

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาหลักการและแนวความคิดในระบบกฎหมายปกครองของต่างประเทศเกี่ยวกับการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ในบทที่ 2 หลักการและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายของไทยในบทที่ 3 และการวิเคราะห์ถึงปัญหาและผลของการแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดในระหว่างการพิจารณาของศาลมาแล้วในบทที่ 4 สามารถสรุปผลการศึกษาได้ ดังนี้

#### 5.1 บทสรุป

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีหลักกฎหมายพื้นฐานที่หลากหลาย ซึ่งในทางปฏิบัติกำหนดอยู่ด้วยกันหลายหลักการ ได้แก่ รูปแบบ ผลของการใช้บังคับ เหตุแห่งความบกพร่องของนิติกรรมและการโต้แย้งฝ่ายปกครอง เมื่อกิจกรรมทางปกครองโดยส่วนใหญ่เป็นวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในแต่ละประเทศจึงได้นำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาจัดทำกฎหมายดังกล่าวในรูปแบบของประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อจัดกระบวนการของกิจกรรมทางปกครองให้สามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ (Efficiency) และได้ข้อยุติที่ถูกต้องและเป็นธรรม (Just) ต่อประโยชน์สาธารณะ<sup>1</sup> (Intérêt Public) และประโยชน์เอกชน (Intérêt Privé)<sup>2</sup>

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality of Administrative Action) เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในระบบกฎหมายปกครอง กล่าวคือ ฝ่ายปกครอง (Administration) ต้องผูกพันตนและอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งการพิจารณาขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว จึงต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ (Authority) ตามกฎหมายแทนรัฐ (State) โดยฝ่ายปกครอง

---

<sup>1</sup> แนวคิดพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน (Notion Fondamentale du Droit Public) จะเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง รวมถึงพัฒนาการของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้าย (Finalité) อันเป็นความมุ่งหมายของฝ่ายปกครอง คือ ประโยชน์ส่วนรวม อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า ประโยชน์สาธารณะนั้น หมายความว่า วัตถุประสงค์ในการดำเนินการหรือวัตถุประสงค์ของสถาบันต่าง ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง จะต้องยึดถือในเรื่องประโยชน์ของประชาชนอันเป็นส่วนรวมทั้งหมด (Georges Dupuis, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien. (2007). *Droit administratif*. 7<sup>e</sup> édition. Paris: Armand Colin. p. 460.)

<sup>2</sup> พัชณา จิตรมเหินา. (2558). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและแนวความคิดในการปฏิบัติราชการ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 1.

ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (the Officials) และหน่วยงานของรัฐ (State Agency)<sup>3</sup> ทั้งนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยาม คำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ”<sup>4</sup> ไว้ โดยการกระทำใดของฝ่ายปกครองที่อาจเป็นการก้าวล่วงกระทบสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้เสมอ ซึ่งหลักการกระทำ ทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ประกอบไปด้วย หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ซึ่งเป็นหลักที่ กำหนดให้ฝ่ายปกครองที่จะกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ได้ก็ ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองนั้นหรือฝ่ายปกครองจะกระทำการดังกล่าวได้ต้องมีฐาน ทางกฎหมายในการรองรับถึงกระทำการนั้น ซึ่งจะอธิบายออกได้เป็นหลักย่อย ๆ ได้แก่ หลักนิติรัฐ<sup>5</sup> (État de Droit) หลักนิติธรรม<sup>6</sup> (Rule of Law) หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย และหลักการ

<sup>3</sup> ศรีเพชร จิตรมหีมา, พัชณา จิตรมหีมาและณัฐภณ อันชัน. (2564). ปัญหาการควบคุมฝ่ายปกครองโดยหลัก ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ศึกษาวิเคราะห์จากข้อความคิดไปสู่การวางแนวทางเพื่อให้ บรรลุผลในการปฏิบัติราชการทางปกครอง. *วารสารการบริหารนิติบุคคลและนวัตกรรมท้องถิ่น*, 7 (10), หน้า 355.

<sup>4</sup> มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

(1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ

(3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม

(1) หรือ (2)

๑๓๑

๑๓๑

<sup>5</sup> หลักนิติรัฐ หรือที่อาจเรียกในทางกฎหมายว่า ระบบนิติรัฐ (Régime de l'État de Droit) นั้น ฝ่ายปกครองจะ ดำเนินการหรือกระทำกิจกรรมต่าง ๆ นั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งพลเมือง (Intérêt des Citoyens) โดยหลัก นิติรัฐกำหนดขึ้นเพื่อความมุ่งหมายพิเศษที่จะให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองและปกป้องพลเมืองต่อการใช้อำนาจ ตามอำเภอใจของบรรดาผู้มีอำนาจแห่งรัฐ (Arbitraire des Autorités Étatiques) โปรดดู Raymond Carré de Malberg. (1920). *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Tome premier. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey. p. 488.

<sup>6</sup> หลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องกฎหมาย เหตุผล ศีลธรรม ความเสมอภาค สิทธิ เสรีภาพ และความยุติธรรม ซึ่งล้วนแต่ปรากฏอยู่ในเขตแดนแห่งกฎหมาย โดยรัฐบาลหรือผู้ปกครองต้องอยู่ ภายใต้อำนาจของกฎหมาย หรือที่เรียกกันว่า รัฐบาลภายใต้กฎหมาย (Government under Law) ซึ่งต้องยึดถือการปกครองตาม กฎหมายมิใช่การปกครองของบุคคล (Government of Laws and not of Men) ทั้งนี้ ผู้ปกครองที่แท้จริง คือ

ประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับ ฝ่ายปกครองกระทำ การใดที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่ใช้บังคับ การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายและส่งผลต่อความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติความหมายของคำสั่งทางปกครอง<sup>7</sup> (Acte Administratif) ไว้ในมาตรา 5<sup>8</sup> ซึ่งนักกฎหมายไทยได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองอยู่หลากหลาย ได้แก่ ความหมายอย่างกว้าง ความหมายอย่างกลาง และความหมายอย่างแคบ แต่ส่วนใหญ่แล้ว จากความหมายของนิติกรรมทางปกครองของนักกฎหมายไทยดังกล่าว จะพบว่าคำสั่งทางปกครองมิได้หลากหลายความหมาย ผู้วิจัยจึงมีความเห็นตามนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ตามความหมายอย่างแคบของนิติกรรมทางปกครอง คือ การใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครองตามกฎหมายซึ่งเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล (Legal Relation) ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว อาทิ การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ

---

กฎหมาย มิใช่มนุษย์ (James Roland Pennock. (1941). *Administration and the Rule of Law*. New York: Maxwell Macmillan International. p. 9).

<sup>7</sup> ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น คำสั่งทางปกครอง จัดเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (Acte Administratif Unilatéral) ซึ่งมีฐานะทางกฎหมายเป็นนิติกรรม (Acte Juridique) กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีผลผูกพันตามกฎหมายซึ่งดำเนินการโดยองค์กรฝ่ายปกครอง (Autorité Administrative) ทั้งนี้ การออกคำสั่งทางปกครองถือเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลต่อสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีดังกล่าว (Pierre Delvolvé. (1983). *L'acte administratif : extrait du répertoire de contentieux administratif*. Paris: Sirey. p. 11).

<sup>8</sup> มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

๑๓๑

๑๓๑

เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง การออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองจึงย่อมต้องตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย คำสั่งทางปกครองใดที่ออกไปโดยขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหา (Substance) กล่าวคือ ออกมาโดยไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายหรือออกมาโดยไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ความสอดคล้องกับหลักพอสมควรแก่เหตุ ความมีอำนาจของการใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือ การใช้ดุลพินิจที่ถูกต้องของฝ่ายปกครอง และความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหา คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่อง และข้อบกพร่องดังกล่าวนี้ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้

อย่างไรก็ตาม หากคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบ กล่าวคือ นอกจากการพิจารณาถึงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่าเป็น ไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาถึงรูปแบบวิธีการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองประกอบว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ฝ่ายปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง ย่อมมีผลทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายในทำนองเดียวกับความบกพร่องหรือผิดพลาดในทางเนื้อหา แต่อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของความบกพร่องในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้นั้นย่อมส่งผลต่อคำสั่งทางปกครองในระดับที่แตกต่างกัน แม้ข้อบกพร่องในเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการจะเป็นเหตุที่ศาลจะใช้อ้างในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ และศาลมีความชอบธรรมที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ก็ตาม แต่การที่ศาลวินิจฉัยเพียงว่า คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ โดยศาลมิได้วินิจฉัยในเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองเลย ย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของฝ่ายปกครองเอง และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งในทางปฏิบัติ ศาลปกครองของไทยก็จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ โดยไม่วินิจฉัยเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครอง ย่อมไม่ก่อให้เกิดผลดีสำหรับผู้ฟ้องคดี เนื่องจากเมื่อศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องในเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการแล้ว ฝ่ายปกครองก็กลับไปดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองมาเสียใหม่อีกครั้งให้เข้าเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องรูปแบบและขั้นตอน แต่ยังคงออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระเช่นเดิม กรณีจึงเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์

ระหว่างขั้นตอนหรือวิธีการกับเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจากการศึกษาหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของอังกฤษ ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันและระบบกฎหมายปกครองไทยแล้ว ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่องค์กรตุลาการจะนำมาใช้พิจารณาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การที่ไม่มีกฎหมายเปิดช่องให้แก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลนั้น เป็นผลเสียต่อทั้งการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและผลกระทบต่อประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ยังต้องได้รับคำสั่งที่มีเนื้อหาในแบบเดิมเพียงกลับไปแก้ไขเยียวยาในเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการให้ถูกต้องเท่านั้น โดยในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องของฝ่ายปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการ ซึ่งบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 45 (2)<sup>9</sup> แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 บัญญัติว่า การดำเนินการใด ๆ ในการแก้ไขข้อบกพร่องตาม (1) ข้างต้น สามารถดำเนินการได้จนกระทั่งสิ้นสุดการพิจารณาคดีในชั้นศาลปกครองที่เป็นชั้นสุดท้ายที่จะรับฟังข้อเท็จจริงแห่งคดีได้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล องค์กรตุลาการจะต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้แก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม

<sup>9</sup> มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) 1976) (การแก้ไขข้อบกพร่องของขั้นตอนและรูปแบบ)

(1) การฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนหรือรูปแบบ ที่ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ จะถือว่าไม่เป็นสาระสำคัญ เมื่อ

1. คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีคำขอก่อน ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว;
2. คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผล ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง;
3. การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำ ได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง;
4. มติของคณะกรรมการที่จำเป็นในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น คณะกรรมการ ได้มีมติในภายหลัง;
5. คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้น ได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

(2) การดำเนินการใด ๆ ในการแก้ไขข้อบกพร่องตาม (1) ข้างต้น สามารถดำเนินการได้จนกระทั่งสิ้นสุดการพิจารณาคดีในชั้นศาลปกครองที่เป็นชั้นสุดท้ายที่จะรับฟังข้อเท็จจริงแห่งคดีได้

(3) กรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ได้ให้เหตุผลเอาไว้ก็ดี หรือไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งก็ดี โดยส่งผลให้บุคคลไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ถือว่ามิใช่ความผิดของผู้ฟ้องคดี โดยให้ถือว่ามิเหตุที่ทำให้คู่ปสรรคขัดขวางนั้นสิ้นไปตามมาตรา 32 (2) ในขณะที่ได้มีการดำเนินการตามขั้นตอนนั้นในภายหลังเสร็จสิ้นแล้ว

ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ ดังเช่นมาตรา 45 (2) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ซึ่งหากได้มีการแก้ไขข้อบกพร่อง ประกอบกับไม่ปรากฏข้อบกพร่องในเนื้อหาสาระของคำสั่งดังกล่าวแล้ว องค์กรตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ได้มีการแก้ไขและชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ประการที่สอง กรณีที่ไม่อาจแก้ไขข้อบกพร่องหรือไม่มีการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายผิดหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล องค์กรตุลาการจึงมีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครองของการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองอังกฤษ ซึ่งเป็นเป็นกฎหมายที่วางหลักการว่า การที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งทางปกครองหรือเป็นการกระทำในทางปกครองรูปแบบอื่น หากเป็นกรณีที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว ฝ่ายปกครองจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเรียกว่า หลักการที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการเกินขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (*ultra vires*) โดยในกรณีนี้มีคำวินิจฉัยคดีที่สำคัญ คือคดี *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* โดย สภาขุนนาง Lord Kenneth Diplock วินิจฉัยว่า การดำเนินการทางปกครองนั้นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยการพิจารณาขององค์กรตุลาการและได้แยกขอบเขตของการตรวจสอบออกเป็นสามประเภท ได้แก่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegality) ความไม่สมเหตุสมผล (Irrationality) และความไม่เหมาะสมตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ (Procedural Impropriety) ซึ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นพื้นฐานในการพิจารณาคดีอยู่แล้ว แต่การปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดก็มีความสำคัญเช่นเดียวกัน โดยหากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว ย่อมมีผลให้ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจนำไปสู่การเพิกถอนการกระทำได้อย่างไรก็ตาม การที่ศาลอังกฤษได้แยกการพิจารณากระบวนการของขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดออกเป็น 2 ลักษณะ คือ กระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ถ้าไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่ต้องปฏิบัติแล้ว ถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สำหรับกระบวนการขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นเพียงแนวทางในการปฏิบัติ แม้จะไม่ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าวก็ยังไม่ส่งผลถึงขนาดที่จะทำให้การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรตุลาการจึงสร้างหลักเกณฑ์ในการผ่อนคลายนความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจำแนกกระหว่างขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญและไม่เป็นสาระสำคัญ โดยพิจารณาเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองประกอบกับวัตถุประสงค์ของ

ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ ดังในคดี *Glynn v. Keele University* เป็นคดีที่รองอธิการบดี มีคำสั่งพักการเรียนของนักศึกษาในมหาวิทยาลัยเป็นเวลาหนึ่งปี เนื่องจากนักศึกษาเปลือยกาย อาบแดดในบริเวณมหาวิทยาลัย ซึ่งคำสั่งพักการเรียน ไม่ได้เปิดโอกาสให้นักศึกษาคงกล่าวได้โต้แย้งข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน โดยในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า แม้จะใช้หลักการฟังความจากคู่ความทุกฝ่ายหรือการรับฟังคู่กรณี ก็ไม่มีผลทำให้เนื้อหาของคดีเปลี่ยนแปลงไป การเปิดโอกาสให้ฟังคู่กรณีอีกฝ่ายหรือไม่นั้นย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งพักการเรียน ถือได้ว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่แม้การพิจารณาจะรับฟังได้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม แต่เมื่อทางพิจารณาได้ความว่า เป็นกรณีที่หากศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของฝ่ายปกครอง ทำให้ฝ่ายปกครองต้องกลับไปดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการที่ถูกต้องแล้ว ผลสุดท้ายก็ไม่อาจเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยเดิมของฝ่ายปกครองได้ หรือกล่าวได้ว่า ในกรณีที่ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองแล้ว องค์การตุลาการจึงไม่มีความจำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายปกครองไม่เพียงแต่ให้ความสำคัญกับหลักความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ยังให้ความสำคัญกับความถูกต้องของเนื้อหาสาระมากกว่าขั้นตอนหรือวิธีการ ดังนั้น การที่องค์การตุลาการจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้แต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองประกอบด้วยจึงไม่มีความเหมาะสมสักเท่าใดนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการแก้ไขข้อบกพร่องให้เป็นไปตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดแล้ว ฝ่ายปกครองก็ยังคงออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเช่นเดิมอยู่นั่นเอง

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิเคราะห์แล้วมีข้อเสนอแนะในทางวิชาการ ดังนี้ ประการที่หนึ่ง จากการศึกษาพบว่า ตามกฎหมายปกครองไทย ไม่มีบทบัญญัติให้ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดไว้ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล มีเพียงแต่บทบัญญัติที่ทำให้คำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องดังกล่าวกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเมื่อได้มีการแก้ไขข้อบกพร่องก่อนมีกรรณฟ้องคดีต่อศาล

ตามมาตรา 41<sup>10</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วางหลักเรื่อง ขอบเขตของระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตาม ขั้นตอนหรือวิธีการหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ โดยกำหนดให้กรณีการแก้ไขเยียวยา ข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อน คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบจากหน่วยงานที่มีหน้าที่นั้น จะต้องมีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องดังกล่าวก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่กำหนดไว้ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ ถ้าเป็น กรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าว การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็ต้อง กระทำก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้อง ของคำสั่งทางปกครองนั้น อันเป็นข้อจำกัดเรื่องของกรอบระยะเวลาในการแก้ไข ผู้วิจัยจึงมี ความเห็นว่า ระบบกฎหมายปกครองของไทยควรขยายกรอบระยะเวลาในการแก้ไขข้อบกพร่อง ของการออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดให้ ผ่อนคลายลง โดยการนำระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ตามมาตรา 45 (2) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธี ปฏิบัติการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) 1976) ซึ่งแก้ไข ปรับปรุงโดยรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติการทางปกครอง (ฉบับที่ 3) ค.ศ. 2002 บัญญัติให้

<sup>10</sup> มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่ง ทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครอง โดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจาก จะมี ผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลัง ได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าว ในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้น ได้ให้ความเห็นชอบ ในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิม ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับ คำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของ หมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำ คำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น



ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขข้อบกพร่องได้จนกระทั่งสิ้นสุดการพิจารณาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ซึ่งเป็นศาลที่ชี้ขาดข้อเท็จจริงได้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองของประเทศไทย มีการแบ่งศาลปกครองออกเป็น 2 ชั้น คือ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น การจะให้แก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จึงควรกำหนดให้สามารถแก้ไขได้ถึงเพียงแค่นี้ในระหว่างพิจารณาคดีของศาลปกครองชั้นต้นเท่านั้น เพราะหากข้อบกพร่องดังกล่าวไม่ได้มีการแก้ไขในชั้นศาลปกครองชั้นต้นจนล่วงเลยระยะเวลาจนถึงการพิจารณาในชั้นของศาลปกครองสูงสุดแล้ว ย่อมแสดงให้เห็นถึงกรณีที่ฝ่ายปกครองยอมรับถึงคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไปว่าถูกต้องและข้อโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้องค์กรตุลาการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเนื่องจากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดนั้นฟังไม่ขึ้นจำต้องให้ศาลปกครองวินิจฉัยถึงข้อบกพร่องดังกล่าว เว้นแต่เป็นคดีที่ต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรง เช่น กรณีตามมาตรา 11<sup>11</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวในระหว่างพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดได้

ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 วรรคสาม

จากเดิม มาตรา 41 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้นอกจากจะมี ผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าว ในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่ต้องเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

<sup>11</sup> มาตรา 11 ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้น ได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผล เป็นไปตามคำสั่งเดิม ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

**กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีไม่ต้องการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น”**

โดยแก้ไขเพิ่มเติมเป็น มาตรา 41 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครอง โดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมี ผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าว ในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้น ได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผล เป็นไปตามคำสั่งเดิม ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

**กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลปกครองชั้นต้นที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นแรก เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ข้อพิพาทนั้นอยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด”**

การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามมาตรา 41 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อเป็นการขยายระยะเวลาในการขยายข้อบกพร่องในยาวขึ้น อันจะช่วยป้องกันการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายองค์กรตุลาการ

ประการที่สอง ในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดนั้น องค์กรตุลาการจำต้องคำนึงถึงหลักการประการสำคัญในการใช้โดยให้น้ำหนักไปที่ความถูกต้องของเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองมากกว่าความถูกต้องของขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งจะส่งผลให้การใช้และการตีความขององค์กรตุลาการเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการลดความเคร่งครัดลง ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองของไทยยังเปิดโอกาสให้ศาลใช้และตีความกฎหมายผ่านถ้อยคำตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)<sup>12</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาขององค์กรตุลาการที่จำกัดไว้ก็แต่เฉพาะที่ปรากฏข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น โดยกรณีนี้องค์กรตุลาการจะต้องแยกความข้อบกพร่องของขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นประเด็นในการพิจารณาให้ได้ว่าขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ลำพังเพียงแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการไว้ยังไม่อาจถือได้ว่าขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นสาระสำคัญเสมอไป แต่องค์กรตุลาการจำต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ประกอบกับข้อเท็จจริงแห่งคดีว่า การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดนั้น ส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จึงเป็นกรณีที่องค์กรตุลาการจะต้องพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งประกอบด้วย หากคำสั่งทางปกครองนั้นอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะเป็นอำนาจผูกพันแล้ว ย่อมทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้ ขั้นตอนหรือวิธีการในกรณีดังกล่าวก็ถือว่าไม่ถือเป็นสาระสำคัญ เมื่อขั้นตอนหรือวิธีการนั้นไม่มีผลเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นก็ย่อมไม่เป็นสาระสำคัญ อันเป็นเหตุให้องค์กรตุลาการไม่อาจใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องดังกล่าวนี้ได้

<sup>12</sup> มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะสำหรับการจำกัดการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดนั้นของฝ่ายองค์กรตุลาการ โดยเสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

มาตรา 41/1 คู่กรณีหรือศาลไม่อาจอ้างแต่เพียงเฉพาะข้อบกพร่องในขั้นตอน วิธีการของการพิจารณาทางปกครองหรือรูปแบบในการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ หากข้อบกพร่องนั้นไม่มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามตามขั้นตอน วิธีการ หรือรูปแบบแล้ว ก็ยังต้องทำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระเช่นเดิม

ประการที่สาม ในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนด เพื่อให้สอดคล้องกับการเสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41/1 และเพื่อป้องกันมิให้ศาลปกครอง โดยองค์กรตุลาการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เพียงแต่บกพร่องในวิธีพิจารณาหรือรูปแบบของฝ่ายปกครอง แต่ไม่มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่ง เพราะการเพิกถอนคำสั่งย่อมไม่สมเหตุสมผลและไม่มีประโยชน์เนื่องจากฝ่ายปกครองยอมทำคำสั่งใหม่ที่มีเนื้อหาเช่นเดิมได้ ผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งเป็นการรับรองให้ศาลปกครองมีอำนาจในการดำเนินการ ดังนี้

จากเดิม มาตรา 72 บัญญัติว่า “ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ชำระเงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำ

ละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น”

โดยแก้ไขเพิ่มเติมเป็น มาตรา 72 บัญญัติว่า “ ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แต่หากเป็นกรณีคำสั่งไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ ศาลปกครองไม่อาจอ้างแต่เพียงเฉพาะข้อบกพร่องในขั้นตอน วิธีการของการพิจารณาทางปกครองหรือรูปแบบในการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่เป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ หากข้อบกพร่องนั้นไม่มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามตามขั้นตอน วิธีการ หรือรูปแบบแล้ว ก็ยังต้องทำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระเช่นเดิม

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในการมีคำสั่งบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น”

บทบัญญัติที่เพิ่มเติมดังกล่าวเป็นเรื่องของการพิจารณาขั้นตอนหรือวิธีการควบคุมประกอบไปกับเนื้อหาของสาระของคำสั่งทางปกครอง หากเป็นกรณีที่ขั้นตอนหรือวิธีการใดไม่มีผลเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสาระของคำสั่งทางปกครองแล้ว ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นแม้จะมีข้อบกพร่องก็ไม่ใช่เหตุให้องค์กรตุลาการใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ หรือกำหนดให้คู่กรณีไม่อาจอ้างเพียงแต่เฉพาะข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดนั้นได้ หากข้อบกพร่องนั้นไม่มีผลกระทบต่อเนื้อหาของสาระของคำสั่งทางปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องดังกล่าวแล้วในภายหลัง ก็ยังคงต้องทำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาของสาระเช่นเดิม

จากที่กล่าวมาข้างต้น เดิมฝ่ายปกครองไม่อาจดำเนินการเยียวยาข้อบกพร่องนั้นในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล คำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอำนาจขององค์กรตุลาการจึงถูกจำกัดให้ต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวอาจทำให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องของการออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนด หรือการกำหนดบทบัญญัติให้มีการพิจารณาขั้นตอนหรือวิธีการควบคุมประกอบไปกับเนื้อหาของสาระของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งส่งผลให้เกิดความเหมาะสมและเกิดประโยชน์ต่อหลายฝ่ายและไม่สร้างภาระให้ฝ่ายที่รับคำสั่งทางปกครองใช้สิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองใหม่อีกครั้ง อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เพียงแต่บกพร่องในวิธีพิจารณาหรือขั้นตอนหรือวิธีการ แต่ไม่มีผลกระทบต่อเนื้อหาของสาระของคำสั่งทางปกครอง เพราะการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองย่อมไม่สมเหตุสมผลและไม่มีประโยชน์เนื่องจากฝ่ายปกครองย่อมทำคำสั่งทางปกครองใหม่ที่มีเนื้อหานั้นเช่นเดิมได้ ประกอบกับช่วยให้

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพช่วยแก้ไขปัญหาข้อพิพาททางปกครองต่อไป ซึ่งการดำเนินการตามข้อเสนอแนะดังกล่าวนี้จะส่งผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ รวมถึงประโยชน์ของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองและส่งผลต่อการดำเนินการของฝ่ายปกครองและองค์กรตุลาการในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะทำให้การปฏิบัติราชการและการอำนวยความสะดวกทางปกครองมีประสิทธิภาพ ประสิทธิผล และให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนได้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง