

บทที่ 3

การเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง ของกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย

จากที่ได้ศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นความหมาย องค์ประกอบและผลผูกพันของคำสั่งทางปกครอง เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ลักษณะและผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง และหลักการและเหตุผล ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในบทที่ผ่านมา ในบทนี้จะได้ศึกษาถึง บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องตามกฎหมายเยอรมันและ กฎหมายไทย ดังจะกล่าวดังต่อไปนี้

3.1 การเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹ ถือว่าความบกพร่องที่เกิดขึ้นในทาง รูปแบบนั้นเป็นความบกพร่องที่เป็นสาระสำคัญ และความบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทาง

¹ ประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่สองที่ได้รับเอากฎหมายโรมันมาใช้เช่นเดียวกับประเทศอิตาลี ลักษณะเฉพาะ ของระบบกฎหมายโรมานอ-เยอรมันนิก คือ

กฎหมายระบบนี้ถือว่ากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีความสำคัญกว่าคำพิพากษาของศาล และจารีต ประเพณี

กฎหมายระบบนี้ คำพิพากษาของศาลไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย แต่เป็นเพียงบรรทัดฐานแบบอย่างของการ ตีความหรือการใช้กฎหมายของศาลเท่านั้น

การศึกษากฎหมาย ต้องเริ่มต้นจากตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ จะถือเอาคำพิพากษาศาล หรือความเห็น ของนักกฎหมายเป็นหลักเช่นเดียวกับหลักกฎหมายไม่ได้

กฎหมายระบบนี้มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็น 2 สาย คือ กฎหมายเอกชนซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนด ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายเกษตร เป็นต้น และ กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองของรัฐ เช่น กฎหมายปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายภาษีอากร เป็นต้น

ระบบกฎหมายโรมานอ-เยอรมานิก (Romano Germanic) นี้ บางตำราเรียกว่า ระบบประมวลกฎหมาย หรือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องหรือความผิดพลาดในทางเนื้อหา แต่เนื่องจากแนวความคิดที่ว่าการให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากกระทำผิดกระบวนการขั้นตอนแล้วเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองใหม่ โดยคำสั่งทางปกครองนั้นยังคงมีเนื้อหาเช่นเดิมย่อมทำให้เกิดความซ้ำซ้อนขึ้นในกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดในกระบวนการและขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครองขึ้น โดยการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. 1976 เป็นคนละกรณีกับการแก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อยที่เกิดจากการเขียนผิด การคำนวณผิดหรือความผิดพลาดอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน²

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองฯ นั้น จะต้องกระทำอยู่ได้เงื่อนไขสามประการ

ประการที่หนึ่ง ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในทางกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบที่เกิดขึ้นนั้นต้องไม่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองเกิดความบกพร่องอย่างรุนแรงจนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ

ประการที่สอง การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นจะกระทำได้ก็เฉพาะแต่เท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และ

ประการสุดท้าย การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อเจ้าหน้าที่ได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องดังกล่าวก็ถือเป็นอันไม่มีอีกต่อไป คำสั่งทางปกครองนั้นจึงกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.1.1 คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องที่บกพร่องสามารถเยียวยาได้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองของเยอรมันนั้น มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองฯ มาตรา 45

ตัวอย่างของกฎหมายในยุคสมัยโรมัน (500 ปีก่อน ค.ศ.-ค.ศ. 540) ที่สำคัญ ได้แก่ กฎหมายสิบสองโต๊ะ (The Twelve Tables Law) และประมวลกฎหมายจัสติเนียน (The Justinian Code)

² Obvious errors in an administrative act. Section 42.

The authority may at any time correct typographical mistakes, errors in calculation and similar obvious inaccuracies in an administrative act. When the person concerned has a Justifiable interest, correction must be undertaken. The authority shall be entitled to request presentation of the document for correction.

และนอกจากนี้ ยังได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่นอีก เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายข้าราชการ และประมวลกฎหมายสังคม โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดถึงข้อบกพร่องและวิธีการที่เจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขเยียวยาไว้หลายประการด้วยกัน ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1) การยื่นคำขอภายหลัง

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการยื่นคำขอ หากมีการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่มี การยื่นคำขอหรือการยื่นคำขอไม่สมบูรณ์ ความบกพร่องดังกล่าว ย่อมส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองฯ มาตรา 45³ วรรคหนึ่ง (1) ก็ยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ โดยให้มีการยื่นคำขอใหม่ในภายหลัง ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่จะแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้นั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การที่คู่กรณีไม่ได้ยื่นคำขอหรือยื่นคำขอไม่สมบูรณ์นั้นต้องไม่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ

ประการที่สอง ในกรณีทั่วไปการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่คู่กรณีไม่ได้ยื่นคำขอหรือยื่นคำขอไม่สมบูรณ์นั้นจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่ มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ กำหนดไว้ ซึ่งกฎหมายให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและ

³ Making good defects in procedure or form. Section 45.

(1) An infringement of the regulations governing procedure or form which does not render the administrative act void under section 44 shall be ignored when:

1) the application necessary for the issuing of the administrative act is subsequently made;

2) the necessary statement of grounds is subsequently provided;

3) the necessary hearing of a participant is subsequently held;

4) the decision of a committee whose collaboration is required in the issuing of the administrative act is subsequently taken;

5) the necessary collaboration of another authority is subsequently obtained.

(2) Actions referred to in paragraph 1 may be made good up to the final court of administrative proceedings.

(3) Where an administrative act lacks the necessary statement of grounds or has been issued without the necessary prior hearing of a participant, so that the administrative act was unable to be contested in good time, failure to observe the period for legal remedy shall be regarded as unintentional. The event resulting in restoration of the status quo ante under section 32, paragraph 2 shall be deemed to occur when omission of the procedural action is made good.

ข้อกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดระยะเวลาการยื่นคำขอเอาไว้ฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาดังกล่าวด้วย⁴

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของการไม่ได้ยื่นคำขอหรือยื่นคำขอแล้ว แต่คำขอไม่สมบูรณ์ที่ได้อธิบายมาแล้วนั้น นักวิชาการของเยอรมันถือว่าเป็นกรณีที่แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้ง ซึ่งนอกจากกรณีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้งดังกล่าวแล้ว ยังมีการถกเถียงกันว่าการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยปริยายจะสามารถทำได้ด้วยหรือไม่

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยปริยายนั้น หมายถึงกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการยื่นคำขอ แต่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่มีการยื่นคำขอหรือการยื่นคำขอไม่สมบูรณ์ ซึ่งในกรณีนี้ไม่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น รับเอาประโยชน์หรือได้ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้นโดยปริยาย ซึ่ง Ule and Laubinger ได้ยกตัวอย่างกรณีที่อาจถือได้ว่าเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยปริยายไว้ว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจออกใบอนุญาตตามกฎหมายควบคุมอาคารหรือกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ได้ออกใบอนุญาตให้พร้อมกับการกำหนดข้อเรียกร้องในใบอนุญาตให้บุคคลผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติเมื่อเจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตไม่ตรงตามคำขอ ก็เท่ากับว่าได้ปฏิเสธคำขอใบอนุญาตเดิมพร้อมกับได้ออกใบอนุญาตใหม่โดยผู้กรณีไม่ได้ยื่นคำขอ จึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมีข้อบกพร่อง ซึ่งในกรณีดังกล่าวสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้โดยการที่ผู้รับใบอนุญาตยื่นคำขอในภายหลังโดยกำหนดเนื้อหาของคำขอให้ตรงกับใบอนุญาตที่เจ้าหน้าที่ได้ออกให้ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยวิธีการดังกล่าวนี้เป็นกรณีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยชัดแจ้ง แต่หากผู้รับใบอนุญาตไม่ยื่นคำขอใหม่ในภายหลังแต่กลับแจ้งกับเจ้าหน้าที่ว่าตนเองตกลงยอมรับใบอนุญาตที่ได้ออกมาโดยมีข้อเรียกร้องนั้น หรือผู้รับใบอนุญาตได้ยอมรับหรือถือเอาประโยชน์จากใบอนุญาตนั้น กรณีเช่นนี้ Ule and Laubinger⁵ ถือว่าได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้วโดยปริยาย แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นเพียงแต่ถือเอาประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองยังไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

2) การแสดงเหตุผลในภายหลัง

⁴ Wolff/Decker. (2005). *Studienkommentar VwGO VwVfG*. München: Beck. pp. 663-670.

⁵ Ule/Laubinger. (1995). *Verwaltungsverfahrenrecht*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns, 4 Aufl. pp. 559-581.

มาตรา 39⁶ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือหรือการยืนยันคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือจะต้องมีการให้เหตุผลประกอบคำสั่งไว้ด้วย ถ้าหากไม่มีการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองและไม่ใช้กรณีที่เข้าข้อยกเว้นแล้วต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการอันเดียวกันนี้ใช้บังคับกับกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการให้เหตุผลในคำสั่ง แต่การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองนั้นอาจจะทำไปโดยไม่สมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นได้บรรยายถึงข้อเท็จจริงที่เป็นฐานในการออกคำสั่ง แต่ไม่ได้ให้เหตุผลในทางข้อกฎหมายในตัวคำสั่ง หรือคำสั่งทางปกครองไม่ได้มีการแสดงเอาไว้ว่าเจ้าหน้าที่ได้อาศัยเหตุอันใดที่ทำให้ตนเองตัดสินใจใช้ดุลพินิจเช่นนั้นการให้เหตุผลนั้นในภายหลัง หรือได้มีการให้เหตุผลเพิ่มเติมในภายหลังทำให้เหตุผลนั้นสมบูรณ์ ซึ่งการแก้ไขเยียวยาโดยการให้เหตุผลในภายหลังนี้จะแตกต่างจากกรณีตามมาตรา 42⁷ ซึ่งเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ให้เหตุผลไปแล้ว และเหตุผลดังกล่าวก็สามารถเข้าใจได้แต่

⁶ Grounds for an administrative act. Section 39.

(1) A written or electronic administrative act, as well as an administrative act confirmed in writing or electronically, shall be accompanied by a statement of grounds. This statement of grounds must contain the chief material and legal grounds led the authority to take its decision. The grounds given in connection with discretionary decisions should also contain the points of view which the authority considered while exercising its powers of discretion.

(2) No statement of grounds is required:

1) when the authority is granting an application or is acting upon a declaration and the administrative act does not infringe upon the rights of another;

2) when the person for whom the administrative act is intended or who is affected by the act is already acquainted with the opinion of the authority as to the material and legal positions and able to comprehend it without argumentation;

3) when the authority issues identical administrative acts in considerable numbers or with the help of automatic equipment and individual cases do not merit a statement of grounds;

4) when this derives from a legal provision;

5) when a general order is publicly promulgated.

⁷ Obvious errors in an administrative act. Section 42.

The authority may at any time correct typographical mistakes, errors in calculation and similar obvious inaccuracies in an administrative act. When the person concerned has a justifiable interest, correction must be undertaken. The authority shall be entitled to request presentation of the document for correction.

เจ้าหน้าที่ต้องการจัดทำเหตุผลให้ชัดเจนขึ้น จึงไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (2) เป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผล หรือให้เหตุผลไม่ครบถ้วน ซึ่งเป็นการพิจารณาในทางรูปแบบเท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาถึงเนื้อหาสาระของเหตุผลว่าถูกต้องหรือไม่ แม้การให้เหตุผลดังกล่าวจะมีเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องก็ตามแต่ต้องถือว่าเจ้าหน้าที่ได้ให้เหตุผลแล้ว จึงอาจกล่าวได้ในอีกนัยหนึ่งได้ว่า แม้การให้เหตุผลดังกล่าวจะเป็นให้เหตุผลที่ไม่ถูกต้อง ในทางกฎหมายก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีการให้เหตุผลไว้แล้ว ซึ่งจะไม่ส่งผลกระทบต่อหลักของการกำหนดให้คำสั่งทางปกครองต้องให้เหตุผล และจะไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่ถูกต้องในทางรูปแบบ แต่อย่างไรก็ดี การให้เหตุผลผิดพลาดในคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดย่อมส่งผลให้การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ถูกต้อง และเหตุผลนั้นย่อมแสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่นั้นใช้ดุลพินิจผิดพลาด ดังนั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา⁸

การให้เหตุผลในภายหลังนี้ไม่จำเป็นต้องทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่อาจทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ก็ได้ หากว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวไม่ได้มีอำนาจพิจารณาเฉพาะเพียงแค่ความเห็นชอบด้วยกฎหมาย สำหรับในทางปฏิบัติการให้เหตุผลโดยไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ชั้นต้นนั้น จะได้รับการเยียวยาหากเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้พิจารณาในชั้นอุทธรณ์ได้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นอุทธรณ์ พร้อมกับการให้เหตุผลที่ขาดตกบกพร่องไปในการออกคำสั่งในชั้นต้นนั้น โดยสมบูรณ์

3) การจัดให้มีการรับฟังในภายหลัง

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการรับฟังในภายหลังเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้จัดให้มีการรับฟังก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หรือจัดให้มีการรับฟังแต่การรับฟังนั้นกระทำไปโดยไม่สมบูรณ์ ซึ่งเป็นกระทำการที่ฝ่าฝืนมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง⁹ และการรับฟัง

⁸ Ule/Laubinger. *supra*. pp. 559-581.

⁹ Hearing of participants. Section 28.

(1) Before an administrative act affecting the rights of a participant may be executed, the latter must be given the opportunity of commenting on the facts relevant to the decision.

(2) This hearing may be omitted when not required by the circumstances of an individual case and in particular when:

ตามกฎหมายเฉพาะอื่น และนอกจากนี้ บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวยังสามารถเทียบเคียงไปใช้ใน เรื่องที่มีความใกล้เคียงกับเรื่องการรับฟังได้อีกด้วย เช่น กรณีของการเรียกผู้ได้รับผลกระทบอื่นเข้ามาในกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 13 วรรคสอง กรณีของการแต่งตั้งผู้แทนตามมาตรา 16 กรณีของการกำหนดให้เข้าชี้แจงตามมาตรา 43 วรรคสี่¹⁰ โดยการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวนี้ สามารถทำได้เท่าที่ผลของการรับฟังนั้นยังส่งผลกับการตัดสินใจใหม่ของผู้เจ้าหน้าที่ ซึ่งหมายความว่าหากการรับฟังในภายหลังนั้นเป็นเพียงแต่ให้ผู้เจ้าหน้าที่รับรู้อาการนั้นก็ไม่ได้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น ตามข้อบังคับของบ้านพักสตรีซึ่งอยู่ในความดูแลขององค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่ง หากมีที่พักว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งนั้นอาจรับสตรีจากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งอื่นเข้าพักอาศัยได้ นางเอซึ่งเป็นสตรีจากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งอื่นได้ยื่นคำขอเข้าพักอาศัยในบ้านพักสตรี แต่ถูกปฏิเสธ โดยก่อนที่จะได้รับคำสั่งปฏิเสธนั้น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งนั้นไม่ได้รับฟังนางเอก่อนการออกคำสั่ง ต่อมานางเอได้ยื่นอุทธรณ์ต่อองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นหน่วยงานชั้นต้น แต่องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นไม่พิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้และส่งเรื่องไปยังเจ้าหน้าที่ในชั้นอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ที่พิจารณาในชั้นอุทธรณ์ได้รับฟังนางเอซึ่งได้อธิบายว่าทำไมตนจึงสมควรได้รับสิทธิในการเข้าพักอาศัย หลังจากรับฟังแล้วเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าคำอุทธรณ์ของนางเอฟังไม่ขึ้น มีประเด็นต้องพิจารณาว่ากรณีนี้ถือว่าได้มีการเยียวยาความบกพร่องของการไม่ได้รับฟังแล้วหรือไม่ คำตอบคือ กรณีนี้ไม่ถือว่าได้มีการเยียวยาโดยการรับฟังในภายหลังแต่อย่างใด เนื่องจากคำอธิบายของนางเอเป็นสาระสำคัญในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในชั้นต้น ซึ่งในที่นี้คือ องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นในการที่จะรับหรือปฏิเสธการเข้าพักอาศัยในบ้านพักสตรี การเยียวยาความบกพร่องของการไม่ได้รับฟังจะกระทำได้เมื่อองค์การ

-
- 1) an immediate decision appears necessary in the public interest or because of the risk involved in delay;
 - 2) the hearing would jeopardize the observance of a time limit vital to the decision;
 - 3) the intent is not to diverge, to his disadvantage, from the actual statements made by a participant in an application or statement;
 - 4) the authority wishes to issue a general order or similar administrative acts in considerable numbers or administrative acts using automatic equipment;
 - 5) measures of administrative enforcement are to be taken.

(3) A hearing shall not be granted when this is grossly against the public interest.

¹⁰ กรณีดังกล่าวสามารถเทียบได้กับเรื่องการให้นำยานหรือทนายเข้ามาในกระบวนการพิจารณา ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย มาตรา 23 และมาตรา 30.

ปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นจะต้องรับฟังคำอธิบายของนางเอ เพื่อตนจะได้ใช้ดุลพินิจด้วยตนเอง ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ที่พิจารณาในชั้นอุทธรณ์จะต้องระงับกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ไว้เป็นการชั่วคราว แล้วให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้น คือ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นพิจารณาว่าจะแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ตนเองได้ออกไปหรือไม่ หรือมิฉะนั้นก็จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ชั้นต้น คือ องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น โดยอาศัยเหตุว่าคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะมีความบกพร่องในแง่แบบพิธี¹¹

ในส่วนของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยการรับฟังในภายหลังนั้น โดยหลัก คือ เจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นเป็นผู้ที่มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยการรับฟังในภายหลัง เว้นเสียแต่ว่าเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นได้มีการอุทธรณ์ไปแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาในชั้นอุทธรณ์อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการรับฟังได้ หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในชั้นต้นได้หรือเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่มีดุลพินิจ แต่ถ้าหากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งออกคำสั่งทางปกครองมีดุลพินิจอย่างแท้จริง เจ้าหน้าที่ในชั้นอุทธรณ์ก็ไม่สามารถเยียวยาโดยการรับฟังในภายหลังได้ และในกรณีดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ก็สามารถทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมา โดยไม่มีการรับฟังนั้น¹²

4) การจัดให้มีมติของคณะกรรมการในภายหลัง

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการลงมติใหม่ในภายหลังเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (4) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ การเยียวยาความบกพร่องในลักษณะดังกล่าวจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ในรูปของคณะกรรมการ ซึ่งความบกพร่องในการมีมติคณะกรรมการนั้นอาจเกิดได้ในหลายลักษณะด้วยกัน เช่น กรณีที่คณะกรรมการนั้นไม่ได้มาประชุมเพื่อพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองเลย แต่ปรากฏว่าคณะกรรมการมีมติให้ออกคำสั่งทางปกครองได้ หรือกรณีที่คณะกรรมการได้มีการประชุมเพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครอง แต่มติที่ออกมาเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความบกพร่องดังกล่าวนี้ถ้าหากได้มีการประชุมคณะกรรมการและมีมติที่ถูกต้องตามกฎหมายในภายหลัง กฎหมายจะถือว่า

¹¹ Wolff/Decker. *supra*. pp. 663-670.

¹² Ule/Laubinger. *supra*. pp. 559-581.

คำสั่งทางปกครองนั้นได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแล้วจึงกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการจัดให้มีมติของคณะกรรมการในภายหลังนั้นจะต้องกระทำโดยคณะกรรมการชุดเดียวกับที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ในกรณีที่ได้มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง และปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นอยู่ในรูปของคณะกรรมการเช่นเดียวกัน การที่คณะกรรมการซึ่งมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีมติออกไปไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (4) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ แต่อย่างใด เช่น กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า ถ้าอธิบดีจะออกคำสั่งทางปกครองได้นั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการของกรม แต่อธิบดีได้ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่ขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการของกรม ต่อมาผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปที่กระทรวง โดยกระทรวงก็มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์อีกชุดหนึ่งและคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์นั้นก็ยังมีมติในการพิจารณาอุทธรณ์ จะถือว่ามติของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์นั้นไปแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้

5) การให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาในภายหลัง

คำสั่งทางปกครองบางประเภทนั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่หลายองค์กร หรือนิติบุคคลอื่นในกฎหมายมหาชนนอกเหนือไปจากองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งที่มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นออกคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอาคารกฎหมายกำหนดให้ต้องความเห็นชอบจากคณะกรรมการการบริหารส่วนตำบล แต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการบริหารส่วนตำบลก่อน คำสั่งทางปกครองนี้ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (5) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ บัญญัติให้สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้ โดยการให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งเป็นการให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในภายหลัง เมื่อเจ้าหน้าที่ได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็กลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และคู่กรณีไม่อาจยกเอาความบกพร่องที่ได้รับการเยียวยาแล้วนั้นมาเพื่อเป็นเหตุในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป

6) การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยเหตุอื่น

นอกจากการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 45 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ แล้ว ยังมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะอื่นอีก เช่น ในรัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายข้าราชการซึ่งบัญญัติถึงกรณีของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่ได้ทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ โดยหากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจได้มีการยืนยันในภายหลังแล้ว ความบกพร่องที่เกิดขึ้นก็เป็นอันหมดสิ้นไป หรือกรณีตามประมวลกฎหมายสังคม บรรพ 10 มาตรา 41(6) ซึ่งเป็นกรณีของความบกพร่องที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้เรียกคู่กรณีเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง (กรณีคำสั่งทางปกครองที่มีคู่กรณีหลายคน) ซึ่งเหตุในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามประมวลกฎหมายสังคม บรรพ 10 มาตรา 41(6) นี้ เกิดขึ้นจากคำแนะนำของคณะกรรมการแรงงานและระเบียบสังคมของสภาผู้แทนราษฎร โดยคณะกรรมการฯ ให้เหตุผลว่าหากระบบกฎหมายเยอรมันยอมให้สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการไม่รับฟังคู่กรณี หรือที่เกิดขึ้นที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้ความเห็นชอบได้ ย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะไปห้ามไม่ให้เยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ไม่ได้เรียกคู่กรณีเข้ามาในกระบวนการพิจารณา แต่สำหรับนักวิชาการแล้วเหตุผลของคณะกรรมการฯ นี้ยังน่ากังวลใจ เนื่องจากการที่ไม่เรียกผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งเข้ามาในกระบวนการพิจารณานั้น ย่อมเท่ากับว่าผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่อยู่ในฐานะที่เป็นคู่กรณี ดังนั้น จึงไม่มีสิทธิที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกับผู้ที่อยู่ในฐานะเป็นคู่กรณี ความบกพร่องในกรณีนี้จึงถือเป็นความบกพร่องที่ลักษณะรุนแรงกว่าการที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณีโดยตรง หรือการที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่คนอื่น และหากนำเหตุดังกล่าวนี้ไปเทียบเคียงกับบทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ จะเห็นได้ว่าการบัญญัติมาตรา 41(6) แห่งประมวลกฎหมายสังคม อาจทำให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าเกิดช่องว่างขึ้นในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ซึ่งแท้ที่จริงแล้วไม่ใช่กรณีที่เกิดช่องว่างทางกฎหมายขึ้นแต่อย่างใด หากแต่เพราะผู้ร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ไม่ต้องการให้นำเหตุดังกล่าวมาเป็นเหตุที่สามารถเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนั้น การบัญญัติมาตรา 41(6) แห่งประมวลกฎหมายสังคมขึ้นมานั้นอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษา รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ต่อไปได้¹³

3.1.2 ระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

เดิมในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายเยอรมันนั้น กำหนดให้ต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือหากเป็นกรณีของคำสั่งทาง

¹³ Ute/Laubinger. *supra*. pp. 559-581.

ปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ การแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองก็จะทำได้ในช่วงก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง แต่ในปัจจุบันมาตรา 45 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ โดยกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับขอบเขตของระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ซึ่งในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ในกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล ศาลจะเป็นผู้มีดุลพินิจว่าจะอนุญาตให้เจ้าหน้าที่แก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวหรือไม่ และหากเจ้าหน้าที่ได้ทำการแก้ไขเยียวยานั้นในขั้นตอนของการพิจารณาในชั้นศาลแล้ว ฝ่ายโจทก์ (ผู้รับคำสั่งทางปกครอง) ย่อมสามารถที่จะถอนฟ้องตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ การถอนฟ้องในคดีดังกล่าวนี้ย่อมส่งผลให้ฝ่ายโจทก์อาจไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีต่อค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีตามมาตรา 155 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง¹⁴

3.1.3 ผลของการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง

ตามถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ และมาตรา 41 แห่งประมวลกฎหมายสังคม แสดงให้เห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องดังกล่าวก็ถือว่าไม่มีอีกต่อไปในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับตรงกันว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนตามที่มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ หรือกฎหมายอื่น บัญญัติเอาไว้แล้ว เมื่อมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว ความบกพร่องก็จะหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

ในส่วนปัญหาที่ว่าความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อใดนั้น มีความคิดเห็นอยู่สองแนวทางด้วยกัน ดังนี้

แนวที่หนึ่ง เห็นว่า เมื่อใดที่มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางชอบด้วยกฎหมายย้อนไปตั้งแต่วันที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครอง

แนวที่สอง มีความเห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นจะถือว่าเป็นคำสั่งปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่วันที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งในประเด็นนี้ Ule and Laubinger มีความเห็นว่า ถ้าถือว่าการเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่แรกแล้ว

¹⁴ Wolff/Decker. *supra*. pp. 663-670.

ก็เท่ากับสิทธิของบุคคลในการที่จะเรียกร้องค่าเสียหายในการที่ถูกละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นอันจบสิ้นไป ดังนั้น เมื่อมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแล้ว จะไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องนั้นกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่ต้น และต้องถือว่าในช่วงที่ยังไม่มีการเยียวยาความบกพร่องนั้นคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายก็นับตั้งแต่วันที่มีการแก้ไขเยียวยาเป็นต้นไป¹⁵

นอกจากนี้ บทบัญญัติใน มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ นั้น บัญญัติเฉพาะเรื่องการเยียวยาความบกพร่องในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถนำไปใช้กับความบกพร่องในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองได้ สำหรับคำสั่งทางปกครองบกพร่องในทางเนื้อหาแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

3.2 การเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องของประเทศไทย

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามระบบกฎหมายไทยนั้น มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ได้แนวคิดมาจาก มาตรา 45¹⁶ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของ

¹⁵ Ulc/Laubinger. *supra*. pp. 559-581.

¹⁶ Making good defects in procedure or form. Section 45.

(1) An infringement of the regulations governing procedure or form which does not render the administrative act void under section 44 shall be ignored when:

- 1) the application necessary for the issuing of the administrative act is subsequently made;
- 2) the necessary statement of grounds is subsequently provided;
- 3) the necessary hearing of a participant is subsequently held;
- 4) the decision of a committee whose collaboration is required in the issuing of the administrative act is subsequently taken;
- 5) the necessary collaboration of another authority is subsequently obtained.

(2) Actions referred to in paragraph 1 may be made good up to the final court of administrative proceedings.

(3) Where an administrative act lacks the necessary statement of grounds or has been issued without the necessary prior hearing of a participant, so that the administrative act was unable to be contested in good time, failure to observe the period for legal remedy shall be regarded as unintentional. The event resulting in

กฎหมายเยอรมัน โดยในขั้นตอนการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้ร่างฯ ได้มีการเปลี่ยนแปลงในรายละเอียดบางประการ เพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทย

3.2.1 คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องสามารถเยียวยาได้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นั้น จะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขสามประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นต้องไม่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองเกิดความบกพร่องอย่างรุนแรงจนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ

ประการที่สอง การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น จะกระทำได้ที่เฉพาะแต่เท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

ประการที่สาม การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องกระทำภายในเงื่อนไขเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้

มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่กระทำผิดกระบวนการหรือขั้นตอนด้วยการกระทำการหรือขั้นตอนที่บกพร่องนั้นในภายหลัง โดยเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองไม่ใช่คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเนื่องจากคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่มีผลใช้บังคับ ซึ่งในกรณีที่ต้องกรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมและออกคำสั่งทางปกครองใหม่เท่านั้น

1) การยื่นคำขอย้อนหลัง

ตามหลักการเริ่มกระบวนการพิจารณาตามดุลพินิจ (Opportunitätsprinzip) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้เอง โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอจากบุคคลอื่น แต่ก็อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีคำขอจากเอกชนก่อน องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงจะเริ่มกระบวนการพิจารณาได้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ก็มักจะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น การขอสัญชาติ การขอใบอนุญาตต่างๆ เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีคำขอจากเอกชนก่อนจึงจะเริ่มกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้นั้นก็เนื่องจากแนวคิดที่ว่ารัฐไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไปสอดส่องดูแลว่าเอกชนคนใดสมควรที่จะได้รับประโยชน์จากรัฐ

หรือไม่ แต่ต้องเป็นเรื่องที่เอกชนผู้ที่ประสงค์จะได้ประโยชน์ต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยการยื่นคำร้องและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเอง

เมื่อกฎหมายกำหนดให้ต้องมีคำขอจากเอกชนก่อนที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเริ่มกระบวนการพิจารณา หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเริ่มกระบวนการพิจารณาไปโดยที่ไม่มีคำขอและได้ออกคำสั่งทางปกครองไป คำสั่งทางปกครองนั้นก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องและความบกพร่องดังกล่าวย่อมเป็นความบกพร่องในกระบวนการหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนโดยองค์กรที่มีอำนาจได้¹⁷

การที่กฎหมายกำหนดให้มีการยื่นคำขอในภายหลังได้นั้น ก็เนื่องจากผู้กร่างฯ มีเจตนารมณ์ต้องการให้ใช้ มาตรา 41(1) แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณี queเอกชนได้มาแสดงความจำนงที่จะให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองให้แล้วแต่อาจมีปัญหาเกิดขึ้นในขั้นตอนการยื่นคำขอ¹⁸ ซึ่งเป็นกรณี queอาจเกิดขึ้นได้โดยสุจริต เช่น ผู้รับมอบอำนาจเพื่อทำการขออนุญาตนำเข้าวัตถุดิบโดยหนังสือมอบอำนาจระบุเอาไว้จำกัดเช่นนั้น แต่ปรากฏว่าวัตถุดิบที่จะขออนุญาตนั้น เจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นวัตถุดิบประเภทที่ 3 ซึ่งต้องมีการขึ้นทะเบียนก่อนด้วย เพื่อบริการแก่เอกชนเจ้าหน้าที่อาจดำเนินการพิจารณาขึ้นทะเบียนไปโดยที่ยังไม่มีคำขอ ถ้าข้อเท็จจริงที่ผู้ทำการแทนเสนอมีเพียงพอจะพิจารณาได้โดยออกคำสั่งรับขึ้นทะเบียนวัตถุดิบดังกล่าวไว้และให้ผู้ทำการแทนไปขอหนังสือมอบอำนาจใหม่ให้ครบถ้วนมาขึ้นในภายหลัง¹⁹

2) การแสดงเหตุผลในภายหลัง

มาตรา 37²⁰ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในมาตรานี้ กฎหมายกำหนดให้การแสดงเหตุผล

¹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 43/2545 การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยื่นคำขอให้เจ้าพนักงานที่ดินดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม อีกทั้งเจ้าหน้าที่ที่ดินก็ได้สอบสวนคู่กรณีตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้ทราบถึงสิทธิและความสามารถของคู่กรณี และความสมบูรณ์ของนิติกรรม ดังนั้น การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของเจ้าหน้าที่ที่ดินจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.

¹⁸ รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองครั้งที่ 9-10/2534. หน้า 8.

¹⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์. หน้า 276.

²⁰ มาตรา 37 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยื่นคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

(1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ

ประกอบคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนการใช้ดุลพินิจ ในส่วนการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดที่จะต้องมีการแสดงเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้น มีความคิดเห็นทางวิชาการแตกต่างกันอยู่สองแนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง มีความเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แบ่งการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองแท้ เป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ ซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายออกประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 37 วรรคสอง²¹ กฎหมายกำหนดให้ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในขณะที่ออกคำสั่ง โดยจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏในคำสั่งนั่นเองหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่ง หากเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งละเลยไม่แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม ย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกมานั้น

(2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง

(3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั่นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้ บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) เป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น

(2) เหตุผลนั้นเป็นที่รู้จักอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก

(3) เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32

(4) เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วนแต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ.

²¹ ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือในกรณีดังต่อไปนี้ต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่ง ได้แก่

1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นปฏิเสศการก่อตั้งสิทธิของคู่กรณี เช่น การไม่รับคำขอไม่อนุญาต ไม่อนุมัติ ไม่รับรอง ไม่รับอุทธรณ์ หรือไม่รับจดทะเบียน

2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาต เพิกถอนการอนุมัติ เพิกถอนการรับรอง หรือเพิกถอนการรับจดทะเบียน

3) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ

4) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการวินิจฉัยอุทธรณ์

5) คำสั่งยกเลิกการสอบราคา การประกวดราคา หรือการประมูล ราคา ที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว.

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยไม่มีทางจะทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบขึ้นมาในภายหลังได้

การแสดงผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการเทียม เป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วยตามที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองอาจจัดทำขึ้นภายหลังได้ การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ก็ไม่ส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไป มีผลเพียงเป็นทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ และอาจมีสถานะสมบูรณ์ขึ้นได้ในภายหลังหากได้จัดให้มีการให้เหตุผลด้วยวิธีการและเวลาที่กำหนดเอาไว้ใน มาตรา 41²² แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539²³

แนวทางที่สอง เห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักทั่วไปว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือหรือการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือจะต้องจัดให้มีการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองไว้ แม้จะมีข้อพิจารณาว่าโครงสร้างของบทบัญญัติ มาตรา 37 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

²² มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

- (1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถัดต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว
- (2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง
- (3) การรับฟังคู่กรณีที่น่าเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง
- (4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิมให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้บนหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกรณีนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น.

²³ พนม เอี่ยมประยูร. (ม.ป.ป.). *รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 103.

ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย อาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระงับเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้ จะเป็น โครงสร้างที่อาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความเกี่ยวกับหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าหากไม่เป็นกรณีตามมาตรา 37 วรรคสอง ประกอบกับประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี และไม่เข้าข้อยกเว้นอื่นใดแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องระงับเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไว้ในคำสั่งทางปกครองหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งความเห็นทางวิชาการในแนวทางที่สองนี้เห็นว่า การที่มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นการกำหนดหน้าที่ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนขึ้นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองนั้นด้วยเหตุนี้ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีภาระระงับไว้ในประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องระงับเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองด้วยเช่นกัน หากคำสั่งทางปกครองนั้นกระทบสิทธิ คู่กรณีและเห็นประจักษ์ชัดว่าบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองจำเป็นต้องทราบเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น²⁴

ผลของการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ระงับผลประกอบการคำสั่งทางปกครองไว้ในคำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถถูกองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาเพิกถอนได้เช่นเดียวกับกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่นๆ แต่ในขณะเดียวกันองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวนี้ได้โดยการจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบการคำสั่งทางปกครองในภายหลัง ซึ่งจะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุแห่งการไม่แสดงเหตุผลประกอบการคำสั่งทางปกครองอีกต่อไป²⁵

เมื่อพิจารณาความคิดเห็นทางวิชาการทั้งสองแนวทางในเรื่องหลักเกณฑ์การแสดงเหตุผลประกอบการคำสั่งทางปกครองแล้ว มีความคิดเห็นเช่นเดียวกับแนวทางที่สอง โดยมีความเห็นว่าในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือและการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องแสดงเหตุผลประกอบการคำสั่งทางปกครองเอาไว้ในตัวคำสั่งหรือเอกสารแนบท้ายในขณะที่ยื่นคำสั่งทางปกครองและหากองค์กรเจ้าหน้าที่

²⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 149.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 170.

ฝ่ายปกครองละเลยไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ก็จะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้น กลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่มีความเห็นเช่นเดียวกับความคิดเห็นทาง วิชาการในแนวทางที่สองก็เนื่องจากว่า แม้ใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) กฎหมายจะใช้ถ้อยคำว่า คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่า การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการให้เหตุผลในภายหลังนั้น จะสามารถ ใช้ได้แต่เฉพาะกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่งเท่านั้น แต่หากเป็นกรณี ของคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย ประกาศกำหนดให้ต้องระบุเหตุผลเอาไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งตามมาตรา 37 วรรคสองนั้น ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้²⁶

เมื่อพิจารณาความคิดเห็นทางวิชาการทั้งสองทางในเรื่องหลักเกณฑ์การแสดงผล ประกอบคำสั่งทางปกครองแล้ว มีความคิดเห็นเช่นเดียวกับแนวทางที่สอง โดยมีความเห็นว่าในกรณีที่ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครอง เป็นหนังสือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง เอาไว้ในตัวคำสั่งหรือเอกสารแนบท้ายในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองและหากองค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองละเลยไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ก็จะส่งผลให้คำสั่งทางปกครอง นั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่มีความเห็นเช่นเดียวกับความคิดเห็น ทางวิชาการในแนวทางที่สองก็เนื่องจากว่า แม้ใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) กฎหมายจะใช้ถ้อยคำว่า คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่า การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการให้เหตุผลในภายหลังนั้น จะสามารถ ใช้ได้แต่เฉพาะกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง เท่านั้น แต่หากเป็น กรณีของคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรี มอบหมายประกาศกำหนดให้ต้องระบุเหตุผลเอาไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่ง ตามมาตรา 37 วรรคสอง นั้น ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้²⁷ ซึ่งความเข้าใจดังกล่าวนี้ส่งผลทำให้มีการแบ่งระบบการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเป็น สองระบบตามความคิดเห็นทางวิชาการแนวที่หนึ่ง²⁸ แต่จากการศึกษารายงานการประชุมยกร่าง กฎหมาย มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ พบว่า ผู้ร่างมีความประสงค์ที่ กำหนดหลักการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองของไทยให้เป็นไปตามแนวทางของ

²⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 198.

²⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 198.

²⁸ พนม เอี่ยมประยูร. อ้างแล้ว. หน้า 103. และชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้ว. หน้า 276.

กฎหมายเยอรมัน ซึ่งถือหลักว่าในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือจะต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเสมอ แต่ก็อาจมีกรณีที่เป็นข้อยกเว้นไว้²⁹ การที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไว้ ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความบกพร่องโดยเหตุที่ไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองนี้ กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้โดยการให้เหตุผลในภายหลังได้ และเมื่อได้ให้เหตุผลแล้ว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁰ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการที่ใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติว่าคำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง นั้น หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือ หรือการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ หากไม่ได้มีการแสดงเหตุผลไว้ก็สามารถได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการให้เหตุผลย้อนหลังได้ และการที่กำหนดให้ มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 37 วรรคสอง นั้น ก็เป็นการกำหนดหน้าที่ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนขึ้นว่า คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

นอกจากนี้ การที่มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บัญญัติถึงกรณีคำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง โดยใช้คำว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์นั้น เป็นคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนว่าเมื่อคำสั่งทางกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์จะมีผลอย่างไร ซึ่งในกรณีนี้ จากการที่ได้ศึกษาในขั้นตอนการยกร่างพระราชบัญญัติ นี้จะพบว่าพระราชบัญญัตินี้ได้ร่างขึ้นโดยใช้รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของเยอรมัน เป็นต้นแบบ และได้มีการอภิปรายถึงประเด็นในเรื่องผลของเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งพบว่าผู้ร่างมีความประสงค์ให้ผลของเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเป็นไปในแนวทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวคือ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอน หรือรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญความบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็กลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย³¹ ดังนั้น จึงมีความเห็นว่าคำว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ตาม

²⁹ ดูคำอภิปรายของ โทคิน พลกุล. รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองครั้งที่ 7-7/2534. หน้า 14.

³⁰ Wolff/Decker. *supra*. pp. 663-670.

³¹ รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองครั้งที่ 9-10/2534. หน้า 22.

มาตรา 41 นั้น น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่ว่าใช้ถ้อยคำที่ต่างออกไปเท่านั้น

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) นี้ เป็นเพียงการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้จัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นความบกพร่องในทางรูปแบบเท่านั้น โดยไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของเหตุผลว่ามีความถูกต้องหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว และเห็นว่าเหตุผลที่ตนให้ไปนั้นมีเนื้อหาที่ไม่ถูกต้อง ย่อมไม่สามารถใช้มาตรานี้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในทางเนื้อหาได้ เจ้าหน้าที่ทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมและออกคำสั่งทางปกครองใหม่เท่านั้น

3) การจัดให้มีการรับฟังในภายหลัง

การจัดให้มีการรับฟังบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นกระบวนการสำคัญในการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 30³² แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ สิทธิในการรับฟังคู่กรณีในการที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และประการที่สองสิทธิของคู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

โดยเหตุที่การรับฟังคู่กรณีเป็นกระบวนการที่สำคัญในการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่ได้มีการรับฟังคู่กรณี หรือมีการรับฟังแต่การรับฟังนั้นกระทำไปโดยไม่สมบูรณ์ คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³³ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยการจัดให้มีการรับฟังใน

³² มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสดังต่อไปนี้
 1) ได้รับความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองล่าช้าออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

³³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 310/2545 ประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 1 บทที่ 12 ข้อ 2 และข้อ 3 กำหนดให้มีการสืบสวนข้อเท็จจริงก่อนและให้แจ้งข้อกล่าวหาหรือเรียนให้ผู้ถูกสอบสวนชี้แจงข้อเท็จจริง

ภายหลังนั้น ได้รับการบัญญัติไว้ใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3)³⁴ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ การที่มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติถึงกรณีการรับฟังที่ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ นั้น มีข้อพิจารณาอยู่ว่า “การรับฟังโดยไม่สมบูรณ์” ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) นั้น หมายถึงการรับฟังตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือไม่ และหากหมายถึงการรับฟังตามมาตรา 30 เหตุใดจึงไม่บัญญัติว่า “การรับฟังคู่กรณีที่จะต้องกระทำตามมาตรา 30” เช่นเดียวกับที่ได้บัญญัติถึงเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ไม่ได้ให้เหตุผล ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) ซึ่งบัญญัติโดยระบุถึงการให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง อย่างชัดเจนในประเด็นดังกล่าวนี้ เมื่อตรวจสอบจากรายงานการประชุมยกร่างพระราชบัญญัติฯ แล้วไม่ปรากฏว่าได้มีการอภิปรายถึงประเด็นนี้แต่อย่างใด แต่เมื่อได้ไปศึกษาประเด็นดังกล่าวนี้ในกฎหมายเยอรมันจะพบว่า มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ได้บัญญัติในลักษณะเช่นเดียวกันกับ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งการไม่ระบุเลขมาตรานี้ทำให้บทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังนั้น สามารถใช้กับกรณีการรับฟังตามมาตรา 28 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ และการรับฟังตามกฎหมายเฉพาะอื่นด้วย³⁵ จึงเห็นว่าการที่ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) ไม่ได้กำหนดว่าการรับฟังคู่กรณีที่จะต้องกระทำตามมาตรา 30 แต่ก็สามารถนำไปใช้กับกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำตามขั้นตอนการรับฟังซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้ทั้งสองขั้นตอน คือ ขั้นตอนในการได้รับทราบข้อเท็จจริง และขั้นตอนในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน นอกจากนี้ยังสามารถนำไปใช้กับการรับฟังตามกฎหมายอื่นได้อีกด้วย

ในประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) นี้ มีประเด็นที่เป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าการรับฟังคู่กรณีที่จะต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ มีความหมายรวมถึงการไม่ได้รับฟังคู่กรณีด้วยหรือไม่

ภายในเวลาที่กำหนด ถือเป็นขั้นตอนที่ต้องปฏิบัติตามมีคำสั่งคณะกรรมการสอบสวนข้าราชการตำรวจว่ากระทำผิดวินัยร้ายแรง หากมิได้ถือปฏิบัติย่อมถือได้ว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย.

³⁴ มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

๑.ล๑

๑.ล๑

(3) การรับฟังคู่กรณีที่จะต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

๑.ล๑

๑.ล๑

³⁵ Wolff/Decker. *supra*. pp. 663-670.

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่าไม่สามารถนำบทบัญญัติใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) มาใช้กับกรณีของการไม่ได้รับฟังคู่กรณีเลยได้ โดยให้เหตุผลว่าการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องกระทำตามกระบวนการขั้นตอนกฎหมายกำหนดและหากยอมให้มีการรับฟังในภายหลังได้ การรับฟังจะเป็นเพียงการรับฟังในทางแบบพิธีเท่านั้น การเปิดโอกาสให้มีการรับฟังในภายหลังในกรณีที่ไม่ได้มีการรับฟังมาเลยตั้งแต่ต้นนั้นจึงถือเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของหลักการรับฟัง ดังนั้น ในการใช้การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำโดยเคร่งครัดเมื่อ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติถึงแต่เฉพาะกรณีการรับฟังที่ดำเนินการโดยไม่สมบูรณ์ ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมีความประสงค์จะให้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแต่เพียงกรณีการรับฟังที่ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์เท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้กับกรณีความบกพร่องที่เกิดจากการไม่ได้รับฟังคู่กรณีเลยได้

ฝ่ายที่สอง เห็นว่าสามารถนำบทบัญญัติใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) มาใช้กับกรณีของการไม่ได้รับฟังคู่กรณี โดยให้ความเห็นว่าเจตนารมณ์ของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องก็เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบ แต่เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความถูกต้องไม่ถูกเพิกถอนเพียงเพราะความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบแล้วต้องมาเริ่มพิจารณากันใหม่ โดยมีเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเช่นเดิม ซึ่งทำให้เกิดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติงาน นอกจากนี้ ในทางข้อเท็จจริงการแยกว่าการรับฟังเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นกรณีของการรับฟังโดยไม่สมบูรณ์ หรือจะเป็นกรณีที่ถือว่าไม่ได้มีการรับฟัง ก็ทำได้ค่อนข้างยาก และหากศึกษาไปยังที่มาของกฎหมายซึ่งหมายถึง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของกฎหมายเยอรมันอันเป็นต้นแบบในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองจะเห็นได้ว่า มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณีเช่นกัน ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องเนื่องจากไม่ได้รับฟังก็น่าจะสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของการไม่ได้รับฟังได้เช่นเดียวกับกรณีของการรับฟังโดยไม่สมบูรณ์

พิเคราะห์แล้วมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับฝ่ายที่สอง ซึ่งเห็นว่าแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการรับฟังเลยก็สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้ แต่ทั้งนี้การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการรับฟังภายหลังนั้นจะต้องไม่ใช่เพียงการรับฟังในทางรูปแบบเท่านั้น แต่ข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการรับฟังนั้นจะต้องมีผลต่อการพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองโดยเมื่อเจ้าหน้าที่นำข้อเท็จจริงมาพิจารณาแล้วหากมีความเห็นเช่นเดิมก็ถือว่าได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังแล้ว แต่หากรับฟังแล้วมีความเห็นแตกต่างไปจาก

เนื้อหาของคำสั่งเดิมที่ได้ออกไปโดยไม่ได้รับฟัง เจ้าหน้าที่ที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิม และเริ่มพิจารณาคำสั่งทางปกครองนั้นใหม่

ประเด็นเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้รับฟังนั้น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเคยวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวเอาไว้ ในบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 75/2549 เรื่อง การแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ดำเนินการไปโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณี การออกคำสั่งว่า การที่คณะกรรมการสอบสวนไม่ได้ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาในการที่จะให้ถ้อยคำ และนำสืบแก้ข้อกล่าวหาตามข้อ 15 ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) นั้น คณะกรรมการผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถสั่งให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการให้ถูกต้องได้ตามข้อ 36 ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนได้มีหนังสือที่ พช. 0429/1452 ลงวันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2548 แจ้งพันตำรวจโท โทโกคินฯ ไปพบเพื่อให้การแก้ข้อกล่าวหาและนำพยานหลักฐานมานำสืบหักล้างข้อกล่าวหาตามมติของคณะกรรมการข้าราชการตำรวจเกี่ยวกับการอุทธรณ์แล้ว การที่พันตำรวจโท โทโกคินฯ ปฏิเสธไม่ไปพบคณะกรรมการสอบสวนเพื่อชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา ถือได้ว่าพันตำรวจโท โทโกคินฯ ได้ทราบข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาแล้วและไม่ประสงค์จะแก้ข้อกล่าวหาจึงเป็นกรณีที่ได้มีการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งลงโทษโดยจัดให้มีการรับฟังและให้โอกาสคู่กรณีได้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอันเป็นการดำเนินการตามที่ มาตรา 30 ประกอบกับมาตรา 41(3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น คำสั่งลงโทษดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

4) การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่อื่นในภายหลัง

คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้นั้น การได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นถือว่าเป็นเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้มีการให้ความเห็นชอบตามที่กำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) เป็นเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องการความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว ซึ่งในกรณีการให้ความเห็นชอบในภายหลังนี้ได้เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองวินิจฉัยไว้ในเรื่องเสร็จที่ 237/2551 เรื่อง การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของนายกเทศมนตรีตำบลเขาสมิงตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยคณะกรรมการฯ ได้

วินิจฉัยไว้ว่า การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของผู้บริหารหรือคณะผู้บริหารท้องถิ่นได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด การที่เทศบาลตำบลเขาสมิงออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด จึงเป็นการออกคำสั่งที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ หากผู้ว่าราชการจังหวัดได้ให้ความเห็นชอบในภายหลังก็จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสมบูรณ์ ทั้งนี้ โดยจะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครอง ไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้นตามที่บัญญัติในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) นี้ การขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นที่เป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ หากเจ้าหน้าที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ ซึ่งในกรณีนี้ มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยไว้ในเรื่องเสร็จที่ 920/2547 เรื่องแนวทางปฏิบัติตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ในส่วนของการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยคำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีเกี่ยวกับการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ต้องจัดทำและเสนอรายงานในชั้นขออนุญาตก่อสร้าง แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ได้มีบางโครงการหรือกิจการได้ดำเนินการก่อสร้างไปก่อนในระหว่างการนำเสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อนที่จะได้รับความเห็นชอบในรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 7) ได้พิจารณาข้อหาหรือแล้วมีความเห็น ดังนี้

กรณีที่เจ้าของโครงการหรือกิจการที่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ได้เสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมต่อสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าจะเป็นกรณีที่ได้ดำเนินการก่อสร้างไปก่อน โดยมิได้รับอนุญาต และต่อมาได้ยื่นเสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมต่อสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือกรณีที่ได้ใช้วิธีการแจ้งตามมาตรา 39 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ไม่ว่าจะเจ้าหน้าที่จะได้ออกไปรับแจ้งให้หรือไม่ก็ตาม แล้วจึงมายื่นเสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือกรณีที่ได้ก่อสร้างโครงการตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอนุญาตมิได้รอกการสั่งอนุญาตไว้ก่อนตามมาตรา 48 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพ

สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ต่อมาจึงได้เสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมต่อสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้น เมื่อพิจารณา มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ประกอบกับมาตรา 41(4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วเห็นได้ว่า กรณีที่การอนุญาตจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน แม้ผู้มีอำนาจอนุญาตจะได้อนุญาตไปก่อนแล้ว อันเป็นการผิดขั้นตอน ก็ทำได้ตัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่พิจารณานั้นไม่ ดังนั้น การยื่นรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่แม้จะเลขขั้นตอนที่กำหนดแล้ว ก็ได้ตัดอำนาจของสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่จะรับรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่ยื่นไว้เพื่อดำเนินการต่อไป

ประเด็นที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ คือ คำวินิจฉัยนี้สามารถนำ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) เรื่องการให้ความเห็นชอบในภายหลังมาใช้ได้หรือไม่ เนื่องจากการให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองตามนัยของ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) นั้นจะต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจเอาไว้ โดยให้ขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อนจึงจะออกคำสั่งทางปกครองได้ แต่เรื่องการให้ความเห็นชอบในรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมนั้นไม่ใช่การให้ความเห็นชอบในคำสั่งอนุญาตก่อสร้าง และการที่กฎหมายได้กำหนดให้โครงการที่มีผลกระทบสิ่งแวดล้อมต้องได้รับความเห็นชอบในรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อน แล้วจึงนำรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่ได้รับความเห็นชอบดังกล่าวมาขึ้นขออนุญาตในการก่อสร้างนั้นก็ไม่ใช่เงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ แต่เป็นกระบวนการขั้นตอนหนึ่งในการจัดทำคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เมื่อการให้ความเห็นชอบในรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมไม่ใช่การให้ความเห็นชอบตามนัยเดียวกับที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) แล้ว จึงไม่สามารถนำการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการให้ความเห็นชอบในภายหลังมาใช้กับกรณีนี้ได้

3.2.2 ระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

มาตรา 41 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2537 นั้น กำหนดขอบเขตเรื่องระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองไว้ โดยวางหลักว่า ในกรณีที่เป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้รับฟังคู่กรณี หรือไม่ได้ขอความเห็นชอบนั้น จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น ถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็จะต้องมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่มีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การ

พิจารณาของศาลปกครอง แต่ในกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง กรณีที่ไม่ได้มีการยื่นคำขอนั้นจะมีลักษณะแตกต่างออกไป เนื่องจากโดยปกติแล้วในเรื่องการยื่นคำขอนั้นกฎหมายมักจะกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำขอไว้อยู่แล้ว ดังนั้น ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ จึงต้องกระทำก่อนที่ระยะเวลายื่นคำขอจะสิ้นสุด หากพ้นกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำขอแล้ว การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองจะไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป แต่หากเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดเวลาในการยื่นคำขอการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นก็สามารถทำได้ก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือหากเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็จะต้องมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่มีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของศาลปกครอง เช่นเดียวกับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีอื่นๆ

นอกจากขอบเขตในเรื่องระยะเวลาที่ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายแล้ว คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่จะแก้ไขเยียวยาความบกพร่องก็จะต้องเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ยังไม่มีผลบังคับผูกพัน เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับผูกพันนั้น แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจจะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวได้อีก จึงไม่มีความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่จะต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดขึ้น เพราะผู้รับคำสั่งจะถูกผูกพันให้ต้องกระทำตามคำสั่งนั้น โดยไม่อาจโต้แย้งใดๆ ได้อีก³⁶

3.2.3 ผลของการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 นี้ เป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการกระทำผิดกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญซึ่งส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่กระทำกระบวนการที่บกพร่องเหล่านั้นในภายหลัง และเมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวแล้วความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็จะหมดไป คำสั่งทางปกครองนั้นก็กลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁷ ดังนั้น ในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาตามมาตรานี้แล้ว ก็จะทำให้เพียงโต้แย้งในประเด็นที่

³⁶ รายละเอียดในเรื่องผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง. โปรตดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (ม.ป.ป.). “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง”. *วารสารวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมนุญต์*. หน้า 169. และกมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 188.

³⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ่างแล้ว. หน้า 170.

เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบอื่นที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้เท่านั้น

นอกจากนี้ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ยังเป็นคนละกรณีกับการแก้ไขข้อผิดพลาดหรือผิดพลาดเล็กน้อยตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดในทางรูปแบบเพียงเล็กน้อยตามมาตรา 43 นั้น ไม่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความบกพร่องในทางรูปแบบที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องเป็นความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ³⁸ และความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญก็มีเพียงกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 เท่านั้น กฎหมายบัญญัติให้มีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องได้ หากเป็นความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญกรณีอื่น เจ้าหน้าที่ทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยบกพร่องเหล่านั้น โดยหลังจากที่เจ้าหน้าที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแล้ว เจ้าหน้าที่ประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิมให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย (มาตรา 41 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติขึ้นโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1976 เป็นต้นแบบ ดังนั้น การศึกษาเปรียบเทียบระหว่างบทบัญญัติในสองมาตราที่กล่าวมานั้น ย่อมทำให้สามารถทำความเข้าใจมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยในการศึกษาเปรียบเทียบนี้จะแบ่งหัวข้อออกเป็นสามหัวข้อ ได้แก่ 1) ความบกพร่องที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ 2) ระยะเวลาที่ใช้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง 3) ผลในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

1) ความบกพร่องที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้

มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติถึงความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ไว้ 5 ประการด้วยกัน

³⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 165.

ซึ่งจะต่างกับมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ตามกฎหมายไทยที่ได้บัญญัติไว้เพียงสี่ประการเท่านั้น โดยจะขอพิจารณาเปรียบเทียบ ดังนี้

ความบกพร่องประการแรก คือ กรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีคำขอจากเอกชน หรือมีการยื่นขอแล้วแต่ปรากฏว่าคำขอนั้นไม่สมบูรณ์ ซึ่งความบกพร่องในเรื่องนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของกฎหมายเยอรมัน โดยกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า *der für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird; (the application necessary for the issuing of the administrative act is subsequently made)* ส่วนในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยนั้น บัญญัติไว้ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) โดยใช้ถ้อยคำว่า การออกคำสั่งทางปกครอง โดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

เมื่อพิจารณาลักษณะในกฎหมายของทั้งเยอรมันและไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ถ้อยคำในกฎหมายนั้น ไม่ได้มีความแตกต่างกัน โดยเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะริเริ่มออกคำสั่งได้จะต้องมีคำขอจากเอกชนก่อน แต่เจ้าหน้าที่นั้น กลับออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้มีคำขอ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนการออกคำสั่งที่เป็นสาระสำคัญ แต่ความบกพร่องด้วยเหตุดังกล่าวนี้ระบบกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทยมีแนวคิดตรงกันว่าสมควรยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดขึ้นได้โดยการให้ยื่นคำขอมานในภายหลัง ซึ่งเมื่อได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวแล้ว คู่กรณีไม่สามารถยกความบกพร่องที่ได้รับ การแก้ไขเยียวยาไปแล้วมาเป็นเหตุในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีก

ความบกพร่องประการที่สอง เป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการแสดงเหตุผล หรือมีการแสดงเหตุผลแต่เหตุผลนั้นไม่ครบถ้วน โดยบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (2) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของเยอรมัน โดยใช้ถ้อยคำว่า *die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird; (the necessary statement of grounds is subsequently provided)* ซึ่งเป็นการบัญญัติถึงคำสั่งทางปกครองทุกประเภทที่กฎหมายกำหนดให้ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง แต่เจ้าหน้าที่ไม่ได้แสดงให้เห็นครบถ้วนนั้น สามารถแก้ไขเยียวยาโดยการให้เหตุผลในภายหลังได้ ส่วนกฎหมายไทยนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยใช้ถ้อยคำว่า คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

การที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บัญญัติเอาไว้ต่างจากรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของเยอรมัน โดยมีการเพิ่มเติมถ้อยคำว่า การให้เหตุผลตามมาตรา 37

วรรคหนึ่ง เข้ามา ทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่า หากเป็นกรณีการให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคสอง จะสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ โดยในเรื่องนี้มีความเห็นทางวิชาการแบ่งออกเป็นสองแนวทาง ดังนี้ แนวทางที่หนึ่ง มีความเห็นว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติให้สามารถแก้ไขเยียวยาได้เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ดังนั้น หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคสอง แล้ว ย่อมไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้³⁹ ส่วนแนวทางที่สอง มีความเห็นว่า การที่ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติไว้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่งนั้น ย่อมมีความหมายว่า คำสั่งทางปกครองทุกประเภทที่ต้องทำเป็นหนังสือ หรือการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ ต้องมีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง หากไม่ได้มีการแสดงเหตุผลดังกล่าวไว้ก็สามารถได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการให้เหตุผลย้อนหลังได้ ส่วนการที่กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ต้องแสดงเหตุผลตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีใน มาตรา 37 วรรคสอง ก็เป็นเพียงการกำหนดหน้าที่ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนขึ้นว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องระบุดูเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้นหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองเท่านั้น⁴⁰ พิจารณาแล้วมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับความเห็นตามแนวทางที่สอง เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 37 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้เป็นการทั่วไปว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ ต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือไม่ว่าจะเป็นตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสอง ก็ตาม หากไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองแล้ว อาจสามารถใช้มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้

ความบกพร่องประการที่สาม เป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการรับฟังหรือการรับฟังไม่สมบูรณ์ โดยบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของเยอรมัน โดยใช้ถ้อยคำว่า *die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird, (the necessary hearing of a participant is subsequently held:)* ส่วนของไทยนั้นบัญญัติในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยใช้ถ้อยคำว่า การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

³⁹ การแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง (Motivation) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. โปรดดู พนม เอี่ยมประยูร. อ้างแล้ว. หน้า 103. และชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ้างแล้ว. หน้า 276.

⁴⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 149.

การที่ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) ใช้ถ้อยคำว่า การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้ ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ทำให้มีประเด็นน่าพิจารณาว่า หากเป็นกรณีที่ ไม่ได้มีการรับฟังคู่กรณี เลยนั้น เจ้าหน้าที่จะสามารถนำ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) มาใช้ในการแก้ไขเยียวยาได้หรือไม่ ซึ่งใน ประเด็นนี้ มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันอยู่สองแนวทาง ดังนี้ แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่าการแก้ไขเยียวยา ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทาง ปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากเปิด โอกาสให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องกระทำตามกระบวนการ ขั้นตอนตามกฎหมายกำหนด ดังนั้น ในการใช้การตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงต้องกระทำโดย เคร่งครัด เมื่อมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติถึงแต่เฉพาะกรณีการรับฟังที่ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมีความประสงค์จะให้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทาง ปกครองแต่เพียงกรณีการรับฟังที่ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์เท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้กับกรณีความ บกพร่องที่เกิดจากการไม่ได้รับฟังคู่กรณีเลยได้ แนวทางที่สองนั้น เห็นว่าเจตนารมณ์ของการแก้ไข เยียวยาความบกพร่องก็เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนแต่ ว่าเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความถูกต้องนั้นต้องถูกเพิกถอนเพียงเพราะความบกพร่อง ในทางกระบวนการขั้นตอน แล้วต้องมาเริ่มพิจารณากันใหม่ โดยมีเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง เช่นเดิม ซึ่งทำให้เกิดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติ ดังนั้น การที่คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง เนื่องจากไม่ได้รับฟัง แต่เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองมีความถูกต้องก็น่าจะยอมให้มีการแก้ไข เยียวยาความบกพร่องของการ ไม่ได้รับฟังได้เช่นเดียวกับกรณีของการรับฟังโดยไม่สมบูรณ์ และใน รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของเยอรมันก็ได้ยอมให้การแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง ที่เกิดจากการไม่ได้รับฟังเช่นเดียวกัน

ความบกพร่องประการที่สี่ เป็นกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทาง ปกครองที่ต้องการความยินยอมหรือต้องการการอนุญาตจากคณะกรรมการ แล้วคณะกรรมการนั้น ไม่ได้มาประชุมเพื่อพิจารณาคำสั่งทางปกครองนั้นเลย หรือคณะกรรมการ ได้มีการประชุม แต่มติที่ ออกมานั้น ไม่เป็นมติที่ได้คะแนนเสียงตามที่กฎหมายกำหนด หรือมติที่ออกมาเป็นมติที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (4) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของเยอรมันโดยบัญญัติเอาไว้ว่า *der Beschluss eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefasst wird; (the decision of a committee whose collaboration is required in the issuing of the administrative act is subsequently taken;)* ซึ่ง การแก้ไขเยียวยาในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครองฯ แต่อย่างใด

ความบกพร่องประการที่ห้า เป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่หลายองค์กรหรือนิติบุคคลอื่นในกฎหมายมหาชน นอกเหนือไปจากองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งไปโดยไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วม กฎหมายจึงกำหนดให้สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วยการให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาในภายหลัง โดยได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) ว่า Die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird; (the necessary collaboration of another authority is subsequently obtained.)

ส่วนของกฎหมายไทยนั้นบัญญัติใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยใช้ถ้อยคำว่า คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยนั้นบัญญัติไว้แคบกว่ากฎหมายเยอรมัน โดยจำกัดเฉพาะกรณีที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบเท่านั้นจึงจะสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้แต่หากเป็นกรณีอื่น เช่น การให้คำปรึกษาหารือก็ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้

2) ระยะเวลาที่ใช้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

เดิมในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองของเยอรมันนั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือหากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ การแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองก็จะทำได้ในช่วงก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง แต่ในปัจจุบันมาตรา 45 วรรคสอง⁴¹ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย

⁴¹ § 45 Heilung von Verfahrens- und Formfehlern.

(1) Eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn

- 1) der für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird;
- 2) die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;
- 3) die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;
- 4) der Beschluss eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefasst wird;
- 5) die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.

(2) Handlungen nach Absatz 1 können bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.

วิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ได้มีการแก้ไขในเรื่องระยะเวลาของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเสียใหม่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

ส่วนระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายไทยนั้น เป็นไปตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 41 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งจะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น ถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็จะต้องมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่มีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

(3) Fehlt einem Verwaltungsakt die erforderliche Begründung oder ist die erforderliche Anhörung eines Beteiligten vor Erlass des Verwaltungsaktes unterblieben und ist dadurch die rechtzeitige Anfechtung des Verwaltungsaktes versäumt worden, so gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet. Das für die Wiedereinsetzungsfrist nach § 32 Abs. 2 maßgebende Ereignis tritt im Zeitpunkt der Nachholung der unterlassenen Verfahrenshandlung ein.

Section 45. Making good defects in procedure or form

(1) An infringement of the regulations governing procedure or form which does not render the administrative act void under section 44 shall be ignored when:

- 1) the application necessary for the issuing of the administrative act is subsequently made;
- 2) the necessary statement of grounds is subsequently provided;
- 3) the necessary hearing of a participant is subsequently held;
- 4) the decision of a committee whose collaboration is required in the issuing of the administrative act is subsequently taken;
- 5) the necessary collaboration of another authority is subsequently obtained.

(2) Actions referred to in paragraph 1 may be made good up to the final court of administrative proceedings.

(3) Where an administrative act lacks the necessary statement of grounds or has been issued without the necessary prior hearing of a participant, so that the administrative act was unable to be contested in good time, failure to observe the period for legal remedy shall be regarded as unintentional. The event resulting in restoration of the status quo ante under section 32, paragraph 2 shall be deemed to occur when omission of the procedural action is made good.

3) ผลในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของเยอรมันนั้น ได้บัญญัติถึงผลของคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องว่าเมื่อมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องตามกระบวนการและขั้นตอนที่ปรากฏในมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ แล้วความบกพร่องดังกล่าวก็ถือว่าไม่มีอีกต่อไป (Eine Verletzung von Verfahrens-oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 nichtig macht, ist unbeachtlich, wenn (An infringement of the regulations governing procedure or form which does not render the administrative act void under section 44 shall be ignored when)) ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาแล้วก็จะกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ในส่วนของกฎหมายไทยนั้น มาตรา 41 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติถึงผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะถ้อยคำในกฎหมายโดยไม่ได้พิจารณาถึงทฤษฎีในเรื่องผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องประกอบกันไปแล้ว ก็อาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยไม่ได้ยื่นคำขอ ไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้รับฟังคู่กรณี หรือไม่ได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นนั้น ถือเป็นความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ และคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนนั้นยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องเนื่องจากความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองถือเป็นความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญซึ่งทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่ว่าหากภายหลังเจ้าหน้าที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว กฎหมายให้ถือว่าความบกพร่องนั้นเป็นอันหมดสิ้นไป คู่กรณีก็ไม่อาจกล่าวอ้างความบกพร่องดังกล่าวขึ้นเพื่อให้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป และในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนซึ่งสามารถแก้ไขเยียวยาได้โดยไม่มี ความบกพร่องในทางเนื้อหาหรือกระบวนการขั้นตอนอื่นที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาตามกำหนดแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นก็กลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.2.4 การเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องโดยศาลปกครอง

1) เหตุแห่งการเพิกถอนการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เหตุแห่งการเพิกถอนการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 9 วรรคหนึ่ง⁴² (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นการกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองไว้ครอบคลุมการกระทำทั้ง 2 ประเภท คือ การใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่น โดยที่มีการใช้และการตีความคำว่า คำสั่ง ตามที่บัญญัติไว้มีความหมายรวมถึง คำสั่งทางปกครองด้วย⁴³ หากพิจารณาเหตุแห่งการเพิกถอนการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เหตุแห่งการเพิกถอนมีด้วยกัน 7 เหตุย่อยๆ คือ

(1) เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ เหตุแห่งการเพิกถอนการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ในกรณีนี้ถ้าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ หมายถึง เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีได้เป็นผู้มีอำนาจกระทำกรณันั้นๆ แต่ได้กระทำการแทนส่วนกรณีที่เป็นกรณักระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่อาจเป็นกรณัที่กระทำการโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้⁴⁴

⁴² มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

๑๓๑

๑๓๑

⁴³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (ม.ป.ป.). *เขตอำนาจศาลปกครอง*. เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับกลาง รุ่นที่ 6 สำนักงานศาลปกครอง. ม.ป.ท. หน้า 21.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

(2) เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นกรณีที่การกระทำของฝ่ายปกครอง มีความขัดแย้งหรือแย้งกับกฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น หรืออาจเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ⁴⁵

(3) เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบนั้น ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น เหตุแห่งการเพิกถอนการกระทำตามเหตุนี้เป็นการพิจารณาจากรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง การกระทำได้กำหนดไว้

(4) เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ⁴⁶

(5) เป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กล่าวโดยสรุปคือ หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจกระทำการ โดยเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อปัจเจกชน เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้น หากฝ่ายปกครองได้แบ่งประเภทของบุคคล เพราะเหตุต่างๆ ดังกล่าว และฝ่ายปกครองได้กระทำการต่อบุคคลแต่ละประเภะนั้นแตกต่างกันออกไปแต่ปราศจากเหตุผลที่ “ควรค่าแก่การรับฟัง” ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination)⁴⁷

(6) เป็นการกระทำที่เป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือเป็นการสร้างภาระให้ เกิดกับประชาชนเกินสมควร การกระทำที่เป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือเป็นการสร้างภาระให้ เกิดกับประชาชนเกินสมควร เป็นการกระทำที่เกินความจำเป็นซึ่งได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 29⁴⁸ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁴⁵ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 23

⁴⁶ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 23

⁴⁷ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. (2535). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมสาร. หน้า 35-36

⁴⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่

(7) เป็นการกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจในความรับผิดชอบของตนเองและตัดสินใจภายในขอบเขตของกฎหมายซึ่งฝ่ายปกครองอาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น⁴⁹

การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองมีเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติหลายประการ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจโดยปฏิบัติตามขั้นตอนและแบบพิธีของการใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจได้ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจที่กฎหมายได้กำหนดไว้ รวมทั้งฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายที่ใช้อำนาจ⁵⁰ โดยเฉพาะในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ จะใช้อำนาจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายอย่างอื่นนอกเหนือไปจากความมุ่งหมายที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนไม่ได้ อีกทั้งฝ่ายปกครองต้องใช้

2) ศึกษาและวิเคราะห์กรณีตัวอย่างตามคำพิพากษาของศาลปกครองซึ่งพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อได้มีการศึกษาเกี่ยวกับเงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองในแง่กระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองและได้มีการศึกษาเรื่องเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องมาจากกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยเหตุประการใดบ้าง ซึ่งเป็นการศึกษาที่น่าทฤษฎีมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล จึงเป็นการสมควรที่จะมีการศึกษาวิเคราะห์เหตุที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อจะได้เป็นตัวอย่างกรณีศึกษาอันเป็นประโยชน์ในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองในเรื่องนี้ต่อไป⁵¹

รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้.

⁴⁹ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2531). *การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ*. กรุงเทพมหานคร: พี.เค.พรินติ้งเฮาส์. หน้า 199.

⁵⁰ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2534). *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 84.

⁵¹ คำพิพากษาของศาลปกครองที่นำมาศึกษาวิเคราะห์จำเพาะแต่คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลาง โดยใช้ข้อมูลที่ปรากฏ ณ วันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2547 เป็นฐานข้อมูล.

(1) เหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง

(1.1) ศาลปกครองสูงสุด⁵² มีคำพิพากษาโดยสรุปได้ว่า “เมื่อกรรมการสรรหาฯ คนหนึ่งซึ่งเป็นผู้แทนของสมาคมผู้ประกอบการวิทยุโทรทัศน์มีตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์และเป็นผู้ถือหุ้นกับเป็นกรรมการในบริษัทที่ทำธุรกิจด้านการกระจายเสียงและกิจการวิทยุโทรทัศน์กับสถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งนั้น ในขณะที่ผู้สมัครที่ได้รับการคัดเลือกจำนวน 2 คน มีความเกี่ยวข้องกับกรรมการสรรหาฯ โดยคนหนึ่งมีตำแหน่งเป็นประธานที่ปรึกษาผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์ และอีกคนหนึ่งเป็นกรรมการบริษัทที่ทำธุรกิจกับสถานีวิทยุโทรทัศน์ดังกล่าว หากบุคคลทั้งสองได้รับเลือกเป็นกรรมการ กสช.ย่อมถือประโยชน์ในธุรกิจของกรรมการสรรหาฯ ผู้หนึ่งได้ส่วนกรรมการสรรหาฯ ซึ่งเป็นผู้แทนของสมาคมนักจัดรายการโทรทัศน์ก็มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้สมัครที่ได้รับการคัดเลือกจำนวน 2 คน โดยมีตำแหน่งเป็นผู้ประกอบอาชีพที่มีส่วนได้เสียร่วมกันโดยตรงด้านสื่อมวลชน กรณีจึงถือว่าเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาคัดเลือกผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็นกรรมการ กสช.ขัดต่อหลักความเป็นกลาง ซึ่งตามกฎหมายกรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางทั้งสองคนจะต้องหยุดการพิจารณา และคณะกรรมการสรรหาฯ ต้องมีมติว่ากรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางจะมีอำนาจพิจารณาคัดเลือกกรรมการ กสช.หรือไม่ การที่คณะกรรมการสรรหาฯ ไม่ดำเนินการดังกล่าวจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย อันส่งผลให้การพิจารณาทางปกครองของคณะกรรมการสรรหาฯ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีผลให้มติของคณะกรรมการสรรหาฯ ในการคัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการ กสช.ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

บทวิเคราะห์

ตามคำพิพากษาฉบับนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้อ้างเหตุที่ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (มติของคณะกรรมการสรรหากรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสช.) ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงว่า กรรมการสรรหาฯ คนหนึ่งซึ่งเป็นผู้แทนของสมาคมผู้ประกอบการวิทยุโทรทัศน์มีตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์และเป็นผู้ถือหุ้นกับเป็นกรรมการในบริษัทที่ทำธุรกิจด้านการกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์กับสถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งนั้น และมีผู้สมัครเป็น กสช. จำนวน 2 คน มีความเกี่ยวข้องกับกรรมการสรรหาฯ โดยคนหนึ่งเป็นประธานที่ปรึกษาผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์ และอีกคนหนึ่งเป็นกรรมการบริษัทที่ทำธุรกิจกับสถานีวิทยุโทรทัศน์ดังกล่าว นอกจากกรรมการสรรหาฯคนดังกล่าวมีส่วนได้เสียกับผู้สมัครเป็น กสช. ดังกล่าวแล้ว ยังมีกรรมการสรรหาฯที่เป็นผู้แทนของสมาคมนักจัดรายการ

⁵² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 4/2546.

โทรทัศน์ก็มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้สมัครที่ได้รับการคัดเลือกจำนวน 2 คน โดยมีตำแหน่งเป็นผู้ประกอบอาชีพที่มีส่วนได้เสียร่วมกันโดยตรงด้านสื่อสารมวลชน กรณีจึงถือว่าเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาคัดเลือกผู้สมัครเป็น กสช. ขัดต่อหลักความเป็นกลาง (ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2542) ดังนั้นกรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางทั้ง 2 คนต้องหยุดการพิจารณา และคณะกรรมการสรรหาต้องมีมติว่า กรรมการฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางจะยังคงมีอำนาจพิจารณาคัดเลือกกรรมการ กสช. หรือไม่ การที่คณะกรรมการสรรหาฯ ไม่ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

(1.2) ศาลปกครองกลาง³³ มีคำพิพากษาโดยสรุปได้ว่า “เมื่อมีการร้องเรียนจากผู้ปกครองและนักเรียนว่า ผู้ฟ้องคดีมีพฤติการณ์ไม่นำส่งเงินค่าลงทะเบียนที่ผู้ปกครองฝากไว้กับผู้ฟ้องคดี ผู้บังคับบัญชาชั้นต้นจึงมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงผลการสอบสวนสรุปว่า กรณีมีมูล เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุข้าราชการเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 ประกอบกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 ซึ่งใช้บังคับในขณะนั้น ซึ่งใช้บังคับในขณะนั้นศาลจึงวินิจฉัยว่า คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นคำสั่งที่ดำเนินการภายในอำนาจหน้าที่ ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้

บทวิเคราะห์

ประเด็นแห่งคดีในชั้นนี้เข้าใจได้ว่า มีข้อต้องพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นตำแหน่งใด และมีความดำรงอยู่ในทางกฎหมายและได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการดำเนินงานเพื่อออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ซึ่งเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งน่าจะตรงประเด็นมากกว่า ตามรูปคดียังไม่เห็นว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณาไปถึงขั้นตอนหรือแบบในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยความเคารพต่อศาลปกครองกลาง พิเคราะห์แล้ว เห็นด้วยในผล แต่ถ้ามีการกล่าวอธิบายเหตุผลประกอบคำพิพากษาให้ชัดเจน โดยระบุเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนก็ดูจะเป็นประโยชน์ในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองได้มาก

(1.3) ศาลปกครองกลาง³⁴ มีคำพิพากษาสรุปได้ว่า “...ในประเด็นกระบวนการพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้ฟ้องคดีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ปราบกฏข้อเท็จจริงว่า เมื่อมีมูลผู้มีอำนาจ

³³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 677/2547.

³⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 1528/2547.

ตั้งบรรจูดังดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยร้ายแรงเพื่อดำเนินการต่อไป แต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยร้ายแรง แต่ได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาโทษทางวินัย ซึ่งมีใช้เป็นคณะกรรมการสอบสวนวินัยร้ายแรง และไม่ปรากฏว่าได้มีการดำเนินการสอบสวนวินัยตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบและสาระสำคัญ เป็นการดำเนินการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรง

ส่วนกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้นำผลการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาลงโทษทางวินัย (ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย) ไปเสนอต่อ ก.อบต. ที่มีอำนาจพิจารณา ซึ่ง ก.อบต. ได้มีมติไล่ออกผู้ฟ้องคดีออกจากราชการก็ปรากฏด้วยว่า ในการประชุม ก.อบต. เพื่อพิจารณาเรื่องของผู้ฟ้องคดีมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิคนหนึ่งซึ่งเป็นนายความของผู้มีชื่อซึ่งเป็นผู้ร้องเรียนการกระทำในเรื่องเดียวกันนี้ต่อทางราชการ ศาลเห็นว่ากรรมการคนดังกล่าวมีเหตุที่มีสภาพร้ายแรงอันทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ก.อบต. จึงไม่อาจพิจารณาเรื่องของผู้ฟ้องคดีได้

บทวิเคราะห์

ตามประเด็นที่ศาลใช้ในการพิจารณาเพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองศาลได้อ้างว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจคำสั่งทางปกครองไม่ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยร้ายแรง จึงไม่มีการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการในการสอบสวนวินัยร้ายแรง กรณีจึงไม่มีการดำเนินการตามรูปแบบและสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการสอบสวนวินัยร้ายแรง โดยความเคารพต่อศาลปกครองกลาง ตามมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ที่นำมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับกรณีนี้ ย่อมต้องเข้าใจว่า ในการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งลงโทษทางวินัยร้ายแรงเป็นขั้นตอนการริเริ่มการออกคำสั่งทางปกครองต้องมีคำแนะนำหรือการปรึกษาโดยเจ้าหน้าที่อื่นก่อน (คณะกรรมการสอบสวนวินัยร้ายแรง) เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองยังไม่ได้จัดให้มีคำแนะนำหรือขอรับคำปรึกษาก่อน กรณีจึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีความบกพร่องในแง่กระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีจึงไม่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าได้มีการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้สำหรับการดำเนินการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงหรือไม่ เพราะเมื่อไม่มีคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงแล้ว จะมีการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้สำหรับการดำเนินการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงได้เช่นใด

ส่วนกรณีเรื่องหลักความเป็นกลางนั้น ปรากฏว่าศาลไม่ได้พิจารณาในประเด็นให้ชัดเจน ศาลคงกล่าวเฉพาะประเด็นแรกเท่านั้น ศาลน่าจะได้อธิบายด้วยว่า ก.อบต. มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองที่พิพาท การดำเนินงานของ ก. อบต. มิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการดำเนินงานขององค์กรกลุ่ม เนื่องจากมีกรรมการที่มีเหตุขัดต่อหลักความเป็นกลางได้ร่วมพิจารณา และมีมติในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นรวมอยู่ด้วย ถ้าเป็นเช่นนั้นก็ย่อมมีผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุบกพร่องในกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

(2) เหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้

(2.1) ศาลปกครองกลาง⁵⁵ มีคำพิพากษาโดยสรุปได้ว่า “ที่ดินที่หน่วยงานทางปกครองแปลงขอออกหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง (นสล.) มีข้างเคียงที่ดินของผู้ฟ้องคดี แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าของที่ดินแปลงข้างเคียงทราบ เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้มาระวังชี้แนวเขตที่ดินของตนในวันรังวัดเพื่อออก นสล. การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องมาจากการดำเนินการไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออก นสล. มีผลให้ นสล. ที่ออกโดยอาศัยขั้นตอนวิธีการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงพิจารณาให้เพิกถอน นสล.

บทวิเคราะห์

ตามคำพิพากษาลงบับนี้ ศาลอ้างเหตุที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (หนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง) เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดำเนินการตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ไม่มีหนังสือแจ้งให้เจ้าของที่ดินข้างเคียงไปร่วมระวางแนวเขตที่ดินในรังวัดเพื่อออก นสล. เมื่อได้ตรวจสอบกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ ประมวลกฎหมายที่ดินและกฎกระทรวง ฉบับที่ 45 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และระเบียบกรมที่ดิน รวมทั้งหนังสือเวียนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้กำหนดแนวปฏิบัติไว้หลายประการ ขั้นตอนการมีหนังสือแจ้งเจ้าของที่ดินข้างเคียงเป็นขั้นตอนหนึ่ง หากพิจารณาแล้วย่อมเข้าใจได้ว่า ขั้นตอนมีหนังสือแจ้งเจ้าของที่ดินข้างเคียงถือเป็นขั้นตอนการรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีนี้เป็นขั้นตอนที่กฎหมายฉบับที่ก่อให้เกิดอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ ขั้นตอนการแจ้งเจ้าของที่ดินข้างเคียงให้มาร่วมรังวัดที่ดินนับเป็นขั้นตอน

⁵⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 1580/2547.

อันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยความเคารพต่อศาลปกครองกลาง ผู้เขียนเห็นด้วยกับผลและเหตุผลในคำพิพากษา เพียงแต่หากศาลปกครองจะได้แจ้งด้วยว่า ที่ศาลเห็นว่าขั้นตอนการแจ้งเจ้าของที่ดินข้างเคียงเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดก็น่าจะได้เป็นผลดีมากขึ้น ซึ่งจะได้เห็นแนวทางในการใช้และตีความกฎหมายว่าศาลได้ใช้หลักการใดเพื่อแยกขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ ขั้นตอนใดไม่ถือเป็นสาระสำคัญ

(2.2) ศาลปกครองกลาง⁶⁶ มีคำพิพากษาโดยสรุปได้ว่า “เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังเป็นที่ยุติว่า การประชุมคณะกรรมการสถานศึกษาวิทยาลัยการอาชีพตระการพืชผลเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบและแก้ข้อกล่าวหาซึ่งจัดให้มีขึ้นในวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2544 อันเป็นวันหลังจากที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากการเป็นลูกจ้างชั่วคราวทำหน้าที่ครูพิเศษตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2544 เห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองมิได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบข้อเท็จจริงที่ถูกกล่าวหาอย่างเพียงพอและไม่เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนเพื่อแก้ข้อกล่าวหา นั้น การออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้”

บทวิเคราะห์

คดีนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าเหตุที่ศาลจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากการเป็นลูกจ้างชั่วคราว) เนื่องจากความบกพร่องของกระบวนการในการออกคำสั่งปกครองเหตุใด การที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่จัดให้ผู้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้รับทราบข้อเท็จจริง ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนเพื่อแก้ข้อกล่าวหา นั้นเป็นการพิจารณาทางปกครองที่มีความบกพร่องในเงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง โดยความเคารพต่อศาลปกครองกลาง พิเคราะห์แล้วเห็นว่าศาลปกครองกลางสมควรจะระบุให้ชัดเจนในคำพิพากษาว่า เหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นเพราะความบกพร่องของขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ศาลอ้างเหตุแห่งการเพิกถอนคลุมๆ กันไปทั้ง 3 เหตุซึ่งไม่ชัดเจน

(2.3) ศาลปกครองกลาง⁶⁷ มีคำพิพากษาสรุปได้ว่า “คำสั่งลงโทษปลดผู้ฟ้องคดี ทั้งสี่กับพวกออกจากราชการฐานกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เพราะผู้มีอำนาจสั่งบรรจุ (เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทาง

⁶⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 679/2547.

⁶⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 745/2547.

ปกครอง) ไม่ได้ดำเนินการเสนอเรื่องให้ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์พิจารณาให้ความเห็นก่อน แต่กลับนำเสนอเรื่องให้ ก.ก.พ.กรมป่าไม้พิจารณาซึ่งไม่ถูกต้องตามมาตรา 104 วรรคสอง (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดว่า หากมีข้าราชการระดับ 8 ขึ้นไป ร่วมกันกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุเสนอเรื่องให้ อ.ก.พ.กระทรวงซึ่งผู้ถูกกล่าวหาสังกัดอยู่พิจารณา เมื่อ อ.ก.พ. กระทรวงมีมติเป็นประการใด ให้มีผู้มีอำนาจสั่งบรรจุดังกล่าวสั่งหรือปฏิบัติไปตามนั้น”

บทวิเคราะห์

ประเด็นพิพาทเกี่ยวกับความบกพร่องในกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองในคดีนี้ คือ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนำเรื่องเสนอต่อเจ้าหน้าที่อื่นซึ่งมีหน้าที่ให้ความเห็นชอบก่อน เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจึงจะออกคำสั่งทางปกครองไปตามที่เจ้าหน้าที่อื่นนั้นได้ให้ความเห็น เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนำเรื่องเสนอต่อเจ้าหน้าที่อื่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครอง ก็ย่อมมีผลเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง กรณีจึงเป็นความบกพร่องในขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยความเคารพต่อศาลปกครองกลาง เห็นว่า แม้โดยผลของคำพิพากษาจะไม่แตกต่างกัน แต่หากได้มีการอ้างเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้อย่างชัดเจนไม่ได้ครอบคลุมทุกเหตุว่าจะเหมาะสมและมีส่วนช่วยให้มีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองต่อไป

(2.4) ศาลปกครองกลาง มีคำพิพากษาสรุปได้ว่า ผู้กำกับสถานีตำรวจนครบาล บางบอน ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อดำเนินการสอบสวนทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดี คณะกรรมการสอบสวน ได้แจ้งข้อกล่าวหาสรุปพยานหลักฐานสนับสนุนข้อกล่าวหาให้ผู้ฟ้องคดีทราบ และให้โอกาสผู้ฟ้องคดีได้แย้งคัดค้านข้อกล่าวหาและพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหา ... เห็นว่า การสอบสวนวินัยผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว”

บทวิเคราะห์

โดยที่ศาลได้อ้างเงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นพิจารณาด้วย กรณีสมควรจะพิจารณาเฉพาะประเด็นดังกล่าว โดยความเคารพต่อศาลปกครองกลาง การที่ศาลปกครองวินิจฉัยเงื่อนไข ขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองแบบกว้างโดยมิได้หยิบยกเหตุเฉพาะในขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองมาพิจารณาวินิจฉัยเป็นเหตุฯ ไป อาจสร้างความเข้าใจคลาดเคลื่อนได้ง่ายศาลควรจะได้พิจารณาเหตุความบกพร่องในกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองเป็นกรณีๆ จะเป็นประโยชน์มากกว่า

จากการวิเคราะห์เพื่อพิจารณาเหตุที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาพิพากษา เพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในแง่กระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเห็นว่า ศาลปกครองต้องมีการใช้และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อความคิดในทางทฤษฎีที่ได้กล่าวไว้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่รัฐสภามอบอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ และจากการศึกษาและวิเคราะห์ ตัวอย่างของคำพิพากษาศาลปกครองยังคงชี้ให้เห็นได้ว่า ศาลปกครองยังไม่ได้มีการอ้างเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งมีเหตุบกพร่องในกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองในแนวทางที่ควรเป็น กล่าวคือ บางคำพิพากษายังมีการอ้างเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่ถูกต้อง บางคำพิพากษาก็อ้างเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่เฉพาะเจาะจง แต่เป็นการอ้างแบบกว้างโดยมิได้มีการพิจารณาความหมายของถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายประกอบ เป็นต้น ซึ่งวิเคราะห์แล้วยังคงมีความเห็นว่า ศาลปกครองสมควรจะเริ่มพัฒนาหลักกฎหมายปกครองเรื่องเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งออกโดยเหตุบกพร่องในกระบวนการในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อจะได้มีการวางหลักกฎหมายที่ชัดเจนต่อไป

3) คำบังคับของศาลปกครอง

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคแรก บัญญัติว่า ในการพิพากษา ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎ หรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

วรรคสอง และวรรคสี่ของมาตราดังกล่าวบัญญัติดังนี้ ในกรณีมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่มีผลย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้ผู้ใดชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้

คำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองจะเกิดขึ้นเมื่อเสร็จสิ้นการแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี ตุลาการหัวหน้าคณะ จะนัดประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาหรือมีคำสั่ง โดยจะ

กระทำในวันเดียวกับวันที่ ตุลาการผู้แถลงคดีชี้แจงก็ได้ นอกจากนั้นอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจที่จะให้มีการวินิจฉัยปัญหาหรือคดีโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นได้ หากเห็นว่าเป็นคดีที่มีความสำคัญ เช่น เป็นคดีเกี่ยวกับประชาชนเป็นจำนวนมากหรือเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่ส่งผลกระทบอย่างมาก หรือเป็นการวางหลักกฎหมายปกครอง ที่สำคัญ เป็นต้น

ในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งใดจะต้องกระทำโดยตุลาการหลายคน คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะต้องบังคับตามความเห็นของฝ่ายข้างมาก หากตุลาการผู้ใดมีความเห็นแย้งจะต้องทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่ง

(1) ผลต่อคู่กรณี

ในกรณีที่คำพิพากษาศาลปกครองมีการกำหนดคำบังคับ คู่กรณีจะต้องปฏิบัติตามคำบังคับนับแต่วันที่กำหนดในคำพิพากษาเป็นต้น ไปจนถึงวันที่คำพิพากษานั้นถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข กลับ หรืองดเสีย อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ต้องรอการปฏิบัติตามคำบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาอุทธรณ์หรือถ้ามีการอุทธรณ์ ต้องรอการบังคับคดีไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด

(2) ผลต่อบุคคลภายนอก

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองนั้นก็เหมือนกับคำพิพากษาของ ศาลยุติธรรม คือ ถ้อยหลักว่าผูกพันเฉพาะคู่กรณีแต่อาจมีผลผูกพันบุคคลภายนอกได้ในกรณีต่อไปนี้

(2.1) การให้บุคคลได้ออกไปจากสถานที่ใดจะใช้บังคับตลอดถึงบริวารของผู้ที่อยู่ในสถานที่นั้นด้วย

(2.2) การใช้บังคับไปถึงผู้เข้าเป็นผู้ค้าประกันในศาลเพื่อการดำเนินการใดๆ ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น โดยไม่ต้องฟ้องผู้ค้าประกันใหม่

(2.3) คำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับสถานะหรือความสามารถของบุคคลหรือนิติบุคคล

(2.4) คำพิพากษาหรือคำสั่งที่เกี่ยวกับสิทธิแห่งทรัพย์สินใดตามที่ได้ศึกษาการเสียหายผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องของกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย ดังนั้น ในบทต่อไปจึงได้ทำการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการเสียหายผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง เพื่อให้ทราบถึงประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไป