้วยอีกโสดหนึ่ง⁴³ แต่เมื่อมีการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ดี หรือเมื่อมีการร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก็ดี ไม่มีผู้ใดสังเกตเห็นความไม่สอดคล้องต้องกันระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับในเชิงบริบทการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการโดยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดวิธีการแก้ปัญหาไว้ในกรณีที่มีการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้เพียง 2 มาตรา คือ มาตรา 66 และ 67 ซึ่งไม่ครอบคลุมความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการแต่งตั้งทั้งหมด และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการไว้แต่อย่างใด ทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งเชิงระบบของกฎหมายทั้งสองฉบับ

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่อยู่ในพรมแดนของกฎหมายข้าราชการที่เป็นกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่อง ซึ่งมีเงื่อนไขในการออกคำสั่งคือต้องมีตำแหน่งว่าง และบุคคลที่ได้รับบรรจุและแต่งตั้งจะต้องมีคุณสมบัติทั่วไปและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และต้องมีคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งที่ ก.พ. กำหนดตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อีกด้วย แต่คำสั่งบรรจุและแต่งตั้งอาจมีความบกพร่องจนทำให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น บุคคลที่ได้รับบรรจุและแต่งตั้งเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ มีลักษณะต้องห้าม หรือขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง หรือคำสั่งนั้นมีความบกพร่องเนื่องจากขัดต่อระบบคุณธรรมในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 หรือกระบวนการเตรียมการออกคำสั่งนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือด้วยเหตุการณ์ใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเหล่านี้อาจนำไปสู่การเพิกถอนคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งได้ ซึ่งมาตรา 66 และมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เพียงแต่การสั่งให้ออกจากราชการ กรณีบุคคลที่ได้รับบรรจุและแต่งตั้งได้รับการบรรจุและแต่งตั้งเป็นข้าราชการครั้งแรก และการสั่งให้กลับไปดำรงตำแหน่งเดิม กรณีบุคคลนั้นเป็นข้าราชการอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งการดำเนินการเหล่านี้เป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น แต่มาตรา 66 และมาตรา 67 ดังกล่าวก็มิได้กำหนดขั้นตอน

⁴³ โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ BVerwG Urteil vom 07.12.1965 - II C 226.62, JurionRS 1965, 15376, Rn. 7, 17; BVerwG Urteil vom 14.06.1966 - II C 89.64, JurionRS 1966, 14024, Rn. 26; BVerwG Beschluss vom 24.07.1984 - 2 B 7783, BeckRS 1984, 31254580; BVerwG Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1986, p.374; Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1989, p.158; BVerwG Urteil vom 09.03.1989 - 2 C 4.87, BeckRS 2009, 37263; BVerwG Beschluss vom 30.06.1993 - 2 B 64.93, JurionRS 1993, 19761, Rn. 6 = BVerwG BeckRS 1993, 31228903; BVerwG Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, p.358, 360; 2015, p.1066.

ระยะเวลาในการดำเนินการไว้ จึงต้องนำหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในฐานะกฎหมายกลางมาใช้บังคับ ซึ่งเมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับก็ทำให้เกิดปัญหาหลายประการเนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่มีบทบัญญัติรองรับความเฉพาะของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ว่าจะเป็นความมั่นคงในตำแหน่งและความก้าวหน้าในอาชีพของข้าราชการ และระบบการกำหนดตำแหน่งในกฎหมายข้าราชการ รวมถึงการนำกฎหมายที่มีต้นแบบมาจากต่างประเทศมาใช้บังคับโดยไม่พิจารณาบริบทการใช้บังคับของต่างประเทศด้วย การนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ไม่มีบทบัญญัติรองรับความเฉพาะของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาใช้กับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการจึงไม่เหมาะสมด้วยประการทั้งปวง

สืบเนื่องจากความไม่เหมาะสมดังกล่าวที่ผู้เขียนได้อธิบายไปข้างต้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้ การเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการไม่ควรเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง⁴⁴ เพราะจะทำให้เกิดผลกระทบต่อข้าราชการที่ถูกเพิกถอนการแต่งตั้งอย่างมาก และปัญหาจะทวีความรุนแรงขึ้นไปอีกเมื่อข้าราชการผู้นั้นได้เลื่อนขึ้นไปดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นอีกระดับแล้ว ซึ่งหากผู้บังคับบัญชาไม่เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโดยให้มีผลย้อนหลัง แต่เพิกถอนโดยให้มีผลเป็นปัจจุบัน ข้าราชการผู้ที่ถูกเพิกถอนการแต่งตั้งก็ยังสามารถนับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งที่ถูกเพิกถอนเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในการอื่น ๆ ได้ และไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการคืนเงินหรือประโยชน์อื่นใดที่ได้รับไปในระหว่างดำรงตำแหน่ง และกรณีที่ผู้นั้นได้เลื่อนขึ้นไปดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่ต้องเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งในครั้งแรก เพราะตำแหน่งที่ผู้นั้นเคยครองอยู่ได้ว่างลงแล้ว ซึ่งมีผลคล้ายคลึงกับการเพิกถอนคำสั่ง⁴⁵ คำสั่งนั้นจึงไม่กระทบกระเทือนผู้ใดอีกต่อไป อีกทั้งคำสั่งให้เลื่อนตำแหน่งในครั้งหลังก็พิจารณาจากช่วงเวลาที่ยังดำรงตำแหน่งครั้งแรกมีผลบังคับ การแต่งตั้งในครั้งหลังจึงชอบด้วยกฎหมายทุกประการ ไม่มีเหตุที่จะเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งในครั้งหลังไปด้วย และยังเป็นการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้ที่ได้รับแต่งตั้งด้วย

ในระยะยาวควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เพื่อกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเสียใหม่ แยกออกมาต่างหากจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อคุ้มครองข้าราชการผู้ที่ไม่มีส่วนผิดในคำสั่งแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคุ้มครองความก้าวหน้าในอาชีพของข้าราชการ เช่น กรณีที่คำสั่งแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการนับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งผิดพลาด แต่ในเวลาที่ยุติเหตุ

⁴⁴ โปรดดู Wolf-Rüdiger Schenke, "Neuestes zur Konkurrentenklage," *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Vol. 30, No. 6, 321, p.323 (2011).

⁴⁵ กรณีนี้สามารถเทียบเคียงได้กับการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองเมื่อวัตถุแห่งคำสั่งทางปกครองไม่มีอยู่แล้ว (Wegfall von Regelungssubjekt oder -objekt) ซึ่งจะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่อาจถูกเพิกถอนได้อีกต่อไป ในกรณีนี้แม้จะมีวัตถุของคำสั่ง คือ ตำแหน่งอยู่ แต่วัตถุแห่งการออกคำสั่งแต่งตั้งคือตัวบุคคลไม่มีอยู่แล้วในตำแหน่งนั้น เปรียบเทียบ Matthias Ruffert, in Dirk Ehlers and Hermann Pünder (eds), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (Berlin: De Gruyter Studium, 2010), § 22, Rn. 26.

ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งมีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งครบถ้วนแล้ว หรือกรณีกระบวนการคัดเลือกมีความผิดพลาดที่ไม่กระทบต่อการตัดสินใจของผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง ก็ห้ามมิให้เพิกถอน

ในส่วนของกระบวนการคุ้มครองสิทธิของผู้สมัครที่เข้าร่วมการคัดเลือกและผู้ที่ได้รับคัดเลือก อาจกำหนดได้สองแนวทาง ได้แก่ กระบวนการก่อนการแต่งตั้ง และกระบวนการหลังการแต่งตั้ง

ก่อนการแต่งตั้ง อาจกำหนดให้ผู้ที่มีข้อโต้แย้งในกระบวนการหรือผลการคัดเลือก สามารถโต้แย้งไปยังผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งว่ากระบวนการหรือดุลพินิจในการพิจารณา มีความบกพร่อง และหากได้มีการแต่งตั้งไปแล้ว การแต่งตั้งนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกระบวนการนี้จะทำให้สิทธิทางสถานะของทั้งผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและผู้ที่มีข้อโต้แย้งถูกกระทบน้อยที่สุด เพราะจะไม่มีผู้ใดได้รับการแต่งตั้งหรือเพิกถอนการแต่งตั้งเลย แต่กระบวนการโต้แย้งอาจกินเวลายาวนาน ในเยอรมนีมีการคุ้มครองโดยมากจะเป็นการคุ้มครองในกระบวนการก่อนการแต่งตั้ง โดยผู้ที่มีข้อโต้แย้งจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลปกครองให้ศาลปกครองออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวระงับการแต่งตั้ง (Sicherungsanordnung) ตามมาตรา 123 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO) แล้วศาลจะพิจารณาอย่างเร่งด่วนว่าหากมีการแต่งตั้งแล้ว คำสั่งนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁴⁶

หลังการแต่งตั้งควรกำหนดกระบวนการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้ง โดยอาจให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งดำรงตำแหน่งไปจนกว่าผลการดำเนินการใหม่จะปรากฏว่ากระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เมื่อได้ดำเนินการใหม่ให้ชอบด้วยกฎหมายแล้วปรากฏว่าผู้ที่ได้รับแต่งตั้งนั้นจะไม่ได้รับแต่งตั้งอย่างแน่นอน จึงค่อยเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้ง แต่หากได้ดำเนินการใหม่แล้ว ผลปรากฏว่าผู้ที่ได้รับแต่งตั้งก็ได้รับการคัดเลือกเช่นเดิม ก็ไม่มีเหตุที่จะไปเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้ง การกำหนดกระบวนการเช่นนี้จะช่วยคุ้มครองความสืบเนื่องในการดำรงตำแหน่งในระบบราชการ และคุ้มครองได้ทั้งผู้ที่ได้รับแต่งตั้งและผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนในกรณีที่มีการแต่งตั้งมีความผิดพลาดร้ายแรง ก็อาจกำหนดให้การแต่งตั้งในกรณีนั้นเป็นโมฆะ เสียเปล่าไปเลยก็ได้ เช่น กรณีการแต่งตั้งบุคคลที่ขาดคุณสมบัติทั่วไป มีลักษณะต้องห้ามหรือขาดคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งในส่วนที่เกี่ยวกับคุณวุฒิ เพราะเป็นสาระสำคัญของการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งข้าราชการ

⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ 2C 16/09.