

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ได้วิเคราะห์ถึงปัญหาการเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง ไม่ว่าจะ เป็น ปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายไม่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในบางกรณี ปัญหาการตีความกฎหมายได้หลายนัย ปัญหาผู้มีอำนาจในการพิจารณาแก้ไขเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง ปัญหาการพิจารณาผลการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง และปัญหาการเทียบเคียง มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไปใช้กับความบกพร่องในกระบวนการ ขั้นตอนอื่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ สามารถสรุปประเด็นปัญหาต่างได้ดังต่อไปนี้

5.1 บทสรุป

1) ปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในบางกรณี

โดยเหตุที่บทบัญญัติมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น บัญญัติขึ้นมาเพื่อลดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้มักจะไม่ถูกนำมาใช้ หรือนำมาใช้อย่างไม่ถูกต้อง เนื่องจากปัญหาของถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติมาตราดังกล่าวนั้น เป็นถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความสับสน โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครองที่ได้มีการได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแล้ว การที่กฎหมายใช้คำว่า “คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์”¹ ทำให้ได้ความหมายที่ไม่ชัดเจนว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลอย่างไรในระบบกฎหมาย เพราะคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ก็อาจมีผลเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ สะท้อนให้เห็นว่าปัญหา

¹ คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์อาจเป็นเพราะบกพร่องในรูปแบบหรือวิธีพิจารณาหรือไม่สมบูรณ์ในเนื้อหาก็ได้ ซึ่งความบกพร่องในเรื่องที่สำคัญน้อยจะไม่ถือว่าทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์ กล่าวคือ มีผลตามปกติของคำสั่งทางปกครองนั้น เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องที่สำคัญเท่านั้นจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ แต่ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ยังจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) ประเภทที่เป็นโมฆะ ซึ่งเสียเปล่าไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น และ

(2) ประเภทเพิกถอนได้ ซึ่งมีผลตามกฎหมายมาตั้งแต่ต้น แต่อาจถูกเพิกถอนภายหลังได้.

บทบัญญัติของกฎหมายไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในบางกรณี เนื่องจากกฎหมายยัง
 ไม่มีความชัดเจน ซึ่งปัญหาในเรื่องวิธีการในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ โดยมีกรณีที่จะต้อง
 พิจารณาเกี่ยวกับหลักการไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่กับกรณีการต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่ง

2) ปัญหาการตีความกฎหมายได้หลายนัย

ตามบทบัญญัติมาตรา 44² แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
 ได้กำหนดให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบ
 ห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าวซึ่งปรากฏสภาพปัญหา กฎหมายกำหนดให้คู่กรณีต้อง
 อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หากบทบัญญัติของ
 กฎหมายมีลักษณะเป็นการอุทธรณ์บังคับ³ การอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งก็เป็นขั้นตอนที่
 จำเป็นเพื่อคู่กรณีจะไปขอรับการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴
 ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และต่อศาลปกครองในภายหลังได้

² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 44 ภายใต้บังคับ มาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทาง
 ปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ
 ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตน
 ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือ โดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย
 การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตามมาตรา 56
 วรรคหนึ่ง.

³ การอุทธรณ์บังคับ หมายถึง คู่ความถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้
 เพื่อให้คู่กรณีสามารถนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้.

⁴ คำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง กล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายของไทยนั้น หากเราได้พิจารณาถึงกฎหมายที่ใช้
 บังคับอยู่ในปัจจุบันจะพบว่าระบบกฎหมายได้กำหนดผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง
 หลายลักษณะ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงของความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทาง
 ปกครองนั้น ซึ่งมีดังนี้

1) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างรุนแรงและความ
 ผิดพลาดนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด

2) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ถึงขนาด
 รุนแรงและเห็นได้ประจักษ์ชัด

3) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือ
 ขั้นตอนบางประการ.

4) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ
 ขั้นตอนหรือวิธีการ

หากคู่กรณีไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในเวลาที่กำหนดย่อมส่งผลให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และศาลปกครองไม่มีอำนาจเข้ามาตรวจสอบคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เนื่องจากคู่กรณียังไม่ดำเนินการตามขั้นตอนขอรับการเยียวยาทางฝ่ายบริหารให้เสร็จสิ้นเสียก่อน (Exhaustion of Administrative Remedy)

แม้หลักกฎหมายมหาชนจะมีจุดมุ่งหมายเฉพาะในการให้ความคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชน แต่หากเจ้าหน้าที่รัฐไม่มีความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวแล้ว การปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจในเรื่องต่างๆ เช่น การห้ามเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียทำการพิจารณาทางปกครองหรือการเปิดโอกาสให้คู่กรณีในคำสั่งทางปกครองได้มีโอกาสดำเนินการแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครอง หรือการต้องแสดงเหตุผลในคำสั่งทางปกครอง ก็จะมีผลบังคับแต่เพียงขั้นตอนการปฏิบัติขั้นตอนหนึ่งเท่านั้นและการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามดังกล่าวก็ได้รับการสนับสนุนจากตัวบทกฎหมายเองด้วยเพราะกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดช่องทางที่จะหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามหลักการและทฤษฎีไว้ เช่น กรณีตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ไม่ให้ถือว่าการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายจะมีผลร้ายแรงจนถึงกับทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

อีกทั้ง การที่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้บัญญัติให้มีกลไกการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในรูปของมาตรการบังคับทางปกครองได้ตามมาตรา 56⁵ นั้น ย่อมก่อให้เกิดความรู้สึกว่าเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ โดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติ มาตรา 56 วรรคสาม กำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองโดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด

5) คำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อย

6) คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง.

⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 56 เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของตนได้ตามบทบัญญัติในส่วนนี้ เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับไว้ก่อน โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งจะมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาหรือเจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้ดำเนินการก็ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ให้เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด.

3) ปัญหาผู้มีอำนาจในการพิจารณาแก้ไขเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง

โดยเหตุที่ มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ไม่ได้มีการบัญญัติถึงเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง หรือการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง จึงเกิดปัญหาว่าเจ้าหน้าที่คนใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองหรือการแก้ไขเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญ

4) ปัญหาการพิจารณาผลการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง

เมื่อเจ้าหน้าที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ผลที่เกิดขึ้นคือ ความบกพร่องในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครองก็จะหมดไป คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดนั้นก็ก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นก็ไม้อาจนำเหตุแห่งความบกพร่องที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาไปแล้วมากล่าวอ้างในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือใช้ฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครองได้อีกต่อไป จึงเกิดประเด็นปัญหาการพิจารณาผลการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องนั้นเหมาะสม ก่อให้เกิดความเป็นธรรมหรือเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนับแต่วันที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง โดยก่อนหน้าที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้รับคำสั่งที่ได้รับความเสียหายอาจฟ้องเรียกค่าเสียหายก็ได้ ก่อให้เกิดความเป็นธรรมและเป็นการเยียวยาความเสียหายของผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าว

5) ปัญหาการเทียบเคียง มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไปใช้กับความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนอื่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่สามารถเยียวยาได้เฉพาะกรณีของความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบของการทำคำสั่งทางปกครองและทำได้เท่าที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เพียงสี่ประการเท่านั้น คือ (1) กรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ยื่นคำขอ (2) กรณีเจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง (3) กรณีที่เจ้าหน้าที่รับฟังไม่สมบูรณ์ และ (4) กรณีที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง จึงเกิดปัญหาว่าจะดำเนินการแทนการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องทางกระบวนการขั้นตอนหรือ

รูปแบบอื่นที่มีความใกล้เคียงกับเหตุในการเยียวยาที่กฎหมายกำหนดไว้ได้หรือไม่ แม้ผู้เขียนจะมีความเห็นว่า เมื่อการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องกระทำตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ในการใช้การตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงต้องกระทำโดยเคร่งครัดก็ตาม แต่ในบางกรณีเพื่อประโยชน์ในการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องควรให้มีการแก้ไขความบกพร่องได้ เช่นในกรณีคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องปรึกษาหารือองค์กรอื่นเสียก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้ อันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

กล่าวโดยสรุปได้ว่าการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเป็นการขจัดความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ด้วยการกระทำกระบวนการหรือขั้นตอนที่บกพร่องนั้นเสียใหม่ภายหลังจากที่ได้มีการออกคำสั่งไปแล้ว โดยไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองจะทำได้ภายใต้เงื่อนไขสามประการ ประการแรก ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นต้องไม่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองเกิดความบกพร่องอย่างรุนแรงจนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ ประการที่สอง การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นจะกระทำได้เฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เท่านั้น และประการสุดท้าย การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องกระทำภายในเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเอาไว้

มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น กำหนดความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้เอาไว้สี่กรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการยื่นคำขอกรณีที่สอง การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง กรณีที่สาม การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการรับฟังคู่กรณี และกรณีที่สี่ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้องค์กรอื่นให้ความเห็นชอบ ซึ่งความบกพร่องทั้งสี่กรณีนี้ สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้โดยการทำกระบวนการที่บกพร่องนั้นภายหลังจากในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดและต้องทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง

ในเรื่องระยะเวลาการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น มาตรา 41 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดระยะเวลาการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องเอาไว้ โดยสามารถแบ่งการพิจารณาได้ ดังนี้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41(2) (3) (4) นั้น หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการอุทธรณ์ก่อนจะนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง กฎหมายกำหนดให้ต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ แต่หากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก่อนจะนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง กฎหมายกำหนดให้ต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง ส่วนการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41(1) ซึ่งเป็นเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการยื่นคำขอจะต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการยื่นคำขอในภายหลังภายในระยะเวลายื่นคำขอตามที่กฎหมายกำหนด แต่ถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการยื่นคำขอไว้ จะต้องถือตามหลักเกณฑ์เดียวกับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41(2) (3) (4) คือ หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการอุทธรณ์ก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง กฎหมายกำหนดให้ต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ แต่หากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก่อนจะนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง กฎหมายกำหนดให้ต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง

ในส่วนของผู้มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้แต่อย่างใด แต่จากการศึกษาอาจสรุปเป็นหลักในการพิจารณาได้ว่า การจะพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่คนใดมีอำนาจแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้น ต้องดูว่าคำสั่งทางปกครองอยู่ในขั้นตอนใด ในกรณีที่เป็นการสั่งทางปกครองที่จะต้องมีการอุทธรณ์ หากคำสั่งทางปกครองอยู่ในขั้นตอนก่อนที่จะมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมมีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง แต่หากคำสั่งทางปกครองอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์แล้ว ก็จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่คนใดมีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็จะเป็นผู้มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่อื่นที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แล้ว ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองโดยการให้เหตุผลในภายหลังด้วยตนเองได้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นผู้เดียวที่ทราบถึงเหตุผลที่แท้จริงในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้นหากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์พบว่าคำสั่งทางปกครองมีความบกพร่องเนื่องจากไม่ได้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็ต้องออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นแจ้งเหตุผล

ประกอบคำสั่งทางปกครองไปยังผู้อุทธรณ์ หรือเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยอาศัยเหตุผลว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้มีการให้เหตุผลก็ได้ ส่วนการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณีนั้น หากกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่อื่นที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แล้ว จะต้องพิจารณาว่าผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นสามารถพิจารณาได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมหรือไม่ หากผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นสามารถพิจารณาได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม ก็สามารถแก้ไขเยียวยาโดยการรับฟังคู่กรณีในภายหลังได้ด้วยตนเอง แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองมีดุลพินิจจะไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการรับฟังในภายหลังได้ ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ประสงค์ที่จะให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็มีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้นรับฟังคู่กรณีหรือเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยอาศัยเหตุว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้มีการรับฟังก็ได้

เมื่อเจ้าหน้าที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ผลที่เกิดขึ้นก็คือ ความบกพร่องในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครองก็จะหมดไป คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนดก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจนำเหตุแห่งความบกพร่องที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาไปแล้วมากล่าวอ้างในการอุทธรณ์ได้แย้งคำสั่งทางปกครองหรือการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองต่อศาลปกครองได้อีกต่อไป ประเด็นในทางกฎหมายซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันเกี่ยวกับผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็คือ หลังจากที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องที่เกิดขึ้นจะถือว่าหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่เมื่อใด โดยความเห็นในทางวิชาการแบ่งออกเป็นสองแนวทาง

แนวความคิดที่หนึ่งเห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นจะถือว่าหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครอง

แนวความคิดที่สองเห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นจะถือว่าหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่วันที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้น

ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวความคิดที่สอง โดยเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนับแต่วันที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง โดยก่อนหน้าที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้รับคำสั่งที่ได้รับความเสียหายอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

บทบัญญัติ มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติขึ้นมาเพื่อลดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวนั้น มักจะไม่ถูกนำมาใช้ หรือนำมาใช้อย่างไม่ถูกต้องเนื่องจากปัญหาของถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติมาตราดังกล่าวนั้น เป็นถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความสับสน โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง การที่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์” ทำให้ได้ความหมายที่ไม่ชัดเจนว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์นั้นจะมีผลอย่างไรในระบบกฎหมาย เพราะคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ก็อาจมีผลเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ ดังนั้น ในการใช้บทบัญญัติ มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ใช้กฎหมายจึงไม่ควรยึดติดกับถ้อยคำในตัวบทกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว แต่พึงใช้กฎหมายโดยคำนึงถึงระบบกฎหมาย โดยรวมประกอบกันไปด้วยก็จะทำให้สามารถเข้าใจและใช้บทบัญญัติใน มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ถูกต้องมากยิ่งขึ้น และเนื่องจากปัญหาดังกล่าวนี้นั้น เป็นปัญหาที่เกิดจากถ้อยคำในการบัญญัติกฎหมาย ดังนั้น หากมีโอกาสในการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ ผู้เขียนขอเสนอให้มีการแก้ไขถ้อยคำที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น ดังนี้

“คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการ ขั้นตอน ความบกพร่องนั้นจะถือว่าหมดไปเมื่อได้กระทำตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

2) การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้จัดให้มีเหตุผล ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลในภายหลัง

3) การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณี ถ้าได้มีการรับฟังคู่กรณีในภายหลัง

4) การออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบ ถ้าเจ้าหน้าที่นั้น ได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

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

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

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่กำหนดให้เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองได้ อาทิเช่น ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่กำหนดให้ดุลพินิจเจ้าพนักงานในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในกรณีดังกล่าวหรืออีกหลายกรณียังขาดหลักการและบทบัญญัติของกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น สมควรอย่างยิ่งที่ภาครัฐจะออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ให้เกิดความชัดเจน เพื่อลดดุลพินิจของเจ้าพนักงานลง

นอกจากนี้ในกรณีการรับฟังกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมากหรือที่เรียกว่า การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing) สิทธิที่จะได้รับการรับฟังในกรณีนี้ได้ถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้บัญญัติถึงเรื่องการเข้าร่วมกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนไว้ใน มาตรา 57 โดยได้กำหนดให้ในกรณีที่หน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจการใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ แต่ในปัจจุบันยังมิได้มีการตรากฎหมายมารองรับบทบัญญัติดังกล่าว การจัดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจึงยังคงต้องนำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 มาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำประชาพิจารณ์ ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะให้

ประเทศไทยออกพระราชบัญญัติการจัดทำประชาพิจารณ์ เพื่อเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งเป็นสิ่งที่สำคัญสมควรอย่างยิ่งที่องค์กรฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อประชาชน ส่วนรวมจะต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่ได้รับผลกระทบโดยถูกต้อง และการจัดฟัง ข้อมูลดังกล่าวเป็นปัจจัยถึงความชอบของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องรับฟังจะ ปฏิเสธไม่รับฟังความคิดเห็นดังกล่าวไม่ได้ เมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วเจ้าหน้าที่หรือ องค์กรของรัฐจึงไม่อาจปฏิเสธที่จะไม่กระทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ได้

ผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งทางปกครองทุกประเภทควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่จะต้องแสดงเหตุผล ประกอบคำสั่งทางปกครองด้วย แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาก็ตาม เพื่อให้มีการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้น อีกทั้งเหตุผลหนึ่งก็คือการที่เจ้าหน้าที่จะ ออกคำสั่งทางปกครองได้นั้นจะต้องพิจารณาถึงเหตุและผลให้รอบคอบและจะต้องมีเหตุผลในการ ออกคำสั่งทางปกครองเสมอ เพราะคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของ เจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน ดังนั้น ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากผลของคำสั่งทางปกครองควรได้ทราบ เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้น ควรกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้มีการแจ้งเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองทุกประเภท เพื่อให้ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ที่ได้รับผลของคำสั่งทางปกครองเข้าใจเหตุผลในการออก คำสั่งทางปกครองดังกล่าว

เห็นได้ว่าปัญหาการเยียวยาผลของคำสั่งทางปกครองเป็นปัญหาที่สมควรได้รับการแก้ไข บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ ได้รับคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง หรือประชาชนที่ได้รับผลกระทบของคำสั่งทางปกครองที่ บกพร่องดังกล่าว อันเป็นการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองของไทยให้มีการพัฒนาต่อไป