

บทที่ 2

แนวความคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอน วิธีการ หรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

การศึกษาการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอน วิธีการ หรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนดในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลนั้น มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักการและแนวความคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) ที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองต่างประเทศ ซึ่งหากได้ศึกษาแล้วจะทำให้ทราบถึงการใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการของคำสั่งทางปกครองในแต่ละประเทศว่า ระบบกฎหมายปกครองแต่ละประเทศให้ความสำคัญกับเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองมากน้อยเพียงใด และเมื่อเทียบกับกรณีขั้นตอน วิธีการ หรือรูปแบบของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ระบบกฎหมายปกครองประเทศใดให้ความสำคัญกับเนื้อหาของสาระมากกว่าขั้นตอนหรือวิธีการ ระบบกฎหมายปกครองประเทศนั้นก็อาจเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้แก้ไขข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดในขณะที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลได้ หรือหากกรณีที่ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายกำหนดนั้นไม่เป็นสาระสำคัญแล้ว ฝ่ายองค์กรตุลาการก็อาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอีกต่อไป

2.1 กลไกในการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการ หรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนดในระหว่างพิจารณาของศาลตามกฎหมายปกครองของสหราชอาณาจักร

อังกฤษเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Custom Law) และกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเรียกว่า Common Law System¹ เป็น

¹ คำว่า “Common Law” ในหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษมีหลายความหมาย ได้แก่ (1) กฎหมายที่ใช้ร่วมกันทั้งประเทศในสหราชอาณาจักร ไม่ใช่กฎหมายของท้องถิ่น (2) กฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาหรือเกิดจากจารีตประเพณี ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (3) กฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลที่มีมาก่อนหน้านี้ (4) กฎหมาย Common Law System ไม่ใช่สกุลกฎหมาย Civil Law หรือ Romano-Germanic ที่ใช้ประมวลกฎหมาย อ้างถึงใน ปิยบุตร แสงกนกกุล. (2556). *กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 91.

หลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาได้สกัดออกมาจากคำพิพากษาในแต่ละคดีและนำมาเป็นบรรทัดฐานเพื่อใช้ประกอบการพิจารณา หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษมีลักษณะที่แตกต่างจากระบบกฎหมายปกครองภาคพื้นยุโรปทั่วไป กล่าวคือ อังกฤษใช้ระบบศาลเดี่ยว โดยยอมรับให้ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจทั่วไปในคดีปกครองด้วย โดยให้ใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปตามปกติดังที่ใช้กันทุกศาล แต่เพื่อให้เกิดความชำนาญในการพิจารณาคดีปกครอง จึงมีการตั้งกลุ่มองค์กรตุลาการที่ชำนาญคดีปกครองไว้ นอกจากนั้นยังได้วางหลักเกณฑ์รูปแบบของคำฟ้องไว้เฉพาะสำหรับกรณีเกิดข้อพิพาทกับฝ่ายปกครองในทางกฎหมายมหาชนอีกด้วย²

2.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอน วิธีการหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษได้วางหลักการว่า การที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งทางปกครองหรือเป็นการกระทำในทางปกครองรูปแบบอื่น หากเป็นกรณีที่มีผลเป็นการจำกัด (Restrict) หรือกระทบต่อสิทธิ (Rights) และเสรีภาพ (Liberties) ของบุคคลแล้ว ฝ่ายปกครองจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเรียกว่า หลักการที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการเกินขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (*ultra vires*)³

หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักที่ถือว่าฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย การที่ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนี้เป็นข้อความคิดที่มีความสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ (Legal State) หมายถึง รัฐที่ปกครองด้วยกฎหมายไม่ใช่ปกครองด้วยอำนาจบารมี กล่าวคือ ถือกฎหมายเป็นใหญ่ คนบังคับใช้กฎหมายเป็นรอง ต่างกับรัฐที่มีกฎหมายในการปกครอง เพราะรัฐที่มีกฎหมายในการปกครอง ก็ไม่แน่ว่า กฎหมายจะเป็นใหญ่หรือไม่ แต่ทั้งนี้ทุกรัฐล้วนมีกฎหมายในการปกครองด้วยกันทั้งสิ้น จุดสำคัญอยู่ที่ว่ากรณีที่เป็นช่องว่างของกฎหมาย หรือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ถ้าฝ่ายปกครองถือหลักว่า เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามไว้ฝ่ายปกครองจะกระทำอะไรก็ได้เพราะเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองและในขณะเดียวกัน ถ้ามีกฎหมายให้อำนาจไว้ฝ่ายปกครองยังจะกระทำอย่างไรก็ได้⁴

² ปิยาบุตร แสงกนกกุล. อังแล้วเชิงบรรทัดที่ 1. หน้า 93.

³ วรพจน์ วิสริตพิชญ์. (2564). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 4.) กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 37.

⁴ บรรพต จงเจริญประเสริฐ. (2560). *ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ*. เอกสารการอบรมหลักสูตร "หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย" รุ่นที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 3.

2.1.1.1 รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยคำสั่งทางปกครอง

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษในการตรวจสอบความชอบด้วยคำสั่งทางปกครองมี 3 รูปแบบ⁵ ได้แก่

รูปแบบที่หนึ่ง คือ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองต่อองค์กรตามที่กฎหมายกำหนด รูปแบบนี้เกิดจากการที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้กำหนดถึงกระบวนการขั้นตอนและกฎเกณฑ์ของการอุทธรณ์เอาไว้ถึงเรื่องที่อยู่ทูลเกล้าฯและองค์การที่มีหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์ โดยศาลมีบทบาทหน้าที่ที่เปรียบเสมือนฝ่ายปกครองในการพิจารณาอุทธรณ์และตรวจสอบได้ทั้งความเหมาะสมและความชอบด้วยกฎหมายภายใต้กฎหมายลายลักษณ์อักษร

รูปแบบที่สอง คือ การนำคดีขึ้นมาสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง การฟ้องลักษณะนี้หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายของอังกฤษ เรียกว่า “Claim For Judicial Review” เป็นการฟ้องที่มุ่งหมายเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครองของการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ซึ่งเกี่ยวพันกับการใช้อำนาจของ ฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการขอให้ศาลตรวจสอบเรื่องระยะเวลาการฟ้อง เป็นต้น

รูปแบบที่สาม คือ การฟ้องคดีละเมิดสิทธิมนุษยชน (Human Rights) เป็นกรณีที่เกิดจากอังกฤษเข้าร่วมอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นการตรวจสอบการฟ้องที่เกี่ยวกับคดีสิทธิมนุษยชน โดยมุ่งหมายต่อการกระทำขององค์กรมหาชน ฝ่ายปกครองและรวมถึงองค์กรตุลาการด้วย ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบที่สองที่เป็นการนำคดีขึ้นมาสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มุ่งหมายเฉพาะการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเท่านั้น⁶

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอน วิธีการหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนด การตรวจสอบความชอบด้วยคำสั่งทางปกครองจึงเข้าลักษณะของรูปแบบที่สอง ซึ่งเป็นการนำคดีขึ้นมาสู่ศาลเพื่อขอให้ฝ่ายองค์กรตุลาการทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองต่อไป

ในการนำคดีขึ้นมาสู่ศาลเพื่อขอให้ฝ่ายองค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น ได้มีคำวินิจฉัยที่สำคัญคดี Council of Civil Service Unions v. Minister For the Civil Service⁷ โดยสภาขุนนาง Lord Kenneth Diplock มีความเห็นว่า การดำเนิน

⁵ ปิยนุตร์ แสงกนกกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 221-223.

⁶ Anthony BRADLEY. (2001). *Le Human Rights Act de 1998*. Presses universitaires de Strasbourg. pp. 75-96.

⁷ Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service (1985). AC, p. 374.

การทางปกครองนั้นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยการพิจารณาขององค์กรตุลาการ และได้แยกขอบเขตของการตรวจสอบออกเป็นสามประเภท ได้แก่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegality) ความไม่สมเหตุสมผล (Irrationality) และความไม่เหมาะสมตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ (Procedural Impropriety) โดยความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นพื้นฐานในการพิจารณาคืออยู่แล้ว แต่การปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดก็มีความสำคัญเช่นเดียวกัน โดยหากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว ย่อมมีผลให้ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจนำไปสู่การเพิกถอนการกระทำได้ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นที่สอดคล้องกันว่า กฎหมายควรให้ความสำคัญในสาระสำคัญของขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดมากกว่าการจะมองว่าขั้นตอนหรือวิธีการเป็นเพียงเครื่องมือที่จะก่อให้เกิดคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

2.1.1.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการของคำสั่งทางปกครอง

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองอังกฤษ ไม่ได้แบ่งขอบเขตของเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองไว้อย่างเป็นระบบ^๖ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงจำกัดขอบเขตความไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้เป็นแต่เพียงเหตุภายนอกโดยแบ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็น 3 เหตุ ดังนี้^๗

เหตุประการที่หนึ่ง คือ เหตุแห่งการกระทำเกินอำนาจ ในหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษจะยึดถือหลักการที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ การกระทำทางปกครองนอกขอบอำนาจ การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเรียกว่า หลักการที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการเกินขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (*ultra vires*) โดยขอบเขตของข้อจำกัดดังกล่าวมีผลให้องค์กรตุลาการตรวจสอบได้เฉพาะเรื่องที่ฝ่ายปกครองกระทำเกินอำนาจ (*Excess of Jurisdiction*) และเรื่องที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญอันเป็นเหตุภายนอก ต่อมาฝ่ายองค์กรตุลาการอังกฤษได้ขยายขอบเขตการตรวจสอบมากขึ้น โดยศาลสามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอันเป็นเหตุจงใจให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้ด้วยหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษได้ขยายเรื่องการกระทำ

^๖ Peter Cane, *Administrative law*, 5th Edition. Oxford University Press. pp. 133-261. อ้างถึงใน ณรงค์เดช สรุโฆมยิต. (2553). *การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทยอังกฤษ*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 117-129.

^๗ ภิโยบุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 226.

เกินอำนาจออกไปให้ศาลสามารถพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งภายนอก (Illégalité externe) และภายใน (Illégalité interne) ควบคู่กันไปได้

เหตุประการที่สอง คือ เหตุแห่งการใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมายในหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษได้กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ของฝ่ายปกครองไว้ 2 กรณี คือ (1) การไม่ใช้ดุลพินิจ และ (2) การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

(1) การไม่ใช้ดุลพินิจ เป็นกรณีที่หากกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจแล้ว ฝ่ายปกครองจำต้องใช้ดุลพินิจนั้น โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป แล้วใช้ดุลพินิจตัดสินไปว่าจะมีคำสั่งอย่างไร แต่ฝ่ายปกครองจะเพิกเฉยไม่ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาข้อเท็จจริงเรื่องนั้น ๆ ไม่ได้

(2) การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ เป็นกรณีที่หากฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจกระทำการใดอันมีผลถึงขนาดทำให้การใช้ดุลพินิจนั้นไม่ชอบแล้ว ศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ เช่น การใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการ เป็นต้น

เหตุประการที่สาม คือ เหตุแห่งการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการและหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ กระบวนการขั้นตอนที่หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามมี 2 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะที่หนึ่ง คือ กระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญหรือที่กำหนดไว้ให้ต้องปฏิบัติ (Mandatory Procedural Requirements) และลักษณะที่สอง คือ กระบวนการขั้นตอนที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ (Directory Procedural Requirements)

2.1.2 การแก้ไขข้อบกพร่องระหว่างการพิจารณาของศาล

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษมีแนวทางในการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด “ก่อน” การดำเนินการพิจารณาในชั้นศาล โดยได้นำการระงับข้อพิพาททางเลือก” (Alternative Dispute Resolution : ADR) มาใช้ในคดีปกครองเป็นจำนวนมาก เพื่อลดคดีที่จะถูกนำไปฟ้องต่อศาล (Courts) การระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นการแก้ไขปัญหาของคู่กรณีหรือหาข้อยุติที่ดีที่สุดในการระงับข้อพิพาท นอกเหนือไปจากการที่จะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาในชั้นศาลเพียงอย่างเดียว ซึ่งใช้เวลาที่นานกว่าและอาจไม่ตรงกับความต้องการที่แท้จริงของคู่กรณีหรือก่อให้เกิดประโยชน์น้อยกว่าสำหรับคู่กรณี¹⁰ การระงับข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีได้รับการพัฒนามาจากระบบของการร้องทุกข์

¹⁰ ดิเรกฤทธิ์ เจนครองธรรม. “ศาลปกครอง” กับ แนวทางการระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR). กรุงเทพฯ: หนังสือพิมพ์สยามรัฐ ฉบับวันที่ 25 มิถุนายน 2558.

ภายในฝ่ายปกครอง (Internal Complaint System)¹¹ และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายในฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจตรวจสอบทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ทำให้สามารถพิจารณาได้ถึงความถูกต้องของขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้และเนื้อหาของสาระของการกระทำทางปกครอง หากฝ่ายปกครองตรวจสอบแล้วปรากฏว่า การกระทำทางปกครองใดไม่ชอบด้วยขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองก็ย่อมสามารถแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้ก่อนคดีเข้าสู่การพิจารณาในชั้นศาล และถือว่าการกระทำทางปกครองที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

ส่วนการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดระหว่างการพิจารณาของศาล หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษได้แยกการพิจารณาระหว่างขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายเป็นการเฉพาะ (Statutory Procedural Requirement) และขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือเรียกว่า หลักกฎหมายว่าด้วยความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rules of Natural Justice)

2.1.2.1 การแก้ไขข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายเป็นการเฉพาะ

กระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติมี 2 ลักษณะ¹² ลักษณะที่หนึ่ง เป็นกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญหรือที่กำหนดไว้ให้ต้องปฏิบัติ (Mandatory Procedural Requirements) และลักษณะที่สอง คือ กระบวนการขั้นตอนที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ (Directory Procedural Requirements) โดยผลของการที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญหรือที่กำหนดไว้ให้ต้องปฏิบัติเท่า นั้นจะทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นเพียงขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ ศาลจะถือว่าขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวไม่ใช่สาระสำคัญ ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขข้อบกพร่องได้ แม้คดีจะเข้าสู่การพิจารณาในชั้นศาลแล้วก็ตาม

การพิจารณาว่ากระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการใดที่จะถือเป็นกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องปฏิบัติ นั้น ในทางวิชาการได้มีนักวิชาการให้ความเห็นว่า ในกรณีที่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการนั้นแล้ว มีผลให้กระทบสิทธิของเอกชนหรือกระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการใดสนับสนุนให้เอกชนสามารถบังคับ

¹¹ Peter Cane. (2011). *Administrative law*. 5th Edition. Oxford University Press. p. 352.

¹² ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 228.

ได้ตามสิทธิของตน กระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการนั้นย่อมถือเป็นกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งได้มีแนวคำพิพากษาวางแนวไว้หลายกรณี เช่น การแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ ระยะเวลาการอุทธรณ์ ผู้พิจารณาอุทธรณ์ และกระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในคดี Regina v. Westminster City Council Ex Parte Ermakov¹³ ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้มีคำวินิจฉัยวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการที่ฝ่ายปกครองสามารถให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยได้แม้คดีจะอยู่ในชั้นพิจารณาของศาลแล้วก็ตาม คดีนี้เป็นเรื่องของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ในการจัดหาที่พักให้แก่คนเร่ร่อน โดยเจ้าหน้าที่ปฏิเสธสิทธิในการจัดหาที่พักอาศัยให้กับคนเร่ร่อนและไม่ได้ให้เหตุผลว่าบุคคลใดจึงจะถือว่าเป็นบุคคลเร่ร่อน ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย อันเป็นกระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ อันมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมาฝ่ายปกครองได้จัดให้มีเหตุผลในชั้นพิจารณาของศาลแทน ผู้พิพากษา Lord Justice Hutchison ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลดังกล่าว แต่ฝ่ายปกครองไม่ได้จัดให้มีเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยไว้หรือให้ไว้แต่ไม่สมบูรณ์ว่า ย่อมเป็นเหตุให้ศาลต้องวินิจฉัยและมีผลว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการให้เหตุผลระหว่างการพิจารณาของศาลนั้น ศาลจะรับฟังเหตุผลในภายหลังได้ หากศาลเห็นว่า เป็นกรณีที่เหมาะสมเพื่อการชี้แจงหรือการอธิบายหรือการตีความการให้เหตุผลที่มีอยู่แต่เดิมแล้วซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้ทำได้เท่านั้น ศาลจึงต้องจำกัดการยอมรับให้มีเหตุผลในชั้นพิจารณาของศาลเอาไว้อย่างเคร่งครัด โดยการแก้ไขข้อบกพร่องที่ศาลจะยอมรับได้ เช่น การเขียนคำผิดหรือพิมพ์ผิดโดยไม่ได้ตั้งใจหรือไม่ใช่สาระสำคัญของเนื้อหา หรือภาษาที่ใช้อาจขาดความชัดเจนในทางใดทางหนึ่ง เป็นต้น และผู้พิพากษา Lord Justice Hutchison ยังให้ความเห็นเพิ่มเติมอีกต่อไปว่า กรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยนั้น ศาลไม่สามารถใช้หลักการดังกล่าวข้างต้นได้ในทุกกรณี ศาลควรจะต้องพิจารณาเนื้อหาของคดีนั้น ๆ ควบคู่ไปกับการเปิดโอกาสให้แก้ไขข้อบกพร่องนั้นว่าจะให้แก้ไขได้มากน้อยเพียงใด

ผู้วิจัยมีความเห็นเพิ่มเติมจากความเห็นของผู้พิพากษา Lord Justice Hutchison ว่า ในกรณีที่ศาลจะใช้ดุลพินิจให้แก้ไขข้อบกพร่องของการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วนั้น ศาลพึงพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งหากในกรณีใดที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงว่า หากไม่ได้ปฏิบัติตามแล้วจะทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็ไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการให้ฝ่ายปกครองแก้ไข

¹³ Regina v. Westminster City Council ex parte Ermakov. (1996). 28 H.L.R. 819.

แต่ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้แล้ว แต่หากศาลได้พิจารณาถึงความเหมาะสมระหว่างเนื้อหาของคดีกับขั้นตอนหรือวิธีการแล้วประกอบกับคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดก็จะเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองแก้ไขข้อบกพร่องในระหว่างการพิจารณาได้

2.1.2.2 การแก้ไขข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยความยุติธรรมตามธรรมชาติ

นอกจากกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติแล้ว หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษยังนำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) มาบังคับใช้ถึงการเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนบางอย่าง¹⁴ โดยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้รับการยอมรับในอังกฤษมาเป็นระยะเวลานานและถือเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำตามเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน¹⁵ หรือกล่าวได้ว่าเป็นหลักที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การทำให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดและเกิดความยุติธรรมในการพิจารณาและวินิจฉัยถึงผลที่จะกระทบต่อสิทธิของประชาชน¹⁶ ซึ่งหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมีเนื้อหาที่แบ่งได้ 2 หลักการสำคัญ ดังนี้

(1) หลักการรับฟังข้อเท็จจริงหรือหลักการฟังความจากคู่ความทุกฝ่าย (*audiatur et altera pars*) คือ เดิม หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษได้วางหลักให้ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองรับฟังแต่เฉพาะคู่กรณีที่กำลังทางปกครองมีผลกระทบอันเป็นการลงโทษบุคคลโดยตรง เช่น คำสั่งลงโทษ คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เป็นต้น แต่ต่อมาภายหลังได้มีหลักการรับฟังคู่กรณีมาบังคับใช้กับการออกคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงแต่สำหรับคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบเป็นการลงโทษบุคคลเท่านั้น¹⁷ หรือกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในกรณีการกระทำของฝ่ายปกครองใด หากมีการกระทบถึงสิทธิ เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของประชาชนผู้ถูกกระทบสิทธิแล้ว ผู้ถูกกระทบสิทธิจะต้องมีโอกาสที่จะโต้แย้ง

¹⁴ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 228.

¹⁵ David I. Lewhelin Foulkes. (1982). *Administrative Law*. 5th Edition. London: Butterworths. p. 221.

¹⁶ ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. (2531). *การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 12.

¹⁷ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 85.

ข้อเท็จจริงและมีโอกาสแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน พร้อมกับมีเวลาในการเตรียมการดังกล่าวอย่างเพียงพอได้¹⁸

หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษยังไม่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน แต่ฝ่ายปกครองได้พิจารณาและวินิจฉัยโดยอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งนำหลักการฟังความจากคู่ความทุกฝ่ายมาใช้ แต่ก็มีได้เคร่งครัดเท่ากับการพิจารณาของศาล¹⁹ การจะนำมาปรับใช้ก็แต่ตามข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ที่เกิดขึ้นจริง โดยฝ่ายปกครองจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะโต้แย้งข้อเท็จจริงและมีโอกาสแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งเพื่อปกป้องสิทธิของตน

ยกตัวอย่าง ในคดี Bentley ซึ่งเป็นแพทย์ที่จบจากมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งและไปประกอบอาชีพที่กรุงลอนดอน โดยที่ยังไม่ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพจากมหาวิทยาลัยเป็นเหตุทำให้มหาวิทยาลัยดังกล่าวมีคำสั่งเพิกถอนใบปริญญาบัตร โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับคำสั่งมีโอกาสที่จะโต้แย้งข้อเท็จจริงของตน อันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามหลักการรับฟังข้อเท็จจริง มีผลให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของมหาวิทยาลัยดังกล่าว²⁰

(2) หลักความไม่มีส่วนได้เสียหรืออคติ เป็นหลักที่ผู้มีอำนาจพิจารณาต้องมีความเป็นกลางและปราศจากอคติ ศาลหรือองค์กรตุลาการใดที่มีส่วนได้เสียหรือมีอคติต่อประเด็นที่วินิจฉัยแล้ว จะไม่ได้รับเลือกให้เป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยในประเด็นนั้น ส่วนผู้มีสิทธิหรือเสรีภาพซึ่งคาดว่าตนเองอาจไม่ได้รับความเป็นธรรมย่อมสามารถร้องขอให้ได้รับการพิจารณาด้วยความเป็นธรรมปราศจากอคติได้²¹

หลักการที่กล่าวมานี้ถือเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญมากใน Common Law System ซึ่งนำมาใช้กับศาล คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และฝ่ายปกครอง โดยหากฝ่ายปกครองมีคำสั่งวินิจฉัยหรือมีคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามหลักการรับฟังข้อเท็จจริงหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสียแล้ว การทำคำสั่งวินิจฉัยหรือการทำคำสั่งของ

¹⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2537). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน: พื้นฐานความรู้ทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 81.

¹⁹ ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 14.

²⁰ รังสิกร อุพงษ์. กระบวนการรวบรวมข้อมูลเพื่อประกอบการพิจารณาในการทำคำสั่งทางปกครอง. *รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*. หน้า 71.

²¹ ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. *หลักนิติธรรมกับตุลาการและวิธีพิจารณาคดีในศาลทหาร*. หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4. วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

ฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย²² ซึ่งฝ่ายปกครองเองสามารถแก้ไขเยียวยากระบวนการทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบดังกล่าวได้ โดยการพิจารณาตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเพื่อออกคำวินิจฉัยหรือคำสั่งทางปกครองใหม่โดยการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยที่ได้กระทำไปแล้ว แต่หากการกระทำที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์แล้ว ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจที่จะแก้ไขเยียวยาการกระทำที่ขัดกับหลักการดังกล่าวนั้นได้ ดังนั้น ระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาการกระทำที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติจึงสิ้นสุดลงเมื่อคำวินิจฉัยหรือคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการได้ถูกอุทธรณ์ไปยังผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว²³ เช่นเดียวกับหากกระบวนการดังกล่าวเข้าสู่ในชั้นพิจารณาของศาล ศาลย่อมไม่อาจให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการในระหว่างการพิจารณาของศาลได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ถูกระทบสิทธิประสงค์ให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ศาลสูงมีดุลพินิจที่จะไม่ยอมรับการแก้ไขเยียวยากระบวนการที่ไม่ชอบนั้นได้ หากศาลสูงเห็นว่าคำวินิจฉัยหรือคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้นถูกต้องแล้ว และการเพิกถอนแล้วให้กลับไปพิจารณาใหม่ก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงผลของคำวินิจฉัยหรือคำสั่งทางปกครองได้ เช่น กรณีการรับฟังหรือไม่รับฟังข้อเท็จจริงคู่กรณีไม่อาจก่อให้เกิดผลเปลี่ยนแปลงในผลของคำสั่งของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลสูงถือว่าที่ขัดต่อหลักการรับฟังคู่กรณีมีผลสมบูรณ์แล้ว เป็นต้น

ศาลอังกฤษได้สร้างข้อยกเว้นในการแก้ไขข้อบกพร่องของหลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณี โดยอธิบายผ่านกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายชั้นอุทธรณ์ในคดี *Calvin v. Carr*²⁴ โดยผู้พิพากษา Lord Wilberforce ได้มีคำวินิจฉัยวางหลักว่า การที่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้นสามารถแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบตามหลักดังกล่าวได้ แม้จะอยู่ในกระบวนการชั้นอุทธรณ์ก็ตาม

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษจะสร้างหลักเกณฑ์ที่ผ่อนคลายหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขข้อบกพร่องที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการใน

²² ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 228-229.

²³ ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุลชัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 47.

²⁴ *Calvin v. Carr*. (1980). AC. 574.

ระหว่างการพิจารณาของศาลได้ก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่คำวินิจฉัยหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไปกระทบสิทธิและเสรีภาพเป็นการลงโทษบุคคลอย่างรุนแรงหรือเป็นข้อบกพร่องที่ร้ายแรง แม้จะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นก็ไม้อาจสร้างความเป็นธรรมได้

2.1.2.3 การแก้ไขข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบที่ไม่ใช่สาระสำคัญที่กำหนดไว้ในกฎหมายโดยอาศัยหลักว่าด้วยความเข้าใจของวิญญูชนทั่วไป

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ศาลอังกฤษได้แยกการพิจารณากระบวนการของขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดออกเป็น 2 ลักษณะ คือ กระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ถ้าไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องปฏิบัติแล้ว ถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สำหรับกระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นเพียงแนวทางในการปฏิบัติ แม้จะไม่ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าวก็ยังไม่ถึงขนาดที่จะทำให้การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ประเด็นที่สำคัญ คือ ศาลหรือองค์กรตุลาการจะต้องสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการใดที่จะถือว่าเป็นสาระสำคัญและไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญ²⁵

การพิจารณาเนื้อหาสาระของบทบัญญัติแห่งกฎหมายถือเป็นหลักเกณฑ์ประการที่สำคัญในการวิเคราะห์ว่าขั้นตอนหรือวิธีการใดเป็นสาระสำคัญของการกระทำทางปกครอง ซึ่งหากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นก็จะเป็นสาระสำคัญ เช่น กฎหมายกำหนดให้คู่กรณีมีโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน กฎหมายกำหนดให้ต้องแจ้งสิทธิแก่บุคคลในการใช้สิทธิอุทธรณ์ หรือกฎหมายกำหนดให้ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เป็นต้น ส่วนขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ถึงขนาดเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่น การเขียนหรือพิมพ์ผิด เช่นนี้ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นก็ไม่ใช่เป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ในกฎหมาย²⁶

อย่างไรก็ตาม การจะพิจารณาจากลักษณะของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวก็ดูจะเคร่งครัดมากเกินไป หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษจึงได้เพิ่มหลักเกณฑ์ในลักษณะที่ผ่อนคลายกว่าการที่จะพิจารณาแต่เพียงบทบัญญัติของกฎหมาย โดยอาศัยการใช้ความเข้าใจในบริบทของกฎหมายควบคู่ไปกับหลักวิญญูชน²⁷ ในการพิจารณาคดีมากขึ้น

²⁵ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 228.

²⁶ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 228.

²⁷ Peter Leyland and Gordon Anthony. (2016). *Textbook on Administrative law*. 8th Edition. London: Oxford University Press. p. 392.

ในคดี *Howard v. Bodinton* (1877)²⁸ ผู้พิพากษา Lord Penzance ได้มีคำวินิจฉัยอธิบายไว้ว่า กรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาก่อนว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดมีเนื้อหาสาระ และความสำคัญของบทบัญญัติของกฎหมายสัมพันธ์กับสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองเพียงใด โดยจะต้องพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นด้วย แม้จะเป็นกรณีที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเคร่งครัด แต่ก็อาจไม่ปรากฏต่อศาลว่ามีความสำคัญในสาระสำคัญต่อเรื่องนั้นหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นกรณีที่ไม่ใช่สาระสำคัญ เช่น กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องมีการแสดงเหตุผล เมื่อไม่ได้มีการแสดงเหตุผลย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องแสดงเหตุผลในคำสั่ง หากฝ่ายปกครองแสดงเหตุผลผิดไปก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ²⁹

การใช้ความเข้าใจในบริบทของกฎหมายควบคู่ไปกับหลักวิญญูชนในการพิจารณาคดี จะทำให้ศาลสามารถเข้าใจได้ว่าขั้นตอนหรือวิธีการในกรณีใดเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือเป็นเพียงแนวทางในการปฏิบัติ และความไม่เป็นสาระสำคัญของขั้นตอนหรือวิธีการก็พิจารณาได้จากกรณีที่ฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการ แต่เนื้อหาสาระของคดีและการพิจารณาก็ได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นแล้ว ยกตัวอย่างคดี *Coney v. Choyce*³⁰ โดยพระราชบัญญัติการศึกษา ค.ศ. 1944 (*Education Act 1944*) มาตรา 13 บัญญัติให้ฝ่ายปกครองซึ่งได้ปรับปรุง โครงสร้างองค์กร โรงเรียน ต้องปิดประกาศโครงการบริเวณทางเข้าโรงเรียนทุกแห่ง รวมทั้งต้องประกาศลงในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นด้วย ซึ่งฝ่ายปกครองก็ได้ปิดประกาศแล้ว แต่มิได้ครบทุกแห่ง ซึ่งผู้พิพากษา Justice Templeman ได้นำหลักกฎหมายว่าด้วยความเข้าใจในบริบทของกฎหมายและหลักวิญญูชนมาปรับใช้ โดยมีคำวินิจฉัยว่า แม้บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการก็ตาม แต่โครงการดังกล่าวก็ได้มีการปิดประกาศเป็นการทั่วไปหลายแห่งแล้ว และประชาชนก็ได้รับรู้เนื้อหาสาระของประกาศอย่างทั่วถึง ถือได้ว่าฝ่ายปกครองได้ดำเนินการในเนื้อหาสาระสำคัญครบถ้วนตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ส่วนการปิดประกาศเป็นเพียงขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเพียงแนวทางที่ต้องปฏิบัติเท่านั้น

²⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ. (2537). *ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 90.

²⁹ *Padfield v. Minister of Agriculture*. (1968). *Fisheries and Food*. 1 All E.R. 694.

³⁰ *Coney v. Choyce*. (1975). 1 All E.R. 979.

2.1.2.4 การแก้ไขข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบที่ไม่ใช่สาระสำคัญที่กำหนดไว้ในกฎหมายโดยอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

จากที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เป็นหลักกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในการทำให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดและเกิดความยุติธรรมในการพิจารณาและวินิจฉัยถึงผลที่จะกระทบต่อสิทธิของประชาชน ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดโดยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ได้แก่ หลักการฟังความจากคู่ความทุกฝ่ายหรือการรับฟังคู่กรณี และหลักการหลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลาง โดยหากฝ่ายปกครองมีคำวินิจฉัยหรือมีคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติแล้ว การทำคำวินิจฉัยหรือการทำคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันถือเป็นขั้นตอนหรือวิธีการที่สำคัญ ดังที่ปรากฏในคดี *R v. Sussex Justices, ex parte McCarthy* (1924)³¹ ซึ่งผู้พิพากษา Lord Hewart C.J. ได้วินิจฉัยในหลักสำคัญและมีคำตัดสินที่ในภาพกว้างว่า ผู้พิพากษาได้ข้อสรุปโดยไม่ปรึกษาหารือ และเขาละเว้นจากการอ้างถึงคดีอย่างถี่ถ้วน ความยุติธรรมไม่ควรถูกทำให้ยุติเพียงเท่านั้น แต่ควรแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนและปราศจากข้อสงสัย ซึ่งการพิจารณาคดีนี้ได้มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันได้รับการปฏิบัติตามทั่วโลกในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายอังกฤษ ต่อมา ค.ศ. 1943 ในคดี *General Medical Council v. Spackman*³² เป็นกรณีแพทยสภา (General Medical Council) ได้มีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพแพทย์ของนาย Spackman เนื่องจากแพทยสภาได้ทราบข้อเท็จจริงในอีกคดีหนึ่งซึ่งเป็นการฟ้องร้องเกี่ยวกับการหย่าว่า นาย Spackman ได้ร่วมหลับนอนกับผู้ป่วย โดยแพทยสภาไม่ได้รับฟังพยานหลักฐานใด ๆ เพิ่มเติม ซึ่งศาลโดยสภาขุนนางได้วินิจฉัยว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ที่การพิจารณาจะต้องเปิดโอกาสให้นาย Spackman ได้โต้แย้งข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน แม้จะไม่มีผลเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองก็ตาม แต่ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่า คำสั่งเพิกถอนของฝ่ายปกครองเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษ ได้พัฒนาหลักกฎหมายที่ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ในคดี *Glynn v. Keele University*³³ เป็นคดีที่รองอธิการบดีมีคำสั่งพักการเรียนของนักศึกษาในมหาวิทยาลัยเป็นเวลาหนึ่ง

³¹ *R v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*. (1924). 1 KB 256.

³² *General Medical Council v. Spackman*. (1943). AC. 627.

³³ *Glynn v. Keele University*. (1971). 1 W.L.R. 487.

ปี เนื่องจากเปลี่ยกายอาบแดดในบริเวณมหาวิทยาลัย ซึ่งคำสั่งพักการเรียนไม่ได้เปิดโอกาสให้นักศึกษาดังกล่าวได้โต้แย้งข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน โดยในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า แม้จะใช้หลักการฟังความจากคู่ความทุกฝ่ายหรือการรับฟังคู่กรณี ก็ไม่มีผลทำให้เนื้อหาของคดีเปลี่ยนแปลงไป การเปิดโอกาสให้รับฟังคู่กรณีอีกฝ่ายหรือไม่ ย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งพักการเรียน ถือได้ว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่แม้การพิจารณาจะรับฟังได้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม แต่เมื่อทางพิจารณาได้ความว่า หากศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของฝ่ายปกครอง ทำให้ฝ่ายปกครองต้องกลับไปดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการที่ถูกต้องแล้ว ผลสุดท้ายก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยเดิมของฝ่ายปกครองได้ แต่การจะพิจารณาไปตามคดี *Glynn v. Keele University* ทุกคดีก็ไม่อาจที่จะเป็นไปได้ จึงต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยอาศัยความชอบธรรมในแต่ละคดีมาพิจารณา เช่น ในคดี *Cinnamond v. British Airport Authority*³⁴ เป็นคดีที่หน่วยงานการทำอากาศยานอังกฤษมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ขับขีแท็กซี่รายหนึ่งเข้ามารับผู้โดยสารในพื้นที่ทำอากาศยาน เนื่องจากปรากฏว่าผู้ขับขีแท็กซี่คนดังกล่าวกระทำความผิดฐานฝ่าฝืนกฎหมายโดยการรับผู้โดยสารไม่ถูกต้องหลายครั้ง ซึ่งผู้ขับขีแท็กซี่ได้โต้แย้งว่าคำสั่งห้ามดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้เปิดโอกาสให้เขาโต้แย้งข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งก่อนที่จะออกคำสั่ง แต่ศาลได้มีคำวินิจฉัยว่า ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำการโดยไร้เหตุผลถึงการกำหนดให้มีคำสั่งห้ามดังกล่าว แต่เนื่องจากผู้ขับขีแท็กซี่เองที่ได้กระทำความผิดมาแล้วหลายครั้ง จึงไม่มีความชอบธรรมที่จะได้รับการเปิดโอกาสให้โต้แย้งข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งก่อนที่จะออกคำสั่ง ดังนั้น กรณีจึงถือได้ว่าคำสั่งของฝ่ายปกครองมิได้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้

ผู้วิจัยมีความเห็นที่สอดคล้องกับคำตัดสินของคดี *Glynn v. Keele University* และคดี *Cinnamond v. British Airport Authority* เนื่องจากศาลทั้งสองคดีดังกล่าวได้พิจารณาโดยอาศัยเนื้อหาของคดีเป็นสำคัญมากกว่าการจะพิจารณาถึงข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเห็นข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการเป็นเพียงรายละเอียดเล็กน้อย ประกอบกับทั้งสองคดีได้เข้าสู่ในระหว่างการศึกษาของศาลแล้ว ซึ่งหากศาลสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เพราะเหตุที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ จะทำให้การพิจารณาคดีเกิดความล่าช้าและไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในการที่ฝ่ายปกครองจะไปออกคำสั่งมาใหม่ เพียงเพื่อให้ได้คำวินิจฉัยที่มีเนื้อหาสาระเช่นเดิม

³⁴ *Cinnamond v. British Airports Authority*. (1980). 1 W.L.R. 582.

2.2 กลไกในการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนดในระหว่างพิจารณาของศาลปกครองตามกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันตั้งอยู่บนพื้นฐานของสิทธิทางมหาชน (Subjektives öffentliches Recht) โดยลักษณะของระบบกฎหมายปกครองเยอรมันแตกต่างจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและอังกฤษ สิทธิทางมหาชนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันเป็นที่ยอมรับกันว่า ฝ่ายปกครองต้องผูกมัดตนเองกับกฎหมาย (Rechtsbindung der Verwaltung) ซึ่งปัจเจกชนจะอาศัยสิ่งใดในการเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองเคารพและผูกพันหน้าที่ทางกฎหมาย สิ่งนั้นคือสิทธิปัจเจกชน (the Individual Right) ต้องเป็นผู้ทรงสิทธิเพื่อที่จะโต้แย้งว่าฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายและกระทบสิทธิของตน เมื่อระบบกฎหมายปกครองเยอรมันตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อความคิดเรื่องสิทธิทางมหาชน ย่อมส่งผลให้ความสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับปัจเจกชนนั้นเป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐกับพลเมือง กฎหมายปกครองเยอรมันจึงไม่เพียงแต่มุ่งรักษาความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลด้วย สิทธิทางมหาชนจึงส่งผลต่อระบบกฎหมายปกครองเยอรมันหลายประการตั้งแต่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องเป็นผู้ถูกระทบสิทธิจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองนอกจากจะพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแล้ว ยังต้องฟื้นฟูเยียวยาสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ถูกระทบสิทธิจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครองมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นทุเลาการบังคับทันที และหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองเยอรมันทั้งหลายก็ตั้งฐานและอธิบายไปจากการคุ้มครองสิทธิของบุคคล อาทิ หลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งมีสถานะเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ เป็นเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยองค์กรของรัฐ แม้จะเป็นหลักกฎหมายที่มีสถานะระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่หลักความพอสมควรแก่เหตุนั้นก็มิได้ปรับใช้กับสิทธิรัฐธรรมนูญทุกประเภท และสิทธิซึ่งไม่อาจสร้างความชอบธรรมในการล่วงละเมิดได้เลยนั่นคือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)³⁵ และอีกหลักก็คือ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือว่าไว้วางใจ³⁶ มีลักษณะเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ด้านหนึ่งกับประโยชน์ของเอกชนอีกด้านหนึ่ง เพื่อไม่ให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่สุจริต

³⁵ Nigel Foster and Satish Sule. (2010). *Introduction to German Legal System and Laws*. New York: Oxford University Press. 2010. p. 238.

³⁶ ปิยาบุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 1. หน้า 67.

ต้องแบกรับภาระเกินสมควรหรือเสียดสิทธิประโยชน์อันควรได้รับอย่างไม่เป็นธรรมจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และแม้ว่าการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจะมีขึ้นเพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องคำนึงถึงการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจในความคงอยู่ในสิทธิประโยชน์ของผู้รับคำสั่งทางปกครองผู้สุจริตอันเนื่องมาจากการได้รับคำสั่งดังกล่าวด้วย³⁷

2.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอน วิธีการหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันได้วางหลักถึงกรณีที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการกระทำนั้น ตามหลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” หลักการนี้เป็นผลมาจากหลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ และหลักสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันยังได้ขยายหลักกฎหมายดังกล่าวไปใช้ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันเองหรือความสัมพันธ์ภายในฝ่ายปกครองด้วย หรือระหว่างรัฐกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ (Besondere Gewaltverhältnisse) อาทิ ข้าราชการ นักเรียน ทหาร ผู้ถูกคุมขัง เป็นต้น โดยหลักการดังกล่าวต้องมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลเหล่านั้น เช่นนี้ ฝ่ายปกครองจะกระทำการหรือกำหนดมาตรการใดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเสียก่อน แต่ถ้าเป็นการกระทำที่กำหนดขึ้นเพื่อบริหารจัดการภายในหน่วยงานและไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐเป็นพิเศษ เช่นนี้ก็ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจ เช่น โรงเรียนออกประกาศเปลี่ยนตารางการบรรยาย³⁸

การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเยอรมันเป็นการฟ้องคดีเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่าย ไม่ใช่การฟ้องคดีเพื่อมุ่งหมายไปที่คำสั่งทางปกครองเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีจะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองก็ต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ทรงสิทธิและสิทธิดังกล่าวถูกกระทบจากคำสั่งทางปกครองอันเป็นข้อพิพาทนั้น ซึ่งคดีที่เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น มีคำฟ้องหลัก ๆ อยู่สองประเภท³⁹ ได้แก่ คำฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และคำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ

³⁷ เกียร์ดิไกร ไกรแก้ว. (2551). *การคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³⁸ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 105.

³⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2538). ข้อพิจารณาเปรียบเทียบองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 25 (4), หน้า 708.

ประเภทที่หนึ่ง คำฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) เป็นคำฟ้องที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ศาลยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ กรณีฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง แล้วผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและกระทบสิทธิของตน จึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเงื่อนไขที่สำคัญสำหรับการฟ้องคดีประเภทนี้ คือ ในทางข้อเท็จจริงคำสั่งทางปกครองนั้นยังคงมีอยู่⁴⁰ ข้อพิจารณาหลักเกณฑ์การกระทำของฝ่ายปกครอง จึงขึ้นอยู่กับว่าในทางข้อเท็จจริงนั้นฝ่ายปกครองได้กระทำการในรูปของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่มิได้ขึ้นอยู่กับว่ารูปแบบที่ถูกต้องควรเป็นเช่นใด⁴¹ เช่น รูปแบบของการกระทำที่ถูกต้องในเรื่องนั้น ฝ่ายปกครองควรจะทำในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง แต่กลับทำในรูปของคำสั่งทางปกครอง เช่นนี้หากจะโต้แย้งต้องโต้แย้งในฐานะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง

ประเภทที่สอง คำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) เป็นคำฟ้องที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่ได้ปฏิเสธที่จะออกให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือฝ่ายปกครองได้ละเว้นไม่ออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ผู้ฟ้องคดี ในกรณีนี้อาจเรียกการฟ้องประเภทนี้ว่า การฟ้องโต้แย้งการปฏิเสธของฝ่ายปกครอง เช่น กรณีที่บุคคลผู้ร้องขอให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองแล้วฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธไม่ออกคำสั่งทางปกครองหรือละเลยไม่ออกคำสั่งทางปกครอง บุคคลผู้ร้องจึงมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองตามที่ตนร้องขอ

การตรวจสอบความชอบด้วยคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันต้องพิจารณาถึงผู้มีสิทธิฟ้องคดีและอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษา ดังนี้

(1) ผู้มีสิทธิฟ้องคดี ในการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง ต้องเป็นผู้ทรงสิทธิในทางมหาชนเสียก่อน และคำสั่งทางปกครองที่ขอเพิกถอนนั้นกระทบต่อสิทธิของตน หรือการไม่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นกระทบสิทธิตามมาตรา 42 แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลปกครองลงวันที่ 21 มกราคม 1960 ในกรณีถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ฟ้องคดีอาจฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองที่ปฏิเสธหรือละเลยการออกคำสั่งทางปกครองให้ออกคำสั่งทางปกครอง และศาลจะสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาก็ต่อเมื่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีถูกกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ขอเพิกถอนหรือสิทธิของผู้ฟ้องคดีถูกกระทบจากการปฏิเสธหรือละเลย

⁴⁰ Wolf-Reudiger Schenke. (1993). *Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 1993*. S. 44.

⁴¹ Friedhelm Hufen. (1994). *Verwaltungsprozessrecht, Munchen 1994*. p. 242.

ไม่ออกคำสั่งทางปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ สิทธิของผู้ฟ้องคดีถูกระทบหรือไม่เป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณารับฟ้องของศาล

สิทธิของผู้ฟ้องคดีที่จะพิสูจน์ให้ศาลปกครองเห็นว่าสิทธิของตนถูกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ฟ้องโต้แย้ง หรือสิทธิของตนที่ถูกกระทบจากการไม่ออกคำสั่งทางปกครอง อาจจะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน อาทิ สิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง หรือสิทธิตามที่กฎหมายรับรอง โดยหากเป็นสิทธิตามที่กฎหมายรับรอง กฎหมายที่รับรองสิทธินั้นต้องกำหนดกฎเกณฑ์ที่ให้ประโยชน์หรือให้สิทธิแก่บุคคลประเภทหนึ่งซึ่งบุคคลดังกล่าวรวมถึงผู้ฟ้องคดีด้วย

(2) อำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษา ในคดีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองเยอรมันมีอำนาจตามมาตรา 113 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1960 (พ.ศ. 2503) ดังนี้

(1) ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และให้มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และละเมิดสิทธิของผู้ฟ้องคดี

(2) ศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองฟื้นฟูสถานะทางกฎหมายของผู้ฟ้องคดีที่ดำรงอยู่ในช่วงก่อนคำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับให้กลับมาใหม่ และอาจกำหนดวิธีการในการฟื้นฟูสถานะทางกฎหมายของผู้ฟ้องให้ฝ่ายปกครองทราบด้วยตามที่ผู้ฟ้องร้องขอ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองจะมีอำนาจสั่งการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อครบเงื่อนไข 3 ประการ กล่าวคือ มีความเป็นไปได้ในการฟื้นฟูสถานะทางกฎหมายให้กลับมาใหม่ ศาลได้พิจารณาทุกปัจจัยอันเป็นเงื่อนไขของคำพิพากษา และมาตรการที่ศาลสั่งฝ่ายปกครองนั้นต้องไม่ใช่มาตรการที่อยู่ในแดนอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

(3) ศาลปกครองมีอำนาจทำได้เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น หากเป็นกรณีที่ศาลไม่อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองฟื้นฟูสถานะทางกฎหมายของผู้ฟ้องให้กลับมาใหม่ได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องอาจร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้จนกว่าฝ่ายปกครองจะดำเนินการลบล้างผลต่าง ๆ ที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนให้แล้วเสร็จ เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใหม่ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก็ได้แก่ การกำหนดให้ฝ่ายปกครองวางเงินประกัน

(4) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดจำนวนเงินใหม่หรืออาจกำหนดหน้าที่ให้ใหม่ ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองที่กำหนดจำนวนเงินหรือกำหนดหน้าที่⁴²

⁴² วิทยุตร แสงกนกกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 206.

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันก็สร้างข้อยกเว้นมิให้ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบการตีความของฝ่ายปกครองบางประการ โดยเรียกกรณีดังกล่าวว่าเป็น “แดนวินิจฉัย” (Beurteilungsspielraum; Margin of Judgement)⁴³ แดนวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่สำคัญที่ปรากฏในคำพิพากษา ได้แก่ คดีการตรวจสอบข้อสอบและการประเมินผลการสอบ เรื่องการไม่เลื่อนชั้นนักเรียน⁴⁴ คดีการประเมินผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐ⁴⁵ คดีการประเมินผลความสามารถในการเป็นวิศวกรโดยคณะกรรมการอิสระซึ่งประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้แทนกลุ่มผลประโยชน์⁴⁶ คดีการวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพยากรณ์หรือการประเมินความเสี่ยงในกฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายเศรษฐกิจ เรื่องการกำหนดมาตรการป้องกันอันตรายจากโรงไฟฟ้านิวเคลียร์⁴⁷ เป็นต้น ซึ่งหมายความว่า ศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมการตรวจสอบการปรับใช้กฎหมายอย่างเต็มที่

2.2.1.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการของคำสั่งทางปกครอง

กรณีฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองไปโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการ ศาลปกครองอาจใช้เป็นเหตุอ้างเพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้มีกฎหมายหรือรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 หรือ *Verwaltungsverfahrensgesetz* หรือเรียกโดยย่อว่า *VwVfG* ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการไว้ ดังนี้

(1) รูปแบบ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ได้บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือ หรือเป็นคำสั่งด้วยวาจา หรือออกโดยวิธีการอื่น เช่น สัญญาหรือเครื่องหมายจราจร โดยหลักคำสั่งทางปกครองจึงไม่ได้จำกัดแต่เพียงว่าต้องจัดทำเป็นหนังสือเท่านั้น มีกรณีที่ต้องจัดทำเป็นหนังสือก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติเท่านั้น ประกอบกับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอตามมาตรา 27 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง กล่าวคือ คำสั่งที่ฝ่ายปกครองออกไปจะต้องทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองสามารถเข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองว่าต้องการให้ผู้รับคำสั่งดำเนินการหรือปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติในเรื่องใดอย่างไร

หลักเกณฑ์ที่สำคัญในเรื่องรูปแบบของคำสั่งทางปกครองอีกประการ คือ การให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่

⁴³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 84.

⁴⁴ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (เยอรมัน): BVerwGE 8, 272.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (เยอรมัน): BVerwGE 21, 127.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (เยอรมัน): BVerwGE 59, 213.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (เยอรมัน): BVerwGE 81, 185.

สำคัญที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการวินิจฉัยสั่งการตามมาตรา 29 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง โดยการให้เหตุผลนั้นต้องแสดงให้เห็นว่า ฝ่ายปกครองได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นได้อย่างถูกต้องครบถ้วน⁴⁸ หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ได้ดำเนินการให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะและมีใช้ความบกพร่องอย่างร้ายแรง ซึ่งข้อบกพร่องนี้สามารถแก้ไขเยียวยาได้ตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง⁴⁹

(2) ขั้นตอนหรือวิธีการ ซึ่งมาตรา 28 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครองบัญญัติเกี่ยวกับขั้นหรือวิธีการในการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองว่า กรณีที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองอันจะกระทบสิทธิของคู่กรณี ฝ่ายปกครองจะต้องเปิดโอกาส (Opportunity) ให้คู่กรณีที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้มีสิทธิชี้แจงหรือโต้แย้งเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองใดที่ไม่ได้ดำเนินการในขั้นตอนนี้ย่อมเป็นข้อบกพร่องในเรื่องของขั้นตอน และมีผลทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ข้อบกพร่องดังกล่าวโดยทั่วไปยังไม่ถือว่ารุนแรงและเห็นประจักษ์ถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถเยียวยาข้อบกพร่องโดยการรับฟังในภายหลังได้ตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง เรื่องการเยียวยาข้อบกพร่องในทางวิธีพิจารณา (Die Heilung von Verfahrensfehlern)⁵⁰

2.2.2 การแก้ไขข้อบกพร่องในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครอง

ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน การแก้ไขข้อบกพร่องของฝ่ายปกครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนหรือวิธีการได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 45⁵¹ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย

⁴⁸ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (เยอรมัน) : BVerwGE 39, 197.

⁴⁹ เพ็ญศรี วงศ์เสรี. (2547). บันทึกเรื่องการให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 4 (3). หน้า 100.

⁵⁰ วรเจตน์ ภาศิริตัน. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 117.

⁵¹ มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) 1976) (การแก้ไขข้อบกพร่องของขั้นตอนและรูปแบบ)

วิธีปฏิบัติทางปกครอง ค.ศ. 1976 และเมื่อพิจารณามาตรา 45 (1) ที่บัญญัติว่า “การฝ่าฝืน บทบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนหรือรูปแบบ ที่ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ” ย่อมแสดงให้เห็นว่า ขั้นตอนหรือวิธีการที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะย่อมไม่อาจแก้ไขได้ ประกอบกับ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 44 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติทางปกครอง ค.ศ. 1976 เกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองแล้ว จะพบว่าคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องที่ ฝ่ายปกครองไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ได้แก่กรณี ดังนี้

(1) กรณีคำสั่งทางปกครองที่ต้องออกโดยรูปแบบเป็นหนังสือหรืออิเล็กทรอนิกส์นั้นไม่ได้ ระบุถึงฝ่ายปกครองที่ออกคำสั่งหรือไม่อาจทราบได้ว่าคำสั่งทางปกครองออกฝ่ายปกครองใด กล่าวคือ ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือบุคคลที่ถูกกระทบกระเทือนสิทธิในการออกคำสั่ง ทางปกครองจะต้องทราบว่าคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับหรือถูกกระทบกระเทือนสิทธินั้นออกมา จากฝ่ายปกครองใด เพื่อเขาจะได้อยู่ในวิสัยที่จะโต้แย้งคัดค้านได้ การที่ฝ่ายปกครองระบุชื่อองค์กร ฝ่ายปกครองที่ตอนบนของหนังสือ (Briefkopf) ในคำสั่งทางปกครองก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะ หลีกเลี่ยงข้อบกพร่องในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบว่ามาจาก ฝ่ายปกครองส่วนใด⁵²

(1) การฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนหรือรูปแบบ ที่ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ จะถือ ว่าไม่เป็นสาระสำคัญ เมื่อ

1. คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีคำขอก่อน ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว;
2. คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผล ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง;
3. การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำ ได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง;
4. มติของคณะกรรมการที่จำเป็นในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น คณะกรรมการได้มีมติในภายหลัง;
5. คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบ ในภายหลัง

(2) การดำเนินการใด ๆ ในการแก้ไขข้อบกพร่องตาม (1) ข้างต้น สามารถดำเนินการได้จนกระทั่งสิ้นสุด การพิจารณาคดีในชั้นศาลปกครองที่เป็นชั้นสุดท้ายที่จะรับฟังข้อเท็จจริงแห่งคดีได้

(3) กรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ได้ให้เหตุผลเอาไว้ก็ดี หรือไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งก็ดี โดย ส่งผลให้บุคคลไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ถือว่ามิใช่ความผิดของผู้ฟ้องคดี โดยให้ถือว่ามิเหตุที่ทำให้อุปสรรคขัดขวางนั้นสิ้นไปตามมาตรา 32 (2) ในขณะที่ได้ มีการดำเนินการตามขั้นตอนนั้น ในภายหลังเสร็จสิ้นแล้ว

⁵² H. Meyer. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. p. 382. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). *หลักกฎหมาย ปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 169.

(2) กรณีเมื่อมีกฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองจะต้องทำโดยการมอบเอกสารราชการที่สำคัญ (Durch Aushändigung Einer Urkunde) แต่ไม่ได้มีการปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด เช่น พิธีการมอบเอกสารแต่งตั้งข้าราชการตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการประเภทต่าง ๆ (Beamten-gesetze) เป็นรูปแบบในการสถาปนาความสัมพันธ์พิเศษในการเป็นข้าราชการ⁵³ พิธีการมอบเอกสารการได้มาซึ่งสัญชาติเยอรมัน (Einbürgerung) และการเสียสัญชาติเยอรมัน (Entlassung) ตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ⁵⁴

(3) กรณีคำสั่งทางปกครองออกโดยฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจหน้าที่หรือนอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น (Die örtliche Zuständigkeit) และเป็นกิจการที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เช่น ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเกี่ยวกับการควบคุมอาคารในเขตท้องที่หนึ่ง แต่ไปออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร หรือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารแก่ผู้รับคำสั่งในเขตท้องที่อื่น ใบอนุญาตและคำสั่งดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ⁵⁵ อย่างไรก็ตามหากเป็นกิจการอื่นที่ไม่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ใบอนุญาตและคำสั่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นก็ไม่ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด

(4) กรณีผลบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่อาจมีผู้ใดปฏิบัติตามคำบังคับของคำสั่งนั้นได้ หรือกล่าวได้ว่าเป็นการสั่งให้ผู้รับคำสั่งกระทำการหรือปฏิบัติกรอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งด้วยเหตุผลทางข้อเท็จจริงแล้วไม่อาจปฏิบัติได้ (Objective Tatsächliche Unmöglichkeit) โดยพิจารณาจากวิญญูชนทั่วไปว่าไม่อาจปฏิบัติตามคำสั่งของฝ่ายปกครองได้ เช่น การออกคำสั่งเรียกเงินค่าธรรมเนียมที่สูงมากเกินกว่าวิญญูชนทั่วไปจะชำระได้⁵⁶ หรือการออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารโดยไม่ปรากฏว่ามีอาคารหลังดังกล่าว หรือได้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวไปแล้ว⁵⁷

(5) กรณีคำสั่งทางปกครองที่บังคับให้บุคคลต้องกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีโทษทางอาญา (Strafe) หรืออาจจะต้องถูกปรับทางปกครอง (Bussgeld) กล่าวคือ บางกรณีฝ่ายปกครองอาจออกคำสั่งทางปกครองที่เกินขอบเขตของกฎหมาย แม้โดยทั่วไปแล้วคำสั่ง

⁵³ Die Begründung eines Beamtenverhältnisses, มาตรา 6 วรรคสอง BBG. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 169.

⁵⁴ มาตรา 16 และมาตรา 23 Reichs und Staatsangehörigkeitsgesetz. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 169.

⁵⁵ H. Meyer und H. Borgs-Maciejowski. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 169.

⁵⁶ Ferdinand O. Kopp. (1980). *Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen*. Auflage, München. p. 36.

⁵⁷ H. Maurer. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. p. 184. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 170.

ทางปกครองนั้นจะยังมีผลบังคับอยู่ แต่ข้อกำหนดที่ให้ผู้รับคำสั่งปฏิบัติตามนั้น ทำให้ผู้รับคำสั่งอาจต้องรับโทษทางอาญาหรือโทษปรับทางปกครอง กฎหมายจึงเลือกคุ้มครองผู้รับคำสั่งทางปกครองมิให้ต้องเสี่ยงต่อการกระทำที่ตนจะต้องรับโทษดังกล่าว กฎหมายจึงกำหนดให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่มีสภาพบังคับและให้ตกเป็นโมฆะ เช่น การออกคำสั่งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองเข้าไปในเคหสถานของผู้อื่น โดยเกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ หากผู้รับคำสั่งปฏิบัติตามต้องเสี่ยงต่อการทำความผิดในทางอาญา แต่ในทางกลับกัน หากเพียงผิดตามกฎหมายอื่น หรือมีความรับผิดในทางแพ่ง แต่ไม่ผิดในทางอาญา คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นเพียงโมฆียะเท่านั้น⁵⁸

(6) กรณีคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือฝืนศีลธรรมอันดีของประชาชน (Gute Sitten) เป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักทั่วไปแล้วจะมีผลบังคับ แต่หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นถึงขนาดไปกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว กฎหมายก็มีเหตุผลเพียงพอที่จะลบล้างสภาพบังคับของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้มีผลเป็นโมฆะกรรมได้ เช่น ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่แฝงด้วยการเหยียดผิว⁵⁹ หรือบังคับให้แต่งงานกัน (Nötigung zur Eheschließung)⁶⁰ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏข้อบกพร่องเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่งที่ตกเป็นโมฆะและคำสั่งที่ไม่ตกเป็นโมฆะ และยังคงมีผลในทางกฎหมายอยู่ตราบเท่าที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะถูกยกเลิกหรือเพิกถอนหรือสิ้นผลลงด้วยเหตุอื่นแล้ว กรณีจึงต้องพิจารณาว่าการที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะสามารถยอมรับการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นได้หรือไม่ ซึ่งการแก้ไขข้อบกพร่องจะเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องในทางพิจารณาให้หมดไป โดยถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นกลับกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งขั้นตอนหรือวิธีการที่ยังสามารถแก้ไขได้บัญญัติไว้ในมาตรา 45 (1) แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง โดยบัญญัติข้อบกพร่องที่สามารถแก้ไขได้ไว้ห้ากรณี⁶¹ ดังนี้

⁵⁸ H. Meyer. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. p. 383. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 171.

⁵⁹ H.U. Erichsen und W. Martens. *Supra*. p. 176. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 171.

⁶⁰ H. Meyer und H. Borgs-Maciejowski. *Supra*. p. 383. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 171.

⁶¹ กมลชัย รัตนสกาวงษ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 182.

กรณีทีหนึ่ง การออกคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดว่าจะต้องมีคำขอให้ออกคำสั่ง โดยยื่นคำร้องเป็นหนังสือ แต่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่มีคำร้องเป็นหนังสือแต่อย่างใด ข้อบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สามารถแก้ไขเยียวยาได้โดยการให้ยื่นคำร้องเป็นหนังสือย้อนหลัง

ยกตัวอย่างเช่น กรณีฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจออกใบอนุญาตตามกฎหมายควบคุมอาคาร หรือกฎหมายเกี่ยวกับคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ได้ออกใบอนุญาตให้พร้อมกับกำหนดข้อเรียกร้องในใบอนุญาตให้ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ เมื่อฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตไม่ตรงตามคำขอก็เท่ากับว่าได้ปฏิเสธคำขออนุญาตเดิมและได้ออกใบอนุญาตใหม่โดยคู่กรณีไม่ได้ยื่นคำขอ จึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมีข้อบกพร่อง ถ้าผู้รับใบอนุญาตยื่นคำขอในภายหลังโดยกำหนดเนื้อหาของคำขอให้ตรงกับใบอนุญาตที่ฝ่ายปกครองได้ออกให้ ก็ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องแล้ว⁶²

กรณีที่สอง การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งไว้ด้วย และไม่ใช้กรณีที่เข้าข้อยกเว้นแล้ว ต้องถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องในทางรูปแบบ เท่ากับว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สามารถแก้ไขเยียวยาโดยการให้เหตุผลประกอบคำสั่งย้อนหลังได้

กรณีที่สาม การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้จัดให้มีการรับฟังก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง และไม่ใช้กรณีที่เข้าข้อยกเว้นของการรับฟังตามมาตรา 28 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญตีว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องและไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องโดยการรับฟังในภายหลังเพื่อประกอบคำสั่งทางปกครองได้

ยกตัวอย่างเช่น ตามข้อบังคับของบ้านพักสตรีซึ่งอยู่ในความดูแลขององค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่ง หากมีที่พักว่าง องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งนั้นอาจรับสตรีจากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งอื่นเข้าพักอาศัยได้ นางเอซึ่งเป็นสตรีจากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งอื่นได้ยื่นคำขอเข้าพักอาศัยในบ้านสตรี แต่ถูกปฏิเสธโดยที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งนั้นไม่ได้รับฟังนางเอก่อนออกคำสั่ง เช่นนี้ การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของการไม่ได้รับฟังจะกระทำได้เมื่อองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องรับฟังคำอธิบายของนางเอในภายหลังและพิจารณาว่าจะแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ตนเองได้ออกไปหรือไม่⁶³

⁶² Ule / Laubinger. *supra note 4*. pp. 559-581.

⁶³ Wolff / Decker. *supra note 2*. pp. 663-670.

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตประการที่สำคัญ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังนั้น โดยหลักก็คือ ฝ่ายปกครองผู้ซึ่งออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นเป็นผู้ที่มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลัง เว้นแต่เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นได้มีการอุทธรณ์ไปแล้ว ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการรับฟังนั้นได้ หากฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจพิจารณาในชั้นอุทธรณ์นั้นมิอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในชั้นต้นได้หรือเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่มีดุลพินิจ ในทางกลับกัน หากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจอย่างแท้จริงแล้ว ฝ่ายปกครองในชั้นอุทธรณ์ก็ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาโดยการรับฟังในภายหลังได้ ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจพิจารณาในชั้นอุทธรณ์สามารถทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่มี การรับฟังนั้น

กรณีที่สี่ การออกคำสั่งทางปกครองที่จะต้องขอมติของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น แต่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองมิได้ขอมติจากคณะกรรมการก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง ถ้าหากได้มีการประชุมคณะกรรมการและมีมติที่ถูกต้องตามกฎหมายในภายหลัง กฎหมายถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้น ได้มีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องแล้ว จึงกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่ห้า การออกคำสั่งทางปกครองที่จะต้องให้เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นเข้าร่วมในการพิจารณาด้วย แต่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองมิได้จัดให้เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นที่กฎหมายกำหนดไว้ นั้นเข้าร่วมพิจารณาก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้ โดยการให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในภายหลัง ซึ่งเมื่อฝ่ายปกครองได้แก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องดังกล่าวแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็กลับกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และคู่กรณีไม่อาจยกเอาข้อบกพร่องที่ได้รับการเยียวยานั้นมาเพื่อเป็นเหตุในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป

นอกจากการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว ยังมีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะอื่นอีก เช่น ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยกฎหมายข้าราชการ ซึ่งบัญญัติถึงกรณีของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่ได้ทำขึ้นโดยฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจ

โดยหากฝ่ายปกครองที่มีอำนาจได้มีการยืนยันคำสั่งดังกล่าวในภายหลังแล้ว ข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นก็เป็นอันหมดสิ้นไป⁶⁴

2.2.2.1 การแก้ไขข้อบกพร่องกรณีขั้นตอนหรือวิธีการไม่เป็นสาระสำคัญ

ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน มีการบัญญัติหลักการพิจารณาความไม่เป็นสาระสำคัญของขั้นตอนหรือวิธีการไว้ในมาตรา 46⁶⁵ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ซึ่งลักษณะของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เป็นหลักการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจในการออกคำสั่ง เรียกว่า “การไร้ซึ่งทางเลือกในทางกฎหมาย” (Rechtliche Alternativlosigkeit; the Lack of Legal Alternative) หมายความว่า ข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้จะถือว่าไม่เป็นสาระสำคัญ (Unbeachtlich) เมื่อการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองไม่มีเหตุผลในทางกฎหมายใด ๆ จึงต้องดำเนินการตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดและมีลักษณะที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการโดยไม่อาจที่จะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้⁶⁶ ภายใต้หลักการดังกล่าว มีเพียงขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองที่อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะเป็นอำนาจผูกพัน (Gebundene Verwaltung) เท่านั้น ที่จะถือว่าขั้นตอนหรือวิธีการไม่เป็นสาระสำคัญ โดยอำนาจผูกพันมีลักษณะผลในทางกฎหมายที่จะต้องวินิจฉัย ทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้ เมื่อฝ่ายปกครองมีเพียงทางเลือกเดียวที่จะต้องวินิจฉัยแล้ว การที่ศาลจะพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ก็จะทำให้ฝ่ายปกครองจะต้องกลับไปทำคำสั่งทางปกครองนั้น โดยมีเนื้อหาเช่นเดิม อันไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในการพิจารณา

เมื่อพิจารณาจากหลักการดังกล่าวจะเห็นว่า หลักการดังกล่าวจำกัดขั้นตอนหรือวิธีการใดที่ไม่เป็นสาระสำคัญไว้อย่างแคบ ต่อมาได้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเยอรมันที่ ต้องการขยายขอบเขตของขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ โดยไม่อาจจำกัดอยู่ที่ลักษณะของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่จะพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีว่าข้อบกพร่องที่

⁶⁴ Ule / Laubinger. *supra note* 4. pp. 559-581.

⁶⁵ มาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG 1976)

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ตกเป็น โมฆะเสียก่อนตามมาตรา 44 นั้น บุคคลไม่อาจจะใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการเพิกถอนคำสั่งโดยได้แย้งแต่เพียงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอน รูปแบบหรือขอบอำนาจเชิงพื้นที่ หากเป็นที่ประจักษ์ชัดเจนแล้วว่าการฝ่าฝืนดังกล่าวไม่ได้มีผลต่อการวินิจฉัยในประเด็นแห่งเนื้อหา

⁶⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2562). *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย: ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 129.

เกิดขึ้นส่งผลต่อคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นว่านั้น หากฝ่ายปกครองดำเนินการโดยครบถ้วนไม่มีข้อบกพร่องแล้ว ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองที่แตกต่างไปจากคำสั่งเดิมหรือไม่ หากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเป็นเหตุทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมแสดงว่าขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นสาระสำคัญ แต่หากฝ่ายปกครองไม่อาจวินิจฉัยให้แตกต่างไปจากเดิมได้ ย่อมถือว่าขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ไม่เป็นสาระสำคัญ ทำให้การพิจารณาว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญไม่ได้อยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นอำนาจผูกพันเท่านั้น แต่ยังคงขยายข้อจำกัด ไปยังบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ดุลพินิจฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งวัตถุประสงค์ของขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญมีเพื่อไม่ให้คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาของคำสั่งถูกต้องถูกเพิกถอนเพียงเพราะขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ และฝ่ายปกครองจะต้องกลับไปดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระเช่นเดิมอีกครั้ง ดังปรากฏตาม มาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ที่วางหลักว่า บุคคลไม่อาจจะใช้สิทธิเรียกร้องให้มีการเพิกถอนคำสั่งโดยโต้แย้งแต่เพียงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอน รูปแบบหรือขอบอำนาจเชิงพื้นที่ หากเป็นที่ประจักษ์ชัดเจนแล้วว่าการฝ่าฝืนดังกล่าวไม่ได้มีผลต่อการวินิจฉัยในประเด็นแห่งเนื้อหา

2.2.2.2 การแก้ไขข้อบกพร่องโดยพิจารณาจากเนื้อหาเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการ

ก่อนที่จะมีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้มีการถกเถียงในทางวิชาการถึงการแก้ไขข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ รวมถึงคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ⁶⁷ ที่วางหลักว่า การพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีสำคัญกว่าการพิจารณาขั้นตอนหรือวิธีการ โดยในระบบกฎหมายเยอรมันเห็นว่า การพิจารณาทางปกครองหรือขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนเนื้อหาสาระของกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ กระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นกระบวนการพิจารณาที่ตกอยู่ภายใต้หลักการค้นหาความจริงในทางเนื้อหา ซึ่งมาตรา 24 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองค้นหาข้อเท็จจริงตามหน้าที่

หลักการค้นหาความจริงในทางเนื้อหาตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง และมีขึ้นเพื่อประกันว่าประโยชน์สาธารณะจะได้รับ

⁶⁷ BVerwG, Urt. v. 29.03.1966, I C 19.65, BVerwGE 24, 23, 32; BVerwG, Urt. v. 10.04.1968, IV C 227.65. BVerwGE 29, 282, 283 f.

ความคุ้มครองโดยการใช้อำนาจสั่งการซึ่งตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง⁶⁸ ในการค้นหาความจริงนั้น ฝ่ายปกครองจะค้นหาข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายแก่คู่กรณีไม่ได้ จะต้องดำเนินการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างระเอียดถี่ถ้วน และเป็นประโยชน์แก่คู่กรณีตามมาตรา 24 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ที่กำหนดหน้าที่ของฝ่ายปกครองไว้เพื่อเป็นเครื่องประกันว่า คู่กรณีจะได้รับการพิจารณาตามกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองและคำขอหรือคำอธิบายของ คู่กรณีจะไม่ถูกปฏิเสธตั้งแต่ต้น โดยที่ฝ่ายปกครองยังไม่ได้พิจารณาให้ถี่ถ้วนในทางเนื้อหา บทบัญญัติในส่วนนี้จึงทำให้สิทธิร้องทุกข์ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานปรากฏเป็นรูปธรรมในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง กล่าวคือ ประชาชนย่อมได้รับการคุ้มครองว่าการยื่นเรื่องราวของตนจะมี ฝ่ายปกครองรับพิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริงในทางเนื้อหา และวินิจฉัยให้ทราบเป็นลายลักษณ์อักษร⁶⁹

จากหลักการค้นหาความจริงในทางเนื้อหาดังกล่าว มีข้อพิจารณาต่อไปโดยแยกพิจารณาความสำคัญของข้อบกพร่องทางวิธีพิจารณาทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครองว่ามีส่วนกระทบต่อความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมายในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ถ้าแม้ว่าจะได้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบหรือวิธีพิจารณาแล้ว ฝ่ายปกครองก็ยังคงวินิจฉัยสั่งการในเนื้อหาเดิม โดยไม่มีทางที่จะวินิจฉัยสั่งการเป็นอย่างอื่นได้แล้ว มาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 บัญญัติ ห้ามมิให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านในประเด็นข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาโดยลำพัง แสดงให้เห็นว่ากฎหมายปกครองเยอรมันให้ความสำคัญกับข้อบกพร่องทางวิธีพิจารณาน้อยกว่าความสำคัญของข้อบกพร่องทางเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติ การวิเคราะห์ว่าข้อบกพร่องทางวิธีพิจารณาที่จะมีผลกระทบต่อความถูกต้องหรือชอบด้วยกฎหมายในส่วนของเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติของคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องเป็นประเภทที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจด้วย ไม่ว่าจะเป็นดุลพินิจที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบหรือในส่วนผลทางกฎหมาย ในกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านเฉพาะประเด็นข้อบกพร่องทางวิธีพิจารณาโดยไม่ได้โต้แย้งข้อบกพร่องทางเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติก็ได้ แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวชอบด้วยเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติหรือไม่ ถ้าศาลปกครองเห็นชอบด้วยเนื้อหา ศาลปกครองจะปฏิเสธคำฟ้องขอ

⁶⁸ Marwinski, in : Brandt/Sachs (Hrsg.), S. 62.

⁶⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 127-129.

เพิกถอนของผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยพิพากษายกฟ้อง เพราะว่าแม้จะมีการปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องวิธีพิจารณาอย่างถูกต้อง ก็ไม่อาจวินิจฉัยสั่งการเป็นอย่างอื่นได้⁷⁰

ยกตัวอย่างการฟ้องคดีโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองประเภทที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ เช่น ในชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง เรื่อง คำสั่งห้ามนาย ก. ประกอบอาชีพที่ออกโดยฝ่ายปกครองที่ไม่ได้จัดให้มีการรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ รวมถึงคำชี้แจงของนาย ก. เมื่อนาย ก. ยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่า คำสั่งห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวสอดคล้องกับข้อกฎหมายมาตรา 35 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาชีพ (GewO) หรือไม่ และในการพิจารณาคดีของศาลปกครองได้มีการรับฟังพยานหลักฐานและคำชี้แจงของนาย ก. แล้ว เช่นนี้ การรับฟังในชั้นศาลก็เป็นการเยียวยาข้อบกพร่องทางวิธีพิจารณาในชั้นฝ่ายปกครองเช่นกัน เมื่อศาลปกครองเห็นว่า คำสั่งห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวชอบด้วยเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติ ศาลปกครองจะต้องพิพากษายืนตามคำสั่งห้ามประกอบอาชีพและยกฟ้องนาย ก. ในทางกลับกัน หากเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เช่น คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ศาลปกครองจะต้องบอกล้างคำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยการเพิกถอนคำสั่ง เนื่องจากมิได้มีการรับฟังคำชี้แจงต่าง ๆ ของผู้รับคำสั่งทางปกครองในชั้นฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะต้องย้อนเรื่องให้ฝ่ายปกครองพิจารณาเรื่องนั้นใหม่ และทำการพิจารณาใหม่อีกครั้ง หากฝ่ายปกครองฟังคำชี้แจงแล้วเห็นด้วยกับเหตุผลของผู้รับคำสั่งทางปกครองก็อาจใช้ดุลพินิจไม่ออกคำสั่งแต่อย่างใดก็ได้⁷¹

2.2.2.3 ระยะเวลาในการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด

เดิมในเรื่องการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเยอรมันนั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือหากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ การแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองก็จะกระทำได้ในช่วงก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง ต่อมา มาตรา 45 (2) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้มีการแก้ไขในเรื่องระยะเวลาของการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยกำหนดขอบเขตของระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 45 (2) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 บัญญัติว่า การดำเนินการใด ๆ ในการแก้ไขข้อบกพร่องตาม (1) ข้างต้น สามารถดำเนินการได้จนกระทั่งสิ้นสุดการพิจารณาคดีในชั้นศาลปกครองที่เป็นชั้นสุดท้ายที่จะรับฟังข้อเท็จจริงแห่งคดี

⁷⁰ กมลชัย รัตนสภาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 185.

⁷¹ กมลชัย รัตนสภาววงศ์. (2544). อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 185-186.

ได้ จึงต้องพิจารณาโครงสร้างของศาลปกครองเยอรมันที่แบ่งชั้นศาลออกเป็น 3 ชั้นด้วยกัน⁷² กล่าวคือ

(1) ศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgerichte) เป็นศาลที่รับคดีในเบื้องต้นหรือเป็นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีเป็นศาลแรก สำหรับข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองได้กำหนดไว้ในมาตรา 45⁷³ VwGO แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung 1960-VwGO) โดยทั่วไปแล้วคดีปกครองจะเริ่มต้นที่ศาลปกครองชั้นต้น เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติให้เริ่มคดีที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์หรือศาลปกครองชั้นสูง

(2) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์หรือศาลปกครองชั้นสูง (Oberverwaltungs-gerichte หรือ Verwaltungsgerichtshöfe) เป็นศาลปกครองระดับมลรัฐเช่นเดียวกับศาลปกครองชั้นต้นใน แต่ละมลรัฐสามารถมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ได้เพียงศาลเดียว มลรัฐหลายมลรัฐอาจร่วมกันจัดตั้งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เพียงศาลเดียวได้โดยถือว่าเป็นศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ของมลรัฐที่ได้ร่วมกันจัดตั้งขึ้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อาจทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นได้บางเรื่อง ตามมาตรา 48⁷⁴ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

⁷² บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 26.

⁷³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung 1960-VwGO) มาตรา 45 (เขตอำนาจศาล)

ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับข้อพิพาททั้งหลายที่กำหนดให้มีการฟ้องคดียังศาลปกครอง

⁷⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung 1960-VwGO) มาตรา 48 (เขตอำนาจของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์)

(1) ให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในชั้นแรกในข้อพิพาทเกี่ยวกับ

1. การก่อสร้าง การเดินเครื่อง การครอบครอง การเปลี่ยนแปลง การปิด การรวมกัน การรื้อถอนอาคาร ตามนัยมาตรา 7 และมาตรา 9a วรรคสาม ของกฎหมายว่าด้วยพลังงานปรมาณู

2. การตัดแปลง การเปลี่ยนแปลง และการใช้อื่น ๆ ซึ่งเชื้อเพลิงนิวเคลียร์นอกอาคารตามประเภทที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 ของกฎหมายว่าด้วยพลังงานปรมาณู และการตัดแปลงที่สำคัญหรือการแก้ไขที่สำคัญตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองของกฎหมายว่าด้วยพลังงานปรมาณูและการสำรองเชื้อเพลิงพลังงานนิวเคลียร์นอกเหนือการควบคุมดูแลของรัฐ (มาตรา 16 ของกฎหมายว่าด้วยพลังงานปรมาณู)

3. การก่อตั้ง การเดินเครื่อง การเปลี่ยนแปลง โรงพลังงานที่ใช้ระบบความร้อนด้วยเชื้อเพลิงแข็ง เชื้อเพลิงเหลว และก๊าซซึ่งมีพลังความร้อนมากกว่า 300 เมกกะวัตต์

4. การเดินสายไฟฟ้าซึ่งมีกระแสไฟฟ้ามากกว่า 100,000 โวลต์ หรือการแก้ไขแนวสายส่งดังกล่าว

3) ศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) เป็นศาลที่พิจารณาเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น ศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์จะไม่วินิจฉัยข้อเท็จจริง ทำให้เข้าใจได้ว่า ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เป็นศาลที่พิจารณาข้อเท็จจริงเป็นลำดับขั้นสุดท้าย แต่กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้มีการดำเนินคดีครั้งแรกที่ศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์แล้ว ศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์ย่อมเป็นศาลที่รับฟังข้อเท็จจริงได้ เช่น มาตรา 50⁷⁵ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

5. กระบวนการสำหรับการก่อตั้ง การเดินเครื่อง การเปลี่ยนแปลงอาคารที่ยึดติดกับพื้นดินในการแยกสลายด้วยความร้อนหรือในการเผาขยะมูลฝอยมากกว่า 100,000 ตันต่อปี หรือในอาคารซึ่งใช้เก็บขยะมูลฝอยทั้งหมดหรือบางส่วนตามนัยมาตรา 41 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายว่าด้วยขยะและการนำกลับมาใช้ใหม่

6. การก่อสร้าง การขยาย หรือการเปลี่ยนแปลง และการดำเนินกิจการเกี่ยวกับสนามบินและทางขึ้นลงของเครื่องบินซึ่งอยู่ในเขตการคุ้มครองการก่อสร้าง

7. กระบวนการกำหนดแผนสำหรับการก่อสร้างหรือการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับระยะทางของการเดินรถราง รถกระเช้าแม่เหล็กไฟฟ้าหรือรถไฟ รวมทั้งสำหรับการก่อสร้างหรือการเปลี่ยนแปลงสถานีลับเปลี่ยนขบวนรถและสถานีบรรจุขนถ่ายสินค้า

8. กระบวนการกำหนดแผนสำหรับการสร้างหรือการเปลี่ยนแปลงทางหลวงแผ่นดินสหพันธ์

9. กระบวนการกำหนดแผนสำหรับการสร้างหรือการขยายการคมนาคมทางน้ำของสหพันธ์

กรณีดังกล่าวข้างต้นให้นำมาใช้สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตแทนการกำหนดแผน รวมทั้งสำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตหรือการอนุญาตที่จำเป็นสำหรับโครงการเท่าที่การอนุญาตนั้นเกี่ยวข้องกับสิ่งอำนวยความสะดวกข้างเคียง ซึ่งจะต้องเกี่ยวพันกับโครงการดังกล่าวในแง่พื้นที่และในแง่ของการดำเนินโครงการ มลรัฐสามารถออกกฎหมายที่กำหนดให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์วินิจฉัยในชั้นแรกในข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวกับการส่งมอบการครอบครองในกรณีดังกล่าวข้างต้นได้

(2) ให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์พิจารณาวินิจฉัยในชั้นแรกซึ่งคำฟ้องเกี่ยวกับการห้ามสมาคม ซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของมลรัฐตามมาตรา 3 วรรคสอง ข้อ 1 ของกฎหมายว่าด้วยสมาคม และเกี่ยวกับคำสั่งที่ออกตามมาตรา 8 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่งของกฎหมายว่าด้วยสมาคม

⁷⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung 1960-VwGO) มาตรา 50 (เขตอำนาจของศาลปกครองสหพันธ์ในฐานะเป็นศาลชั้นแรกและชั้นสุดท้าย)

(1) ศาลปกครองสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยในฐานะเป็นศาลชั้นแรกและชั้นสุดท้ายในเรื่องต่อไปนี้

1. ในเรื่องข้อพิพาททางมหาชนที่ไม่ใช่เรื่องข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐและระหว่างมลรัฐด้วยกัน

2. ในเรื่องคำฟ้องเกี่ยวกับการห้ามสมาคมที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าด้วยกระทรวงมหาดไทยตามมาตรา 3 วรรคสอง ข้อ 2 ของกฎหมายว่าด้วยสมาคม และคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งที่ออกตามมาตรา 8 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่งของกฎหมายว่าด้วยสมาคม

3. (ยกเลิก)

กำหนดระยะเวลาของการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 45 (2) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ที่กล่าวมาข้างต้น อาจจะกระทำได้นั้นกว่าฝ่ายปกครองผู้ซึ่งวินิจฉัยอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครองจะได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ในคำสั่งทางปกครองเรื่องเดียวกันนั้น แต่หากเป็นกรณีที่ไม่มีขั้นตอนของการอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองแล้ว เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองระดับสูง การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องทางวิธีพิจารณาก็อาจกระทำได้นั้นถึงระยะเวลาที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาล กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องเช่นว่านี้ยังทำได้เสมอเมื่อยังอยู่ในระหว่างความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยลำพัง ยกตัวอย่างเช่น ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ให้นาย ก. ประกอบอาชีพอีกต่อไป โดยอ้างมาตรา 35 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาชีพ (GewO) โดยไม่เปิดโอกาสให้นาย ก. ได้แย้งข้อเท็จจริง ก่อนออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งห้ามประกอบอาชีพจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เรื่องการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ เมื่อนาย ก. ได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านและฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการรับฟังในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองแล้ว ข้อบกพร่องในเรื่องการรับฟังนี้ก็ถือว่าได้รับการแก้ไขเยียวยาแล้ว ส่วนคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น หากฟังข้อเท็จจริงว่า คำสั่งห้ามประกอบอาชีพโดยฝ่ายปกครองไม่มีเหตุผลอื่นที่จะฟังได้ว่าผิดกฎหมาย คำร้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านของนาย ก. ก็จะต้องถูกปฏิเสธจากฝ่ายปกครองที่วินิจฉัยอุทธรณ์เช่นกัน⁷⁶

4. ในเรื่องคำฟ้องโต้แย้งสหพันธ์ซึ่งเกี่ยวพันกับภารกิจของสำนักข่าวกรองของสหพันธ์

(2) (ยกเลิก)

(3) ถ้าศาลปกครองสหพันธ์เห็นว่า ข้อพิพาทตามวรรคหนึ่ง ข้อ 1 อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธ์ จะต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นผู้วินิจฉัย

⁷⁶ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. ส้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 182.