

บทที่ 4

ปัญหาการเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง

จากที่ได้ศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง (Basic concepts of administrative order) เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง (Terms legality of the administrative order) และผลความบกพร่อง (Results of the defects) ของคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งการเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องของกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย ในบทนี้ ผู้เขียนจึงได้เสนอปัญหาการเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง ดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.1 ปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในบางกรณี

บทบัญญัติของกฎหมายไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในบางกรณี ดังที่จะได้วิเคราะห์ดังต่อไปนี้

ในกรณีที่ดุลพินิจปรากฏขึ้นในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายจะเรียกว่า ดุลพินิจตัดสินใจ โดยกฎหมายจะไม่ได้บัญญัติบังคับให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่เปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการ หรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำการก็สามารถเลือกการอันใดอันหนึ่งในบรรดาการหลายๆ ประการที่แตกต่างกันออกไป¹ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการก่อสร้างตัดแปลงรื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคาร โดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงหรือข้อบังคับท้องถิ่นที่ออกตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องหากเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้หรือเจ้าของอาคารมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 41 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้ควบคุมงานหรือผู้ดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน²

¹ Emile Giraud. (1924). *Etude sur la notion du pouvoir discrétionnaire*. Rev. Génd' Aministration. p. 194. อ้างถึงใน วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2541). *เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 200.

² พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522. มาตรา 42.

กรณีตามตัวอย่างจะเห็นได้ว่ากฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการที่จะเลือกว่าหากเกิดข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะเลือกที่ดำเนินการสั่งให้มีการรื้อถอนหรือไม่ก็ได้ และในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงใจจะสั่งให้มีการรื้อถอนก็ยังสามารถเลือกต่อไปอีกได้ว่าจะสั่งให้มีการรื้อถอนทั้งหมดหรือจะสั่งให้มีการรื้อถอนบางส่วนก็สามารถทำได้

นอกจากดุลพินิจที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายแล้ว ยังมีกรณีที่เกี่ยวข้องของกฎหมายในส่วนที่เป็นโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งได้มีการบัญญัติเอาไว้โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง โดยถ้อยคำหรือข้อความดังกล่าวนี้มักจะเป็นถ้อยคำหรือข้อความที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าบางประการ ซึ่งวิญญูชนอาจเห็นแตกต่างกันได้ว่าข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมนั้นอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำหรือข้อความนั้นหรือไม่ เช่นคำว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ เป็นต้น ซึ่งการใช้ถ้อยคำเหล่านี้ในทางวิชาการยังมีการถกเถียงกันอยู่ว่าถือเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจ (ดุลพินิจวินิจฉัย) แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือไม่ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นกำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจซึ่งแม้จะเป็นการดีเพราะมีความยืดหยุ่นในทางปฏิบัติ แต่การบัญญัติดังกล่าวโดยมิได้มีการออกกฎกระทรวงออกมากำหนดแนวทาง วิธีการในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่เลยอาจเกิดปัญหาในการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือการใช้ดุลพินิจโดยทุจริตได้ อีกทั้งเป็นช่องทางในการเรียกรับเงินจากประชาชนผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวยังขาดหลักการและบทบัญญัติของกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกรณีนี้ ดังนั้น สมควรอย่างยิ่งที่ภาครัฐจะออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ให้เกิดความชัดเจน เพื่อลดดุลพินิจของเจ้าพนักงานลง

การพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนอกเหนือจากการพิจารณาถึงตัวเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ยังต้องพิจารณาไปถึงกระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือที่เรียกกันว่าเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบด้วยว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์กระบวนการและรูปแบบในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น กำหนดขึ้นมาโดยมี

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 54.

² รายละเอียดโปรดดู วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 201-203. วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 53-58. และ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2534). *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 20.

วัตถุประสงค์หลักสองประการ ได้แก่ ประการแรกเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น เรื่องการให้เหตุผล หลักเกณฑ์เรื่องความเป็นกลาง การรับฟังความทุกฝ่าย ประการที่สองเพื่อให้ฝ่ายปกครองอยู่ในสภาพหรือฐานะที่จะพิจารณาสั่งการได้ดี เช่น การกำหนดหน้าที่ให้ต้องทำหรือ หรือขอความเห็นชอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะมีผลให้ฝ่ายปกครองสั่งการโดยรู้ข้อเท็จจริงและตัดสินใจได้อย่างรอบคอบยิ่งขึ้นอันจะเป็นผลดีแก่ประชาชนด้วย⁶ ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวนั้น เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้เจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนและกระบวนการเพื่อจะได้ออกคำสั่งทางปกครองได้ถูกต้อง ดังนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของคำสั่งทางปกครองจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและกระบวนการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกต้องและเป็นธรรมแก่ประชาชนผู้ได้รับคำสั่งทางปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนสมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป แต่ในบางกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามรูปแบบและขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องแต่กฎหมายได้กำหนดให้มีการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าวได้ อาทิเช่น

ในการออกคำสั่งทางปกครองบางประเภทกฎหมายอาจกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือองค์กรอื่นเสียก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้เหตุที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อประโยชน์สองประการด้วยกัน⁷ ประการแรกก็คือ เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ต้องถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองเกินกว่าเหตุจำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน เนื่องจากการกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองย่อมจะทำให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น และประการที่สองเพื่อเป็นการประกันคุณภาพหรือประสิทธิภาพในการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชนและก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด นอกจากนี้ในกรณีดังกล่าวจะขาดหลักเกณฑ์ในการกำหนดโดยละเอียดว่าในกรณีคำสั่งทางปกครองใดบ้างที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือองค์กรอื่นเสียก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ อันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว ในกรณีดังกล่าวยังมีปัญหาในการแก้ไขเยียวยาอีกด้วย เนื่องจากเมื่อพิจารณากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธรัฐเยอรมันแล้วพบว่ากรณี

⁶ ฤทัย หงส์ศิริ. (2540). *นิติกรรมทางปกครอง*. หนังสือคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 285.

⁷ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายผังเมือง*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 53.

ของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่หลายองค์กร หรือนิติบุคคลอื่นในกฎหมายมหาชน นอกเหนือไปจากองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งไปโดยไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วม กฎหมายจึงกำหนดให้สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วยการ ให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาในภายหลัง โดยได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) ว่า “die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.” (The necessary collaboration of another authority is subsequently obtained.) ส่วนของไทยนั้นบัญญัติใน มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง” ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของไทยนั้นบัญญัติเอาแค่ว่ากฎหมายของเยอรมัน โดยจำกัดเฉพาะกรณีที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบเท่านั้นจึงจะสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้ แต่หากเป็นกรณีอื่น เช่น การให้คำปรึกษาหารือก็ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้ ทั้งนี้ แม้จะมีข้อดีก็คือเจ้าหน้าที่ต้องรับฟังข้อมูลรอบด้านจากองค์กรที่ปรึกษาอื่นๆ เพื่อให้มีความรอบคอบและพิจารณาถึงเหตุและผลในการออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ก็เพื่อให้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่ แต่ในบางครั้งคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองเป็นสิ่งจำเป็นเร่งด่วนสำหรับบุคคลนั้น ประกอบกับแม้การได้รับฟังคำปรึกษาจากองค์กรอื่นก็ไม่เป็นผลเป็นการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองดังกล่าว กฎหมายก็ควรกำหนดให้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ เพื่อลดขั้นตอนที่ซับซ้อนดังกล่าวได้

กรณีการรับฟังกรณีคำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมากหรือที่เรียกว่า การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing) สิทธิที่จะได้รับการรับฟัง ในกรณีนี้ได้ถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้บัญญัติถึงเรื่องการเข้าร่วมกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้ในมาตรา 57 โดยได้กำหนดให้ ในกรณีที่หน่วยงานราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนก่อนการอนุญาตหรือการดำเนิน โครงการหรือกิจการใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ แต่ในปัจจุบันยังมีได้มีการตรากฎหมายมารองรับบทบัญญัติดังกล่าว การจัดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจึงยังคงต้องนำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 มาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำประชาพิจารณ์ สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายที่บัญญัติให้มีการรับฟัง

ความเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์อย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมอยู่ 3 ฉบับ⁷ ได้แก่ พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2517 และพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 โดยกฎหมายทั้งสามฉบับมิได้กำหนดถึงกระบวนการและขั้นตอนในการรับฟังความเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์เอาไว้ ดังนั้น จึงต้องนำเอาหลักเกณฑ์และกระบวนการรับฟังความเห็นสาธารณะโดยวิธีการทำประชาพิจารณ์ตามที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 กำหนดไว้มาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำประชาพิจารณ์ ซึ่งระบียบดังกล่าวมิใช่กฎหมายที่มีผลใช้บังคับในระดับพระราชบัญญัติ จึงยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำประชาพิจารณ์ว่ากรณีเช่นใดบางและวิธีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนควรทำเช่นไร ดังนั้น จึงถือได้ว่าขาดบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่สำคัญ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองบางเรื่องนั้นเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อประชาชนทั่วไปในเรื่องสำคัญ อาทิเช่น เรื่องสิ่งแวดล้อม เรื่องการทำมาหากิน และเรื่องทรัพยากรธรรมชาติ เช่น คำสั่งทางปกครองที่อนุญาตให้ก่อสร้างโรงงานอุตสาหกรรมที่จะมีผลกระทบต่อพิษของคนในชุมชน ซึ่งต้องได้รับการทำประชาพิจารณ์ในเขตชุมชนที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว แม้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยจะได้กำหนดว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองออกไปโดยไม่มีการรับฟังคู่กรณี และไม่ปรากฏว่าเป็นกรณีที่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสามารถถูกองค์กรผู้ทรงอำนาจเพิกถอนได้ แต่เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าว จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เพราะจะเห็นได้ว่า มีคำสั่งทางปกครองจำนวนมากที่ออกโดยไม่ได้รับฟังความคิดเห็นของประชาชนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง แต่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็มีได้ถูกเพิกถอนแต่อย่างไร หรือไม่มีการเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าวเลย

⁷ จีราพร บุรินทรวานิช. (2548). *เงื่อนไขความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง: ศึกษากรณีขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 63.

⁸ ศาลปกครองกลางที่ 679/2547 สรุปได้ว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบและแก้ข้อกล่าวหา ซึ่งจัดขึ้นหลังจากวันที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองมิได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนเพื่อแก้ข้อกล่าวหา นั้น การออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้.

กรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองเอาไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของราษฎร โดยเฉพาะ ระยะเวลาที่นั่นถือเป็นระยะเวลาที่ถูกกฎหมายมุ่งให้มีสภาพบังคับ (Mandatory Delay) หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าว ก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่กรณีอาจจะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้

กรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการทำคำสั่งทางปกครองเพื่อเร่งรัดการปฏิบัติราชการ ไม่ได้เป็นระยะเวลาที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งอาจเรียกได้ว่าระยะเวลาที่ไม่มีสภาพบังคับ (Directory Delay) หากเจ้าหน้าที่พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองเมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าว ก็ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นยังถือว่ามิผลสมบูรณ์ แต่หากความล่าช้าในการพิจารณาแล้วทำให้เกิดความเสียหายเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองอาจจะต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ หรืออาจต้องรับผิดทางวินัย ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป แต่ในกรณีดังกล่าวยังไม่มียกเว้นของกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ชัดเจนเลยว่ากรณีเช่นใดบางที่เป็นระยะเวลาที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงเป็นกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่

ในนิติรัฐการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองไปมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นอย่างมีเหตุมีผล มิใช่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยอำเภอใจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้นจึงได้มีการสร้างหลักการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองขึ้น เพื่อกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่ต้องแสดงผลประกอบในกรณีที่จะออกคำสั่งทางปกครองไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งการสร้างหลักการดังกล่าวนี้ขึ้นย่อมส่งผลทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความระมัดระวังในการพิจารณาข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองมากขึ้น และหากพิจารณาในแง่ของผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว การกำหนดให้มีการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองย่อมทำให้ง่ายต่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการแสดงผลนี้จะทำให้คู่กรณีสามารถทราบได้ว่าตนได้รับการปฏิบัติโดยถูกต้องหรือไม่ และจะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาทบทวนในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อไป ในส่วนของหลักเกณฑ์ในการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองนั้น เมื่อได้มีการพิจารณาบทบัญญัติใน มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตลอดทั้งมาตราแล้ว ก็จะพบว่าบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีความไม่ชัดเจนว่าคำสั่งทางปกครองในกรณีใดบ้างที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องให้เหตุผลประกอบการ

ออกคำสั่งทางปกครอง และผลของการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดจะเป็นอย่างไร

อย่างไรก็ดี อาจสรุปได้ว่าในกรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือ หรือเป็นกรณีการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ เจ้าหน้าที่ที่จะต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองด้วย หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเอาไว้หรือแสดงไว้แต่ไม่ครบถ้วน คำสั่งทางปกครองนั้นก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ถ้าเจ้าหน้าที่ได้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองมาในภายหลัง คำสั่งทางปกครองนั้นก็ก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้^๑ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งทางปกครองทุกประเภทควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่จะต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองด้วย แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาก็ตาม เพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้น อีกทั้งเหตุผลหนึ่งก็คือ การที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองได้นั้นจะต้องพิจารณาถึงเหตุและผลให้รอบคอบและจะต้องมีเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองเสมอ เพราะคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน ดังนั้น ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากผลของคำสั่งทางปกครองควรได้ทราบเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าควรมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายในการกำหนดบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากผลของคำสั่งทางปกครองนั้น อีกทั้งยังเป็นการแก้ไขปัญหาอื่นๆ ดังที่จะได้กล่าวต่อไปเช่นปัญหาการตีความกฎหมายได้หลายนัยดังจะกล่าวต่อไปนี้

4.2 ปัญหาการตีความกฎหมายได้หลายนัย

หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นมิได้เป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดหรือพบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีเนื้อหาที่ขัดต่อกฎหมาย ก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่อง แต่การที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องไม่ได้ทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไปในทุกกรณี เนื่องจากคุณลักษณะพิเศษอย่างหนึ่งของคำสั่งทางปกครองที่ทำให้คำสั่งทางปกครองแตกต่างไปจากการกระทำทางปกครองในรูปแบบอื่นก็คือ การมีผลทางกฎหมายโดยไม่ต้องคำนึงถึง

^๑ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2).

ความชอบด้วยกฎหมาย โดยเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองจะมีผลผูกพันตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตามทันที โดยไม่ต้องคำนึงความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีที่เป็นความบกพร่องที่รุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัดถึงขนาดที่วิญญูชนจะวินิจฉัยได้เอง¹⁰ คำสั่งทางปกครองนั้นจะตกเป็นโมฆะและผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น ความบกพร่องที่จะถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่ทราบว่าจะออกโดยหน่วยงานใด หรือกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นต้น เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ไม่บัญญัติรายละเอียดไว้ แม้ในการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องจะกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 โดยมาตรา 41 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติถึงผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์” ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะถ้อยคำในกฎหมายโดยไม่ได้พิจารณาถึงทฤษฎีในเรื่องผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องประกอบกันไปแล้ว ก็อาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยไม่ได้ยื่นคำขอ ไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้รับฟังคู่กรณี หรือไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นนั้น ถือเป็นความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนที่ไม่เป็นสาระสำคัญและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนนั้น ยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องเนื่องจากความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ถือเป็นความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญซึ่งทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่ว่าหากภายหลังเจ้าหน้าที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว กฎหมายให้ถือว่าความบกพร่องนั้นเป็นอันหมดสิ้นไป คู่กรณีก็ไม่อาจกล่าวอ้างความบกพร่องดังกล่าวขึ้นเพื่อให้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป และในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนซึ่งสามารถแก้ไขเยียวยาได้โดยไม่มี ความบกพร่องในทางเนื้อหาหรือกระบวนการขั้นตอนอื่นที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาตามกำหนดแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นก็ก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่า หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือ

¹⁰ H. Maurer. (1980). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสวางค์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 168.

ประชาชนโดยทั่วไปซึ่งไม่มีความรู้ในเรื่องทฤษฎีในเรื่องผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องแล้ว ก็ย่อมไม่อาจเข้าใจได้ว่าคำสั่งทางปกครองใดบางที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง หรือคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องนั้นมีผลถึงขนาดว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่โมฆะ ไม่มีผลใช้บังคับ ไม่ผูกพันคู่กรณี หรือคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องสามารถแก้ไขเยียวยาได้ ดังนั้น จึงควรมีคำนิยามบทบัญญัติของกฎหมายให้ชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อลดปัญหาการตีความกฎหมายได้หลายนัย

กล่าวได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด¹¹ หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นหมายถึงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในระบบกฎหมายจึงไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ในประเทศไทยไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดบัญญัติถึงเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะเอาไว้ เหตุที่เป็นเช่นนั้น ก็เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายต้องการจะปล่อยให้เป็นเรื่องของพัฒนาการในการตีความกฎหมาย และแม้จะมีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ไม่ได้หมายความว่าระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยได้ปฏิเสธไม่ยอมรับหลักการเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด¹² ดังนั้น ในการศึกษาเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาโดยเทียบเคียงจากบทบัญญัติในกฎหมายของต่างประเทศ และจากคำพิพากษาศาลปกครองที่ได้วางแนวเอาไว้เป็นหลัก ซึ่งในการศึกษากฎหมายของต่างประเทศก็จะพบว่ามิเหตุหลายประการที่นักวิชาการเห็นตรงกันว่าน่าจะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ ซึ่งได้แก่

- 1) คำสั่งทางปกครองที่ได้ออกมาเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏว่าในหนังสือนั้นระบุหน่วยงานที่เป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครอง
- 2) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนด
- 3) คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการที่ไม่อาจปฏิบัติได้จริง
- 4) คำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและส่งผลให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้รับโทษทางอาญา

¹¹ ในประเทศฝรั่งเศสจะไม่นำหลักเรื่องโมฆะกรรมมาใช้กับกรณีของคำสั่งทางปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) ได้สร้างทฤษฎี L'inexistence หรือทฤษฎีว่าด้วยการไม่มีตัวตนหรือไม่มีอยู่ขึ้นมาใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด.

¹² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพมหานคร: จีระการพิมพ์.
หน้า 282.

5) คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

นอกจากนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองยังไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้ การที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นตกเป็น โฆษะผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความเป็น โฆษะขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ หากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ในกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล หากปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองที่กำลังมีการพิจารณาคืออยู่นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ ศาลปกครองก็อาจยกประเด็นเกี่ยวกับความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครองขึ้นมาพิจารณาได้เองและพิพากษาแสดงความเสียหายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้¹³ ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อลดปัญหาในการตีความกฎหมายได้หลายนัยและเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ได้รับความคุ้มครอง รวมทั้งเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อที่จะอธิบายสิทธิของประชาชนได้มากขึ้น อีกทั้งประชาชนจะได้เข้าใจว่าคำสั่งทางปกครองเช่นนั้นมิใช่เป็น โฆษะ ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด ซึ่งถือได้ว่าเป็นการเยียวยาผลที่เกิดขึ้น โดยคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องได้อีกทาง

และอีกกรณีที่มีปัญหาในการตีความ คือ คำสั่งทางปกครองจะออกไปก็แต่โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดและต้องทำในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งเท่านั้น คำสั่งทางปกครองที่ศาลลงโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อนที่ตนเองจะเข้ารับตำแหน่ง หรือหลังจากที่ตนพ้นจากตำแหน่งย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีดังกล่าวยังมีปัญหาในการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าว และการเยียวยาผลของผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วย แต่หากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่แต่งตั้งให้บุคคลเข้าดำรงตำแหน่งเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นย่อมต้องพ้นจากตำแหน่งในภายหลัง ปัญหาจึงมีอยู่ว่าคำสั่งทางปกครองที่เขาได้ทำลงไปแล้วนั้นจะมีผลเป็นอย่างไร ในเรื่องนี้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 19 ให้คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่ถูกกระทบทระเทือนเพราะเหตุดังกล่าว¹⁴ ดังนั้น แม้คำสั่งทาง

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 168.

¹⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 12.

“ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งการพ้นจากตำแหน่งเช่นนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่”.

ปกครองจะออกมาโดยเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการแต่งตั้ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ก็ยังถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลสมบูรณ์

ในนิติรัฐการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองไปมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นอย่างไรมีเหตุมีผล มิใช่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยอำเภอใจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงได้มีการสร้างหลักการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองขึ้น เพื่อกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องแสดงผลประกอบในกรณีที่จะออกคำสั่งทางปกครองไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งการสร้างหลักการดังกล่าวนี้ขึ้นย่อมส่งผลทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความระมัดระวังในการพิจารณาข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองมากขึ้น และหากพิจารณาในแง่ของผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว การกำหนดให้มีการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองย่อมทำให้ง่ายต่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการแสดงผลประกอบนี้จะทำให้ผู้กรณีสามารถทราบได้ว่าตนได้รับการปฏิบัติโดยถูกต้องหรือไม่ และจะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาทบทวนในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อไป¹⁵

ในส่วนของหลักเกณฑ์ในการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองนั้น เมื่อได้มีการพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตลอดทั้งมาตราแล้ว ก็จะพบว่าบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีความไม่ชัดเจนว่าคำสั่งทางปกครองในกรณีใดบ้างที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง และผลของการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดจะเป็นอย่างไร ทำให้เกิดการตีความกฎหมายได้หลายประการ ซึ่งไม่เป็นผลดีในระบบกฎหมายที่เกิดขึ้น

และปัญหาที่สำคัญสำหรับประเด็นปัญหานี้อีกหนึ่งกรณีหนึ่ง คือ ตามบทบัญญัติมาตรา 44¹⁶ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้ผู้กรณีอุทธรณ์คำสั่งทาง

¹⁵ วรเจตน์ ภาคิรินทร์. อ้างแล้ว. หน้า 195.

¹⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 44 ภายใต้อำนาจมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีความหมายกำหนดขึ้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้ผู้กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบการอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง.

ปกครองโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าวซึ่งปรากฏสภาพปัญหา กฎหมายกำหนดให้คู่กรณีต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หากบทบัญญัติของกฎหมายมีลักษณะเป็นการอุทธรณ์บังคับ¹⁷ การอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งก็เป็นขั้นตอนที่จำเป็นเพื่อคู่กรณีจะไปขอรับการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁸ ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และต่อศาลปกครองในภายหลังได้

หากคู่กรณีไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในเวลาที่กำหนดย่อมส่งผลให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และศาลปกครองไม่มีอำนาจเข้ามาตรวจสอบคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เนื่องจากคู่กรณียังไม่ดำเนินการตามขั้นตอนขอรับการเยียวยาทางฝ่ายบริหารให้เสร็จสิ้นเสียก่อน (Exhaustion of administrative remedy)

แม้หลักกฎหมายมหาชนจะมีจุดมุ่งหมายเฉพาะในการให้ความคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชน แต่หากเจ้าหน้าที่รัฐไม่มีความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวแล้ว การปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจในเรื่องต่างๆ เช่น การห้ามเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียทำการพิจารณาทางปกครองหรือการเปิดโอกาสให้คู่กรณีในคำสั่งทางปกครองได้มีโอกาสดูแลแย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือการต้องแสดงเหตุผลในคำสั่งทางปกครอง ก็จะมีผลบังคับแต่เพียงขั้นตอนการปฏิบัติขั้นตอนหนึ่งเท่านั้นและการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามดังกล่าวก็ได้รับการสนับสนุนจากตัวบท

¹⁷ การอุทธรณ์บังคับ หมายถึง คู่ความถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อให้คู่กรณีสามารถนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้.

¹⁸ คำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง กล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายของไทยนั้น หากเราได้พิจารณาถึงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันจะพบว่าระบบกฎหมายได้กำหนดผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องหลายลักษณะ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงของความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งมีดังนี้

1) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความผิดพลาดนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด

2) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ถึงขนาดรุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด

3) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ

4) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ

5) คำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดพลาดเล็กน้อย

6) คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง.

กฎหมายเองด้วยเพราะกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดช่องทางที่จะหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามหลักการและทฤษฎีไว้ เช่น กรณีตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ไม่ให้ถือว่าการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายจะมีผลร้ายแรงจนถึงกับทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

อีกทั้ง การที่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติให้มีกลไกการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในรูปของมาตรการบังคับทางปกครองได้ตามมาตรา 56¹⁹ นั้น ย่อมก่อให้เกิดความรู้สึกว่าเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ โดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติ มาตรา 56 วรรคสามกำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด

4.3 ปัญหาผู้มีอำนาจในการพิจารณาแก้ไขเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง

โดยเหตุที่มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไม่ได้มีการบัญญัติถึงเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง จึงเกิดปัญหาขึ้นมาว่าเจ้าหน้าที่คนใดจะเป็นผู้มีอำนาจแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะขอแยกพิจารณาดังนี้

4.3.1 คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการอุทธรณ์

เนื่องจากในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติเอาไว้ว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือนร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือไม่มีการ

¹⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 56 เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ตามบทบัญญัติในส่วนนี้ เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับไว้ก่อน โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งจะมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาหรือเจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้ดำเนินการก็ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ให้เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด.

สั่งการภายในระยะเวลาอันสมควรหรือภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด” ประกอบกับการที่ มาตรา 44-49 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้กำหนดวิธีการขั้นตอนสำหรับ อุตสาหกรรมภายในฝ่ายปกครองเอาไว้ ศาลปกครองจึงถือว่าการอุตสาหกรรมภายในฝ่ายปกครองตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายภายในฝ่าย ปกครองกรณีทั่วไป ดังนั้น แม้กฎหมายเฉพาะจะไม่ได้กำหนดการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหาย ภายในฝ่ายปกครองเอาไว้เป็นการเฉพาะ ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็จะต้องดำเนินการ อุตสาหกรรมคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ก่อน จึงจะฟ้อง โต้แย้งคำสั่งทางปกครองไปยังศาลปกครองได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบการอุตสาหกรรมคำสั่งทาง ปกครองของไทยในปัจจุบันเป็นระบบการอุตสาหกรรมแบบบังคับ ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่ง ทางปกครองไปแล้วปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนหรือ รูปแบบ ซึ่งสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ และเป็นคำสั่งทาง ปกครองที่ต้องมีการอุตสาหกรรมแล้วจะต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวนั้นก่อนสิ้นสุด ระยะเวลาพิจารณาอุตสาหกรรม โดยการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่คนใดที่จะมีอำนาจในการแก้ไขเยียวยา ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการอุตสาหกรรมนั้นสามารถ แบ่งการพิจารณาได้ ดังนี้

1) ขั้นตอนก่อนที่จะมีการอุตสาหกรรมคำสั่งทางปกครอง

ก่อนที่จะมีการอุตสาหกรรมภายในฝ่ายปกครอง หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง พบว่าคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไปนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอน และความ บกพร่องนั้นสามารถแก้ไขเยียวยาได้ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1)-(4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองฯ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีอำนาจที่จะแก้ไขเยียวยาความ บกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ โดยการทำกระบวนการขั้นตอนที่บกพร่องนั้นเสียใหม่ใน ภายหลัง และเมื่อได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวแล้ว ความบกพร่องนั้นก็ถือว่าเป็นอันหมด สิ้นไป คู่กรณีไม่สามารถยกเอาความบกพร่องดังกล่าวขึ้นมาโต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบ ด้วยกฎหมายได้อีก

2) ขั้นตอนหลังจากที่มีการอุตสาหกรรมคำสั่งทางปกครอง

ในกรณีที่มีการอุตสาหกรรมโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและคำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ใน ระหว่างการพิจารณาอุตสาหกรรม การพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่คนใดที่จะมีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความ บกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความซับซ้อนอย่างยิ่ง โดยสามารถแบ่งการพิจารณาได้ ดังนี้

(1) กรณีที่เป็นการอุตสาหกรรมตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นระบบการอุทธรณ์สองชั้น โดยกฎหมายกำหนดให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นคำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว²⁰ โดยในชั้นแรกเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะเป็นผู้พิจารณาคำอุทธรณ์ก่อน ซึ่งในชั้นตอนนี้ หากเจ้าหน้าที่พบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอน และความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้นได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองก็มีอำนาจที่จะแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ กฎหมายกำหนดให้รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์²¹ โดยจะเข้าสู่การพิจารณาอุทธรณ์ในชั้นที่สอง ซึ่งเป็นการพิจารณาอุทธรณ์โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ทั้งนี้มาตรา 45 วรรคสามกำหนดว่า เจ้าหน้าที่ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคสองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ในปัจจุบันได้มีกฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) กำหนดผู้พิจารณาอุทธรณ์เอาไว้ ซึ่งอาจจำแนกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน คือ ผู้บังคับบัญชา และผู้กำกับดูแล

ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบ และเป็นกรณีที่สามารถ

²⁰ มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว.

²¹ มาตรา 45 ให้เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง พิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าวด้วย

ถ้าเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่งไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าวตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว ในกรณีให้ขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เจ้าหน้าที่ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคสองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ใช้กับกรณีที่มิใช่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น.

แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งจะขอแบ่งการพิจารณาออกดังนี้

กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการยื่นคำขอตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการรับฟังตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบ ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแทนเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้ หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็ได้เช่นกัน

กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผลหรือให้เหตุผลไม่ครบถ้วนนั้น นักวิชาการชาวเยอรมันมีความเห็นว่า การให้เหตุผลในภายหลังนี้ไม่จำเป็นต้องทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่อาจทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถพิจารณาได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของดุลพินิจ²² ซึ่งในประเด็นนี้ผู้ศึกษามีความเห็นต่างออกไป เนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นผู้เดียวที่ทราบถึงเหตุผลที่แท้จริงในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้น การจัดให้มีเหตุผลในภายหลังควรจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ประสงค์ที่จะให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ต้องออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้นแจ้งเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไปยังผู้อุทธรณ์ หรือหากผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่ประสงค์ที่จะให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้นแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยอาศัยเหตุผลว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้มีการจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

สำหรับในกรณีของผู้กำกับดูแลที่ถูกระทรวงฯ กำหนดให้เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบ และเป็นกรณีที่สามารแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะขอแบ่งการพิจารณาออกดังนี้

กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการยื่นคำขอตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบ

²² Ullrich/aubinger. (1995). *Verwaltungsverfahrenrecht*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns. pp. 559-581.

ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้

กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งเป็นเรื่องการรับฟังในภายหลังนั้นมีประเด็นน่าพิจารณาอยู่ว่าผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่ เนื่องจากการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังจะต้องไม่ใช่การรับฟังในทางรูปแบบเท่านั้น แต่ผลของการรับฟังยังต้องมีการตัดสินใจในเนื้อหาคำสั่งทางปกครองใหม่อีกครั้ง²³ ซึ่งหมายความว่าเมื่อมีการรับฟังในภายหลังแล้ว เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้รับฟังในภายหลังนั้นจะต้องนำข้อเท็จจริงที่ได้จากการรับฟังนั้นมาพิจารณา หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจ การพิจารณาดังกล่าวย่อมครอบคลุมไปถึงปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครองด้วย และหากเจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่าจะไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองก็ถือว่าได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังภายหลังแล้ว แต่หากเจ้าหน้าที่รับฟังแล้วตัดสินใจจะเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเสียใหม่ เจ้าหน้าที่ไม่สามารถที่จะอาศัย มาตรา 41 ในการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่ใช่กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง แต่สามารถใช้อำนาจของผู้พิจารณาอุทธรณ์ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นไปตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ²⁴ ปัญหาจึงมีอยู่ว่าผู้กำกับดูแลในฐานะของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะมีอำนาจพิจารณาทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมได้หรือไม่

แม้ใน มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ก็ยังมีปัญหาถกเถียงกันอยู่ว่าผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะมีอำนาจพิจารณา

²³ Wolff/Decker. (2005). *Studienkommentar VwGO VwVfG*. Munchen: Beck. pp. 663-670.

²⁴ มาตรา 46 ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้.

ความเหมาะสมของดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่ โดยมีความเห็นทางวิชาการ แบ่งออกเป็นสองแนวทาง²⁵

แนวความคิดที่หนึ่งเห็นว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 แล้ว ผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น มีอำนาจพิจารณาความเหมาะสมของดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครองได้ และการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เช่นนี้ย่อมขัดกับหลักความเป็นอิสระของท้องถิ่นซึ่งเป็นการปกครองตามหลักการกระจายอำนาจ

แนวความคิดที่สองเห็นว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 จะบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจก็ตาม แต่อำนาจกำกับดูแลนั้นเป็นอำนาจเฉพาะเรื่องและเฉพาะพื้นที่ตามพระราชบัญญัติ เฉพาะเรื่องจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้กับกรณีนี้ได้ ดังนั้น ผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จึงมีอำนาจพิจารณาเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

เมื่อพิจารณาความเห็นทางวิชาการทั้งสองแนวทางแล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งสองแนวทางนั้นก็วางอยู่บนแนวความคิดเดียวกัน นั่นก็คือ ผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ควรมีอำนาจพิจารณาเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น หากเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังนั้น และเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ในชั้นต้นนั้นมีดุลพินิจ ผู้กำกับดูแลในฐานะของเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังได้เอง แต่จะต้องมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้นแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลัง และในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งก็ถือว่าเป็นกรณีที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังแล้ว แต่หากผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่ประสงค์ที่จะมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้นแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง ผู้กำกับดูแลในฐานะที่

²⁵ ประเวศ อรรถกุล. (2547). *ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 96.

เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยอาศัยเหตุผลว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอน²⁶

นอกจากนี้ในกรณีที่เป็นความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผลหรือให้เหตุผลไม่ครบถ้วนตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขเยียวยาโดยการให้เหตุผลในภายหลังจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นผู้เดียวที่ทราบถึงเหตุผลที่แท้จริงในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้นผู้กำกับดูแลในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จึงไม่มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีได้เช่นกัน

(2) กรณีที่เป็นการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ

การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ โดยหลักแล้วจะเป็นการกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อองค์กรอื่น โดยอาจจำแนกผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้เป็นสามประเภทด้วยกัน ได้แก่ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชา กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้กำกับดูแล และกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อคณะกรรมการภายในฝ่ายปกครอง

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นสามารถพิจารณาทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจ ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์พบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนและเป็นกรณีที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ หรือผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นเป็นผู้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งก็ได้เช่นกัน ยกเว้นในกรณีที่เป็นความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผลหรือให้เหตุผลไม่ครบถ้วนที่การแก้ไขเยียวยาโดยการให้เหตุผลในภายหลังนั้นจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นผู้เดียวที่ทราบถึงเหตุผลที่แท้จริงในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ประสงค์ที่จะให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ก็จะต้องออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้น เป็นผู้แจ้งเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง หรือหากผู้ที่มีอำนาจพิจารณา

²⁶ Wolff/Decker. *supra*. p. 663-670.

อุทธรณ์ไม่ประสงค์ที่จะมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นโดยอาศัยเหตุผลว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้มีการให้เหตุผลได้ ตัวอย่างของกฎหมายที่กำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชา เช่น มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ประกอบการกิจการ โรงงานอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือของปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมมอบหมายต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบคำสั่ง

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้กำกับดูแล เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นก็มีอำนาจพิจารณาเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงส่งผลให้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) และ (4) ได้เท่านั้น หากเป็นกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) แล้วไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ ส่วนในกรณีของมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) นั้น หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ในชั้นต้นมีดุลพินิจก็ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้

ตัวอย่างของกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้กำกับดูแล เช่น มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 บัญญัติให้ผู้ที่ไม่พอใจคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในเรื่องการไม่ออกใบอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต มีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบคำสั่ง

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อคณะกรรมการภายในฝ่ายปกครองนั้น จะต้องพิจารณาว่า กฎหมายเฉพาะนั้นกำหนดให้คณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจเพียงใด หากกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม คณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ในลักษณะเดียวกับผู้บังคับบัญชา แต่หากกฎหมายเฉพาะนั้นกำหนดให้คณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายแล้ว คณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ในลักษณะเดียวกับผู้กำกับดูแล

ในประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังโดยคณะกรรมการ ในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น ปราบกฏว่าได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองวินิจฉัยเอาไว้ว่า บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติ

ราชการทางปกครอง เรื่องการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งลงโทษ ไล่ออกจากราชการที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ดำเนินการไปโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง เรื่องเสร็จที่ 75/2549 ว่าการที่คณะกรรมการสอบสวนไม่ได้ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาในการที่จะให้ถ้อยคำและนำสืบแก้ข้อกล่าวหาตามข้อ 15 ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) นั้น คณะกรรมการผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถสั่งให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการให้ถูกต้องตามข้อ 36 ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนได้มีหนังสือที่ พ.ช. 0429/1452 ลงวันที่ 11 เมษายน พ.ศ. 2548 แจ้งให้พันตำรวจโท โทโกคินฯ ไปพบเพื่อให้การแก้ข้อกล่าวหาและนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างข้อกล่าวหาตามมติของคณะกรรมการสอบสวนเพื่อทำการชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา ถือได้ว่าพันตำรวจโท โทโกคินฯ ได้รับทราบข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาแล้ว และไม่ประสงค์ที่จะแก้ข้อกล่าวหา จึงเป็นกรณีที่ได้มีการดำเนินการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งลงโทษ โดยการจัดให้มีการรับฟังและให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้ง แสดงพยานหลักฐานของตน อันเป็นการดำเนินการตามที่ มาตรา 30 ประกอบกับมาตรา 41(3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น คำสั่งลงโทษดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

4.3.2 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี²⁷ และคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการ²⁸ ไม่จำเป็นต้องมีการอุทธรณ์ก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์นี้กฎหมายกำหนดให้ต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครอง ซึ่งจะแตกต่างกับกรณี

²⁷ มาตรา 44 ภายใต้อำนาจมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว.

²⁸ มาตรา 48 คำสั่งทางปกครองของบรรดาคณะกรมการต่างๆ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือไม่ ให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้น แต่ถ้าคณะกรรมการดังกล่าวเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท สิทธิการอุทธรณ์และกำหนดเวลาอุทธรณ์ให้เป็นไปตามที่บัญญัติในกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ที่ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์²⁹

4.4 ปัญหาการพิจารณาผลการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง

หลังจากที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปก็คือว่า การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แต่เดิมนั้นมีผลอย่างไรในระบบกฎหมาย ซึ่งเมื่อได้ศึกษาคำอธิบายในทางวิชาการของประเทศไทย³⁰ และประเทศเยอรมัน³¹ ก็มีความเห็นตรงกันว่า ความบกพร่องในกระบวนการที่กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาได้นั้นเป็นความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญซึ่งทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากภายหลังเจ้าหน้าที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ผลที่เกิดขึ้นก็คือความบกพร่องนั้นเป็นอันหมดสิ้นไป คู่กรณีก็ไม่อาจกล่าวอ้างความบกพร่องดังกล่าวขึ้นเพื่อให้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป และในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนซึ่งสามารถแก้ไขเยียวยาได้โดยไม่มี ความบกพร่องในทางเนื้อหาหรือกระบวนการขั้นตอนอื่นที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาตามกฎหมายแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็ก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กฎหมายได้ใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์” การที่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์” หากพิจารณาเฉพาะตัวถ้อยคำแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่ได้พิจารณาประกอบกับทฤษฎีเกี่ยวกับความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้วก็อาจทำให้ได้ความหมายไม่ชัดเจนว่า เมื่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์แล้วจะมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย เพราะคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์นั้นก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการระบุระยะเวลาในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ แต่ก็ยังถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความไม่ชัดเจนดังกล่าวนี้ส่งผลให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนถึงผลในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ทั้งในคำอธิบายทาง

²⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 45.

³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 170.

³¹ Ule/Laubinger. *supra*. pp. 559-581. ประกอบกับ Wolff/Decker. *supra*. pp. 663-670.

วิชาการ เช่น ในกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่ไม่ได้มีการให้เหตุผล ก็มีกรณีอธิบายถึงผลของการไม่ได้ให้เหตุผลนั้นเอาไว้ว่า “การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ก็จะไม่ส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไป มีผลเพียงเป็นทำให้คำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์และอาจมีสถานะสมบูรณ์ได้ในภายหลัง”³² หรือในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง คำสั่งเพิ่มโทษที่ไม่ได้จัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่ง เรื่องเสร็จที่ 554/2547 โดยวินิจฉัยเอาไว้ว่า “แม้คำสั่งสำนักงานคณะกรรมการการประถมแห่งชาติที่ 246/2544 จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 101 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 โดยไม่ได้จัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งครบถ้วนในขณะที่ออกคำสั่งก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่เหตุให้คำสั่งนั้นไม่สมบูรณ์ โดยสามารถนำมาตรา 41(2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่จัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในภายหลังมาใช้บังคับได้” ปัญหาดังกล่าวนี้เป็นปัญหาที่เกิดจากถ้อยคำในการบัญญัติกฎหมาย ดังนั้นจึงสมควรที่จะได้มีการแก้ไขถ้อยคำที่ได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 41 นี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

นอกจากประเด็นเกี่ยวกับเรื่องกำหนดถ้อยคำที่จะอธิบายถึงผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ประเด็นในทางกฎหมายที่เป็นที่ถกเถียงกันในทางวิชาการเกี่ยวกับผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็คือ หลักจากที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้วนั้น ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นจะถือว่าหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่เมื่อใด ความเห็นในทางวิชาการแบ่งออกเป็นสองแนวทาง ดังนี้ แนวความคิดที่หนึ่งเห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นจะถือว่าหมดไป และคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครอง แนวความคิดที่สองเห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นจะถือว่าหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่วันที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้น ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวความคิดที่สอง โดยเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนับแต่วันที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง โดยก่อนหน้าที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะ

³² พนม เลี่ยมประยูร. (2541). การแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง (Motivation) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 103.

ได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้รับคำสั่งที่ได้รับความเสียหายอาจฟ้องเรียกค่าเสียหายก็ได้

4.5 ปัญหาการเทียบเคียงมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไปใช้กับความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนอื่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นั้น กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถเยียวยาได้เฉพาะกรณีของความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบของการทำคำสั่งทางปกครองและทำได้เท่าที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เพียงสี่ประการ ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ยื่นคำขอ กรณีเจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง กรณีที่เจ้าหน้าที่รับฟังไม่สมบูรณ์ และประการสุดท้ายก็คือ กรณีที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง ปัญหาที่มีว่าในกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 นี้ จะสามารถเทียบเคียงไปใช้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องทางกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบอื่นที่มีความใกล้เคียงกับเหตุในการเยียวยาที่กฎหมายกำหนดไว้ได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น จะสามารถเทียบเคียงบทบัญญัติในมาตรา 41 วรรคแรก (1) ซึ่งให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เอกชนไม่ได้ยื่นคำขอ โดยให้เอกชนยื่นคำขอในภายหลังได้มาเทียบเคียงใช้กับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่จะออกได้ต้องมีคำเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน แต่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่มีคำเสนอแนะนั้น หรือจะสามารถเทียบเคียงบทบัญญัติใน มาตรา 41 วรรคแรก (4) ซึ่งให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบ มาใช้กับความบกพร่องที่เกิดจากการไม่ได้ปรึกษาหารือได้หรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาปัญหาในข้อนี้ในทางคำราชของประเทศไทย และจากคำวินิจฉัยของศาลก็ยังไม่พบว่ามีกรณีก้าวถึงประเด็นปัญหาในเรื่องนี้แต่อย่างใด แม้ผู้เขียนจะมีความเห็นว่าเมื่อการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องกระทำตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นในการใช้การตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงต้องกระทำโดยเคร่งครัดก็ตาม แต่ในบางกรณีเพื่อประโยชน์ในการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องควรให้มีการแก้ไขความบกพร่องได้ เช่นในกรณีคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องปรึกษาหารือองค์กรอื่นเสียก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ อันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายปกครองของไทยนั้นบัญญัติในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4)

แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ใช้อธิบายคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง” จึงเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ได้ปรึกษาหารือองค์กรอื่นเสียก่อนตามที่มีกฎหมายกำหนดไว้ นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง แต่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้เนื่องจากบทบัญญัติ มาตรา 41 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ แต่เมื่อเมื่อพิจารณากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธรัฐเยอรมันซึ่งเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 ของประเทศไทยดังกล่าวแล้ว พบว่ากรณีของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่หลายองค์กรหรือนิติบุคคลอื่นในกฎหมายมหาชน นอกเหนือไปจากองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งไปโดยไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วม กฎหมายจึงกำหนดให้สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วยการให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาในภายหลัง โดยได้บัญญัติเอาไว้ใน มาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) ว่า “die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird.” (The necessary collaboration of another authority is subsequently obtained.) ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศไทยนั้น บัญญัติเอาแคบกว่ากฎหมายของประเทศเยอรมัน โดยจำกัดเฉพาะกรณีที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบเท่านั้นจึงจะสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้ แต่หากเป็นกรณีอื่น เช่น การให้คำปรึกษาหารือก็ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้ ทั้งนี้ แม้จะมีข้อดีก็คือเจ้าหน้าที่ต้องรับฟังข้อมูลรอบด้านจากองค์กรที่ปรึกษาอื่นๆ เพื่อให้มีความรอบคอบและพิจารณาถึงเหตุและผลในการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่ แต่ในบางครั้งคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองเป็นสิ่งจำเป็นเร่งด่วนสำหรับบุคคลนั้น ประกอบกับแม้การได้รับฟังคำปรึกษาจากองค์กรอื่นก็ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองดังกล่าว กฎหมายก็ควรกำหนดให้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ เพื่อลดขั้นตอนที่ซับซ้อนดังกล่าวได้

จึงเป็นได้ว่าปัญหาการเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าวเป็นปัญหาที่มีความสำคัญจำเป็นต้องทำการเข้าใจและจัดทำทสรูปและข้อเสนอแนะให้หน่วยงานทางปกครองเจ้าหน้าที่และประชาชน โดยทั่วไปเข้าใจดังจะได้กล่าวในบทต่อไป