

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

3.1 หลักการและเหตุผลในการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

โดยเหตุที่หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในระบบกฎหมายปกครอง ดังนั้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจเป็นการก้าวล่วงไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องยึดถือหลักการดังกล่าวนี้เสมอ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้นประกอบด้วยหลักการอยู่สองหลักด้วยกัน นั่นก็คือ หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ และหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เป็นหลักการที่เรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การกระทำใดที่เป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและส่งผลต่อความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครอง เมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง ดังนั้นในการออกคำสั่งทางปกครององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองอื่นๆ

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกไปโดยขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง และความบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากคำสั่งทางปกครองนั้นออกไปโดยขัดหรือแย้งกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นอาจส่งผลต่อคำสั่งทางปกครองในระดับที่แตกต่างกันในกรณีที่มีความบกพร่องดังกล่าวเป็นความบกพร่องในทางรูปแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ เช่น คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้แย้งต่อไปได้ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์ได้แย้งคำสั่งทางปกครอง แม้จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง แต่คำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่ระยะเวลาในการอุทธรณ์หรือได้แย้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะเริ่มนับก็ต่อเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้

แจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง¹ กรณีจะต่างออกไปหากความบกพร่องที่เกิดขึ้นเป็นความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ เช่น การไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง การไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็อาจมีความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญบางประการที่กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองขึ้นได้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น หมายถึงการขจัดความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ ด้วยการกระทำเสียใหม่ภายหลังจากที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว เหตุผลที่กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง สืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ว่าแม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีความบกพร่องในทางรูปแบบ แต่หากเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความถูกต้อง การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวแล้วออกคำสั่งทางปกครองนั้นเสียใหม่แต่เพียงอย่างเดียวจึงเป็นเรื่องที่ไร้เหตุผล โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าอย่างไรเสียหากมีการกระทำอย่างถูกต้องตามรูปแบบหรือกระบวนการที่กฎหมายกำหนดแล้วเจ้าหน้าที่ก็ยังคงออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเช่นเดิมอยู่นั่นเอง²

การที่ระบบกฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดขึ้นในทางรูปแบบหรือกระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีปัญหาถกเถียงกันอยู่ว่าอาจเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับหลักนิติรัฐ (หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย) เพราะการที่กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดขึ้นในทางรูปแบบหรือกระบวนการขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองก็เท่ากับว่ากฎหมายยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมาย และการกระทำเช่นนั้นย่อมส่งผลทำให้บทบาทนิติของกฎหมายที่กำหนดรูปแบบหรือกระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองเสื่อมความสำคัญลง³ อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้ฝ่ายสนับสนุนให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็ได้โต้แย้งว่าการที่กฎหมายกำหนดรูปแบบหรือกระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองเอาไว้ก็เพื่อให้้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อเป็น

¹ มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

² Wolff / Decker, Studienkommentar VwGO VwVfG, (München: Beck, 2005), pp. 663-670.

³ *Ibid*, pp. 663-670.

หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ได้คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาที่ถูกต้อง หากการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถลดกระบวนการที่ซ้ำซ้อน ทำให้การทำงานขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และการกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในทางรูปแบบนั้นก็ยังคงมีเนื้อหาเช่นเดิมอยู่นั่นเอง⁴ ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลอันใดที่จะปฏิเสธไม่ยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้แต่อย่างใด

3.2 การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันถือว่าความบกพร่องที่เกิดขึ้นในทางรูปแบบนั้นเป็นความบกพร่องที่เป็นสาระสำคัญ และความบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องหรือความผิดพลาดในทางเนื้อหา แต่เนื่องจากแนวความคิดที่ว่ากรให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากกระทำผิดกระบวนการขั้นตอนแล้วเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองใหม่ โดยคำสั่งทางปกครองนั้นยังคงมีเนื้อหาเช่นเดิมยอมทำให้เกิดความซ้ำซ้อนขึ้นในกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นในกระบวนการและขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครองขึ้น โดยการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 เป็นคนละกรณีกับการแก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อผิดพลาดเล็กน้อยที่เกิดจากการเขียนผิด การคำนวณผิดหรือความผิดพลาดอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน⁵

⁴Wolff / Decker, Studienkommentar VwGO VwVfG, (München: Beck, 2005), pp. 663-670. ประกอบกับ Ule / Laubinger , Verwaltungsverfahrensrecht, (Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns, 4 Aufl, 1995), pp. 559 – 581.

⁵42. Obvious errors in an administrative act

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.

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ นั้นจะต้องกระทำอยู่ภายใต้เงื่อนไขสามประการ ประการที่หนึ่ง ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในทางกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบที่เกิดขึ้นนั้นต้องไม่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองเกิดความบกพร่องอย่างรุนแรงจนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ ประการที่สองการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นจะกระทำได้ที่เฉพาะแต่เท่าที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เท่านั้น และประการสุดท้ายการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อเจ้าหน้าที่ได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้วความบกพร่องดังกล่าวก็ถือเป็นอันไม่มีอีกต่อไป คำสั่งทางปกครองนั้นจึงกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.2.1 ความบกพร่องที่อาจเยียวยาได้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองของเยอรมันนั้น มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยบัญญัติเอาไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ มาตรา 45 และนอกจากนี้ยังได้มีการบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายอื่นอีก เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายข้าราชการและประมวลกฎหมายสังคม โดยกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติถึงข้อบกพร่องและวิธีการที่เจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้เอาไว้หลายประการด้วยกัน ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.2.1.1 การยื่นคำขอภายหลัง

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการยื่นคำขอ หากมีการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่มี การยื่นคำขอหรือการยื่นคำขอไม่สมบูรณ์ ความบกพร่องดังกล่าวย่อมส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ มาตรา 45⁶ วรรคหนึ่ง (1) ก็ยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความ

⁶ 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;

บทประสงคของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ โดยให้มีการยื่นคำขอใหม่ในภายหลัง ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่จะแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้นั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้ ประการที่หนึ่งการที่คู่กรณีไม่ได้ยื่นคำขอ หรือยื่นคำขอไม่สมบูรณ์นั้นต้องไม่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ ประการที่สองในกรณีทั่วไปการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่คู่กรณีไม่ได้ยื่นคำขอหรือยื่นคำขอไม่สมบูรณ์นั้นจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่มาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ กำหนดไว้ซึ่งกฎหมายให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดระยะเวลาการยื่นคำขอเอาไว้ฝ่ายปกครองจะต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นภายในระยะเวลาดังกล่าวด้วย⁷

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของการไม่ได้ยื่นคำขอหรือยื่นคำขอแล้ว แต่คำขอไม่สมบูรณ์ที่ได้อธิบายมาแล้วนั้น นักวิชาการของเยอรมันถือว่าเป็นกรณีที่แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้ง ซึ่งนอกจากกรณีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้งดังกล่าวแล้ว ยังมีการถกเถียงกันว่าการแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง

-
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.

⁷ Wolff / Decker, *supra* note 2, pp. 663 - 670.

ของคำสั่งทางปกครองโดยปริยายจะสามารถทำได้ด้วยหรือไม่ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยปริยายนั้น หมายความว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการยื่นคำขอ แต่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่มีคำขอหรือการยื่นคำขอไม่สมบูรณ์ ซึ่งในกรณีนี้ไม่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการยื่นคำขอย้อนหลังแต่อย่างใด แต่คู่กรณีกลับแสดงเจตนายอมรับผลของคำสั่งทางปกครองนั้น รับเอาประโยชน์หรือได้ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้นโดยปริยาย ซึ่ง Ule / Laubinger⁸ ได้ยกตัวอย่างกรณีที่อาจถือได้ว่าเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยปริยายเอาไว้ว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจออกใบอนุญาตตามกฎหมายควบคุมอาคารหรือกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ออกใบอนุญาตให้พร้อมกับการกำหนดข้อเรียกร้องในใบอนุญาตให้บุคคลผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติเมื่อเจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตไม่ตรงตามคำขอ ก็เท่ากับว่าได้ปฏิเสธคำขออนุญาตเดิมพร้อมกับได้ออกใบอนุญาตใหม่โดยคู่กรณีไม่ได้ยื่นคำขอ จึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมีข้อบกพร่องซึ่งในกรณีดังกล่าวสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้โดยการที่ผู้รับใบอนุญาตยื่นคำขอในภายหลังโดยกำหนดเนื้อหาของคำขอให้ตรงกับใบอนุญาตที่เจ้าหน้าที่ได้ออกให้ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยวิธีการดังกล่าวนี้เป็น การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยชัดแจ้ง แต่หากผู้รับใบอนุญาตไม่ได้ยื่นคำขอใหม่ในภายหลังแต่กลับแจ้งกับเจ้าหน้าที่ว่าตนเองตกลงยอมรับใบอนุญาตที่ได้ออกมาโดยมีข้อเรียกร้องนั้น หรือผู้รับใบอนุญาตได้ยอมรับหรือถือเอาประโยชน์จากใบอนุญาตนั้น กรณีเช่นนี้ Ule/Laubinger ถือว่าได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้วโดยปริยาย แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นเพียงแต่ถือเอาประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองยังไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

⁸ Ule / Laubinger, *supra note 4*, pp. 559 – 581

3.2.1.2 การแสดงเหตุผลในภายหลัง

มาตรา 39 วรรคหนึ่ง⁹ แห่งรัฐธรรมนูญตีว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ กำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือหรือการยืนยันคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือจะต้องมีการให้เหตุผลประกอบคำสั่งไว้ด้วย ถ้าหากไม่มีการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองและไม่ใช้กรณีที่เข้าข้อยกเว้นแล้วก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางรูปแบบ ซึ่งเท่ากับว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการอันเดียวกันนี้ใช้บังคับกับกรณีของการออกคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการให้เหตุผลในคำสั่ง แต่การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองนั้นกระทำไปโดยไม่สมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น

⁹ 39. Grounds for an administrative act

(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.

เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นได้บรรยายถึงข้อเท็จจริงที่เป็นฐานในการออกคำสั่ง แต่ไม่ได้ให้เหตุผลในทางข้อกฎหมายในตัวคำสั่ง หรือคำสั่งทางปกครองไม่ได้มีการแสดงเอาไว้ว่าเจ้าหน้าที่ได้อาศัยเหตุอันใดที่ทำให้ตนเองตัดสินใจใช้ดุลพินิจเช่นนั้น การไม่ให้เหตุผล การให้เหตุผลไม่ครบถ้วน หรือให้เหตุผลในบางส่วนนั้น อาจได้รับการเยียวยาโดยการให้เหตุผลนั้นในภายหลัง หรือได้มีการให้เหตุผลเพิ่มเติมในภายหลังให้เหตุผลนั้นสมบูรณ์ ซึ่งการแก้ไขเยียวยาโดยการให้เหตุผลในภายหลังนี้จะแตกต่างจากกรณีตามมาตรา 42¹⁰ ซึ่งเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ให้เหตุผลไปแล้ว และเหตุผลดังกล่าวก็สามารถเข้าใจได้แต่เจ้าหน้าที่ต้องการจัดทำเหตุผลให้ชัดเจนขึ้น จึงไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (2) เป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผล หรือให้เหตุผลไม่ครบถ้วน ซึ่งเป็นการพิจารณาในทางรูปแบบเท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของเหตุผลว่าถูกต้องหรือไม่ แม้การให้เหตุผลดังกล่าวจะมีเนื้อหาที่ไม่ถูกต้องก็ตามก็ต้องถือว่าเจ้าหน้าที่ได้ให้เหตุผลแล้ว จึงอาจกล่าวได้ในอีกนัยหนึ่งได้ว่า แม้การให้เหตุผลดังกล่าวจะเป็นให้เหตุผลที่ไม่ถูกต้อง ในทางกฎหมายก็ต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีการให้เหตุผลไว้แล้ว ซึ่งจะไม่ส่งผลกระทบต่อหลักของการกำหนดให้คำสั่งทางปกครองต้องให้เหตุผล และจะไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่ถูกต้องในทางรูปแบบ แต่อย่างไรก็ดีการให้เหตุผลผิดพลาดในคำสั่งทางปกครอง ที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดยอมส่งผลให้การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ถูกต้อง และเหตุผลนั้นย่อมแสดงให้เห็นว่าเจ้าหน้าที่นั้นใช้ดุลพินิจผิดพลาด ดังนั้นคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา¹¹

การให้เหตุผลในภายหลังนี้ไม่จำเป็นต้องทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่อาจทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ก็ได้ หากว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าว

¹⁰42. Obvious errors in an administrative act

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.

¹¹Ule / Laubinger, *supra* note 4, pp.559 -581.

ไม่ได้มีอำนาจพิจารณาเฉพาะเพียงแค่ความชอบด้วยกฎหมาย สำหรับในทางปฏิบัติทำให้เหตุผล โดยไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยเจ้าหน้าที่ชั้นต้นนั้น จะได้รับการเยียวยา หากเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้พิจารณาในชั้นอุทธรณ์ได้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นอุทธรณ์ พร้อมกับ การให้เหตุผลที่ขาดตกบกพร่องไปในการออกคำสั่งในชั้นต้นนั้นโดยสมบูรณ์

3.2.1.3 การจัดให้มีการรับฟังในภายหลัง

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการรับฟังในภายหลังเป็นการแก้ไขเยียวยาความ บกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้จัดให้มีการรับฟัง ก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หรือจัดให้มีการรับฟังแต่การรับฟังนั้นกระทำไปโดยไม่สมบูรณ์ ซึ่งเป็นกระทำการที่ฝ่าฝืนมาตรา 28 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง¹² และการรับ ฟังตามกฎหมายเฉพาะอื่น และนอกจากนี้บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวยังสามารถเทียบเคียงไปใช้

¹²28. Hearing of participants

(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:

1. an immediate decision appears necessary in the public interest or because of the risk involved in delay;
2. the hearing would jeopardise 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.

ในเรื่องที่มีความใกล้เคียงกับเรื่องการรับฟังได้อีกด้วย เช่น กรณีของการเรียกผู้ได้รับผลกระทบอื่นเข้ามาในกระบวนการพิจารณาตาม มาตรา 13 วรรคสอง กรณีของการแต่งตั้งผู้แทนตามมาตรา 16 กรณีของการกำหนดให้เข้าชี้แจงตามมาตรา 43 วรรคสี่¹³ โดยการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวนี้สามารถทำได้เท่าที่ผลของการรับฟังนั้นยังส่งผลกับการตัดสินใจใหม่ของผู้เจ้าหน้าที่ซึ่งหมายความว่าหากการรับฟังในภายหลังนั้นเป็นเพียงแต่ให้เจ้าหน้าที่รับรู้เท่านั้นก็ไม่อาจถือได้ว่าได้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น ตามข้อบังคับของบ้านพักสตรีซึ่งอยู่ในความดูแลขององค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่ง หากมีที่พักว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งนั้นอาจรับสตรีจากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งอื่นเข้าพักอาศัยได้ นางเอซึ่งเป็นสตรีจากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งอื่นได้ยื่นคำขอเข้าพักอาศัยในบ้านพักสตรี แต่ถูกปฏิเสธ ทั้งนี้โดยก่อนที่จะได้รับคำสั่งปฏิเสธนั้น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งนั้นไม่ได้รับฟังนางเอก่อนการออกคำสั่ง ต่อมานางเอได้ยื่นอุทธรณ์ต่อองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นหน่วยงานชั้นต้น แต่องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นไม่พิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้และส่งเรื่องไปยังเจ้าหน้าที่ในชั้นอุทธรณ์ เจ้าหน้าที่ที่พิจารณาในชั้นอุทธรณ์ได้รับฟังนางเอซึ่งได้อธิบายว่าทำไมตนจึงสมควรได้รับสิทธิในการเข้าพักอาศัย หลังจากรับฟังแล้วเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าคำอุทธรณ์ของนางเอฟังไม่ขึ้น มีประเด็นต้องพิจารณาคำวินิจฉัยว่าได้มีการเยียวยาความบกพร่องของการไม่ได้รับฟังแล้วหรือไม่ คำตอบก็คือ กรณีนี้ไม่ถือได้ว่าได้มีการเยียวยาโดยการรับฟังในภายหลังแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากคำอธิบายของนางเอเป็นสาระสำคัญในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในชั้นต้น ซึ่งในที่นี้คือองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นในการที่จะรับหรือปฏิเสธการเข้าพักอาศัยในบ้านพักสตรี การเยียวยาความบกพร่องของการไม่ได้รับฟังจะกระทำได้เมื่อองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นจะต้องรับฟังคำอธิบายของนางเอ เพื่อตนจะได้ใช้ดุลพินิจด้วยตนเอง ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ที่พิจารณาในชั้นอุทธรณ์จะต้องระงับกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ไว้เป็นการชั่วคราว แล้วให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้น คือ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นพิจารณาว่าจะแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่ตนเองได้ออกไปหรือไม่ หรือมิฉะนั้นก็ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ชั้นต้น คือองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น โดยอาศัยเหตุผลว่าคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะมีความบกพร่องในแง่แบบพิธี¹⁴

¹³กรณีดังกล่าวสามารถเทียบได้กับเรื่องการให้นำพยานหรือทนายเข้ามาในกระบวนการพิจารณา ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย

¹⁴Wolff / Decker, *supra* note 2, pp.663 – 670.

ในส่วนของผู้มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังนั้น โดยหลักก็คือเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นเป็นผู้ที่มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลัง เว้นเสียแต่ว่าเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นได้มีการอุทธรณ์ไปแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาในชั้นอุทธรณ์อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการรับฟังได้ หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นมิอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในชั้นต้นได้หรือเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่มีดุลพินิจ แต่หากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองมีดุลพินิจอย่างแท้จริง เจ้าหน้าที่ในชั้นอุทธรณ์ก็ไม่สามารถเยียวยาโดยการรับฟังในภายหลังได้ และในกรณีดังกล่าวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ก็สามารถทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่มีการรับฟังนั้น¹⁵

3.2.1.4 การจัดให้มีมติของคณะกรรมการในภายหลัง

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการลงมติใหม่ในภายหลังเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (4) แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ การเยียวยาความบกพร่องในลักษณะดังกล่าวจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ในรูปของคณะกรรมการ ซึ่งความบกพร่องในการมีมติของคณะกรรมการนั้นอาจเกิดได้ในหลายลักษณะด้วยกัน เช่น กรณีที่คณะกรรมการนั้นไม่ได้มาประชุมเพื่อพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองเลย แต่ปรากฏว่าคณะกรรมการมีมติให้ออกคำสั่งทางปกครองได้ หรือกรณีที่คณะกรรมการได้มีการประชุมเพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครองแต่มติที่ออกมาเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความบกพร่องดังกล่าวนี้ถ้าหากได้มีการประชุมคณะกรรมการและมีมติที่ถูกต้องตามกฎหมายในภายหลัง กฎหมายจะถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแล้ว จึงกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการจัดให้มีมติของคณะกรรมการในภายหลังนั้นจะต้องกระทำโดยคณะกรรมการชุดเดียวกับที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ในกรณีที่ได้มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง และปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งมี

¹⁵Ule / Laubinger, *supra note 4*, pp. 559 – 581.

อำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นอยู่ในรูปของคณะกรรมการเช่นเดียวกัน การที่คณะกรรมการซึ่งมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีมติออกไปไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (4) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ แต่อย่างไรก็ดี ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าถ้าอธิบดีจะออกคำสั่งทางปกครองได้นั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการของกรม แต่อธิบดีได้ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่ขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการ ต่อมาผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นไปที่กระทรวง โดยกระทรวงก็มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์อีกชุดหนึ่งและคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์นั้นก็ได้มีมติในการพิจารณาอุทธรณ์ จะถือว่ามติของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์นั้นไปแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้

3.2.1.5 การให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาในภายหลัง

คำสั่งทางปกครองบางประเภทนั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับการพิจารณาร่วมจากเจ้าหน้าที่หลายองค์กร หรือนิติบุคคลอื่นในกฎหมายมหาชนนอกเหนือไปจากองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งที่มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นออกคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอาคารกฎหมายกำหนดให้ต้องความเห็นชอบจากคณะกรรมการการบริหารส่วนตำบล แต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการบริหารส่วนตำบลก่อน คำสั่งทางปกครองนี้ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ บัญญัติให้สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองได้ โดยการให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในภายหลัง ซึ่งเมื่อเจ้าหน้าที่ได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และคู่กรณีไม่อาจยกเอาความบกพร่องที่ได้รับการเยียวยาแล้วนั้นมาเพื่อเป็นเหตุในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป

3.2.1.6 การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยเหตุอื่น

นอกจากการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ แล้วยังมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะอื่นอีก เช่น ในรัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายข้าราชการ ซึ่งบัญญัติถึงกรณีของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่ได้ทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ โดยหากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจได้มีการยืนยันในภายหลังแล้ว ความบกพร่องที่เกิดขึ้นก็

เป็นอันหมดสิ้นไป หรือกรณีตามประมวลกฎหมายสังคัมบรรพ 10 มาตรา 41 (6) ซึ่งเป็นกรณีของความบกพร่องที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้เรียกคู่กรณีเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง (กรณีคำสั่งทางปกครองที่มีคู่กรณีหลายคน) ซึ่งเหตุในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามประมวลกฎหมายสังคัมบรรพ 10 มาตรา 41 (6) นี้เกิดขึ้นจากคำแนะนำของคณะกรรมการแรงงานและระเบียบสังคมของสภาผู้แทนราษฎร โดยคณะกรรมการฯ ให้เหตุผลว่าหากระบบกฎหมายเยอรมันยอมให้สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการไม่รับฟังคู่กรณี หรือที่เกิดขึ้นที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้ความความเห็นชอบได้ก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะไปห้ามไม่ให้เยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ไม่ได้เรียกคู่กรณีเข้ามาในกระบวนการพิจารณา แต่สำหรับนักวิชาการแล้ว เหตุผลของคณะกรรมการฯ นี้ยังน่ากังวลใจ เนื่องจากการที่ไม่เรียกผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งเข้ามาในกระบวนการพิจารณานั้น ย่อมเท่ากับว่าผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นไม่อยู่ในฐานะที่เป็นคู่กรณี ดังนั้นก็ไม่มีสิทธิที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกับผู้ที่อยู่ในฐานะเป็นคู่กรณี ดังนั้นความบกพร่องในกรณีนี้จึงถือเป็นความบกพร่องที่ลักษณะรุนแรงกว่าการที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณีโดยตรง หรือการที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่คนอื่น และหากนำเหตุดังกล่าวนี้ไปเทียบเคียงกับบทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ฯ จะเห็นได้ว่าการบัญญัติมาตรา 41 (6) แห่งประมวลกฎหมายสังคัม อาจทำให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่าเกิดช่องว่างขึ้นในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ฯ ซึ่งแท้ที่จริงแล้วไม่ใช่กรณีที่เกิดช่องว่างทางกฎหมายขึ้นแต่อย่างใด หากแต่เพราะผู้ร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ฯ ไม่ต้องการให้นำเหตุดังกล่าวมาเป็นเหตุที่สามารถเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนั้นการบัญญัติมาตรา 41 (6) แห่งประมวลกฎหมายสังคัมขึ้นมา นั้นอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาวิจัยว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ต่อไปได้¹⁶

3.2.2 ระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

เดิมในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองของเยอรมันนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือหากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ การแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองก็จะทำได้ในช่วง

¹⁶Ule / Laubinger, *supra note 4*, pp. 559 – 581.

ก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง แต่ในปัจจุบันมาตรา 45 วรรคสอง¹⁷ แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ได้มีการแก้ไขในเรื่องระยะเวลาของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับขอบเขตของระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณา ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ซึ่งในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ในกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลศาลจะเป็นผู้มีดุลพินิจว่าจะอนุญาตให้เจ้าหน้าที่แก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวหรือไม่ และหากเจ้าหน้าที่ได้ทำการแก้ไขเยียวยานั้นในขั้นตอนของการพิจารณาในชั้นศาลแล้ว ฝ่ายโจทก์ (ผู้รับคำสั่งทางปกครอง) ย่อมสามารถที่จะถอนฟ้องตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ การถอนฟ้องในคดีดังกล่าวนี้ย่อมส่งผลให้ฝ่ายโจทก์อาจไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีต่อค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีตามมาตรา 155 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ¹⁸

3.2.3 ผลในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

ตามถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ และมาตรา 41 แห่งประมวลกฎหมายสังคม แสดงให้เห็นว่าเมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องดังกล่าวก็ถือว่าไม่มีอีกต่อไป ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับตรงกันว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนตามที่มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ หรือกฎหมายอื่น บัญญัติเอาไว้แล้ว เมื่อมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว ความบกพร่องก็จะหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

ในส่วนปัญหาที่ว่าความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อใดนั้น มีความคิดเห็นอยู่สองแนวทางด้วยกัน แนวที่หนึ่งเห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางชอบด้วย

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

¹⁸Wolff / Decker, *supra* note 2, pp.663 – 670.

กฎหมายย้อนไปตั้งแต่วันที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครอง ในส่วนของแนวที่สองมีความเห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่วันที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งในประเด็นนี้ Ule/Laubinger มีความเห็นว่าถ้าถือว่าการเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่แรกแล้ว ก็เท่ากับสิทธิของบุคคลในการที่จะเรียกร้องค่าเสียหายในการที่ถูกทำละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นอันจบสิ้นไป ดังนั้นเมื่อมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแล้ว จะไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องนั้นกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่ต้น และต้องถือว่าในช่วงที่ยังไม่มีการเยียวยาความบกพร่องนั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายก็นับตั้งแต่วันที่มีการแก้ไขเยียวยาเป็นต้นไป¹⁹

นอกจากนี้บทบัญญัติในมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ นั้นบัญญัติเฉพาะเรื่องการเยียวยาความบกพร่องในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถนำไปใช้กับความบกพร่องในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองได้ สำหรับคำสั่งทางปกครองบกพร่องในทางเนื้อหาแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

3.3 การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยนั้น มีการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ได้แนวความคิดมาจาก มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน โดยในขั้นตอนการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้ร่างฯ ได้มีการเปลี่ยนแปลงในรายละเอียดบางประการ เพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทย

3.3.1 หลักเกณฑ์ที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย

3.3.1.1 ความเป็นมาในชั้นยกกว้าง

ก่อนที่จะได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น หลักการเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีปรากฏอยู่บ้างแล้วในกฎหมายฉบับต่าง ๆ อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นไม่ได้บัญญัติรายละเอียดเพียงพอที่จะช่วยให้การพิจารณา

¹⁹Ule / Laubinger, *supra note 4*, pp. 559 – 581.

เรื่องทางปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและยุติธรรม จึงมีการเสนอแนะให้จัดทำกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้นมาตั้งแต่ พ.ศ. 2528²⁰ ส่วนในทางปฏิบัตินั้นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พยายามผลักดันให้มีการวางระเบียบบางส่วนเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้นใน พ.ศ. 2532 แต่ไม่ประสบความสำเร็จ

ต่อมาในสมัยรัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครองขึ้นตามข้อเสนอของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทั้งนี้โดยคณะกรรมการชุดดังกล่าวได้อาศัยรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง หรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) เป็นแนวทางในการยกร่าง และได้จัดทำร่างกฎหมายเสนอไปยังรัฐบาลเมื่อวันที่ 17 กันยายน 2534²¹

ในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏใน มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้น เป็นบทบัญญัติที่นำต้นแบบมาจากการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองของเยอรมันที่ปรากฏในมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง 1976 ซึ่งในการพิจารณายกร่างฯ มาตรา 41 มีประเด็นถกเถียงกันอยู่สองประเด็นด้วยกัน ประเด็นแรกเป็นประเด็นเกี่ยวกับเหตุแห่งความบกพร่องในทางรูปแบบที่จะกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ โดยเหตุที่มีการถกเถียงกันว่าควรจะยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ก็คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง และกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทางปกครอง ทำที่ที่สุดในการประชุมร่างมาตรา 41ฯ ในครั้งแรกนั้นได้มีการขอประเด็นดังกล่าวเอาไว้ก่อน²² แล้วจึงได้มีการลงมติให้นำเหตุดังกล่าวมาใช้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ในภายหลัง ประเด็นที่สองเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในขั้นต้นนั้นก็ได้มีการยกร่างโดยใช้แนวทาง

²⁰ สมยศ เชื้อไทย, “ปัญหาทางทฤษฎีในการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการ”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 4, (2528), น. 141-151.

²¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน 2549), น.79-80.

²² รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ครั้งที่ 9 -10 /2534, น.21..

ของมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน ซึ่งก็คือกำหนดให้ต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าว ก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครอง แต่ในขั้นตอนการพิจารณา พบว่ากรรมการยกเว้นฯ ท่านหนึ่งก็ได้เสนอว่าในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นน่าจะต้องกระทำก่อนที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผล²³ ซึ่งทำที่สุดแล้วคณะกรรมการยกเว้นฯ ก็ได้มีมติให้ในเรื่องระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปแนวทางของมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน คือ ต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครอง

อนึ่ง ในเรื่องของผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นประเด็นที่มีความสำคัญไม่พบว่าได้มีการอภิปรายกันแต่อย่างใด มีแต่เพียงการอธิบายผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองของเยอรมัน ทั้งที่เป็นประเด็นที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง

3.3.1.2 หลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

²³ ดูคำอธิบายของ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รายงานการประชุมคณะกรรมการยกเว้นกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ครั้งที่ 9 -10 /2534, น.9 -11.

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

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

3.3.2 ความบกพร่องที่อาจเยียวยาได้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นั้น จะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขสามประการประการที่หนึ่ง ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้น ต้องไม่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองเกิดความบกพร่องอย่างรุนแรงจนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ ประการที่สอง การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น จะกระทำได้ก็เฉพาะแต่เท่าที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เท่านั้น และประการที่สามการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องกระทำภายในเงื่อนไขเวลาที่กฎหมายกำหนดเอาไว้

มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่กระทำผิดกระบวนการหรือขั้นตอนด้วยการกระทำกระบวนการหรือขั้นตอนที่บกพร่องนั้นในภายหลัง โดยเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองยังต้องเป็นเช่นเดิม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองไม่ได้ ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมและออกคำสั่งทางปกครองใหม่เท่านั้น

3.3.2.1 การยื่นคำขอย้อนหลัง

ตามหลักการเริ่มกระบวนการพิจารณาตามดุลพินิจ (Opportunitätsprinzip) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องมีการร้องขอจากบุคคลอื่น แต่ก็อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีคำขอจากเอกชนก่อน องค์กร

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงจะเริ่มกระบวนการพิจารณาได้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ก็มักจะเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่กรณี เช่น การขอสัญชาติ การขอใบอนุญาตต่างๆ เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีคำขอจากเอกชนก่อนจึงจะเริ่มกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้นั้นก็เนื่องจากแนวคิดที่ว่ารัฐไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไปสอดส่องดูแลว่าเอกชนคนใดสมควรที่จะได้รับประโยชน์จากรัฐหรือไม่ แต่ต้องเป็นเรื่องที่เอกชนผู้ประสงค์จะได้ประโยชน์ต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยการยื่นคำร้องและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเอง

เมื่อกฎหมายกำหนดให้ต้องมีคำขอจากเอกชนก่อนที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเริ่มกระบวนการพิจารณา หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเริ่มกระบวนการพิจารณาไปโดยที่ไม่มีคำขอและได้ออกคำสั่งทางปกครองไป คำสั่งทางปกครองนั้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง และความบกพร่องดังกล่าวย่อมเป็นความบกพร่องในกระบวนการหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนโดยองค์กรที่มีอำนาจได้²⁴ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติถึงกรแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจัดมียื่นคำขอในภายหลัง และเมื่อได้มีการยื่นคำขอในภายหลังแล้ว คำสั่งทางปกครองซึ่งแต่เดิมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการไม่ถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดนั้นก็กลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่สามารถหยิบยกเอาความบกพร่องที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาแล้วนั้นขึ้นมากล่าวอ้างเพื่ออุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป

บทบัญญัติในมาตรานี้นอกจากจะใช้กับกรณีที่ไม่ได้มีการยื่นคำขอแล้ว ยังอาจเทียบเคียงไปใช้กับกรณีที่ได้มีการยื่นคำขอแล้วแต่ปรากฏว่าคำขอที่ยื่นเอาไว้ไม่สมบูรณ์ ซึ่งในกรณีดังกล่าวได้เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองวินิจฉัยเอาไว้ในเรื่องเสรีจที่ 648/2545 เรื่อง ความสมบูรณ์ของหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งออกตามคำขอที่ไม่ได้มีการประทับตราสำคัญของบริษัทที่ถูกต้อง ซึ่งคำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีของบริษัท เอ็ฟพีเคทีพี แพลนเนอร์ส จำกัด ซึ่งมีฐานะเป็นคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 และเป็นผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตาม

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 43/2545 การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยื่นคำขอให้เจ้าพนักงานที่ดินดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม อีกทั้งเจ้าหน้าที่ที่ดินก็ได้สอบสวนคู่กรณีตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้ทราบถึงสิทธิและความสามารถของคู่กรณี และความสมบูรณ์ของนิติกรรม ดังนั้น การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของเจ้าหน้าที่ที่ดินจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ได้มีหนังสือแจ้งต่ออธิบดีกรมทะเบียนการค้าเพื่อขอให้ออกหนังสือรับรองเพื่อให้ประกอบกิจการตามที่ได้รับคำสั่งส่งเสริมการลงทุน ตามข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าว ซึ่งอธิบดีกรมทะเบียนการค้าพิจารณาแล้วเห็นว่าหนังสือแจ้งและเอกสารประกอบถูกต้อง จึงได้ออกหนังสือรับรองให้ ต่อมา ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร บริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) ร้องเรียนขอให้กรมทะเบียนการค้ายกเลิกหรือเพิกถอนหนังสือรับรองดังกล่าว โดยอ้างว่าหนังสือแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองประกอบธุรกิจของบริษัท เอ็ฟพีเคทีพี แพลนเนอร์ส จำกัด ไม่ถูกต้องเนื่องจากไม่ได้ประทับตราสำคัญของบริษัทฯ แต่ประทับตราของบริษัทอื่น เป็นผลให้การยื่นคำขอดังกล่าวไม่ผูกพันบริษัทและถือเป็นโมฆะ ซึ่งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองวินิจฉัยเอาไว้ว่า “หนังสือรับรองที่ออกให้แก่บริษัท เอ็ฟพีเคทีพี ซึ่งเกิดจากคำขอที่มีได้ประทับตราบริษัทที่ถูกต้องนั้น มีความบกพร่องน้อยกว่าตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 41(1) ดังกล่าว กล่าวคือ มีการยื่นคำขอแล้วเพียงแต่คำขอนั้นมิได้ประทับตราบริษัทที่ถูกต้อง และแม้แต่จะถือว่าการที่ประทับตราไม่ถูกต้องจะมีผลทำให้เป็นการไม่มีการยื่นคำขอ กรณีดังกล่าวก็สามารถแก้ไขได้โดยการให้มีการยื่นคำขอภายหลังได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 41 (1) ดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น จึงเห็นว่าหากมีการยื่นคำขอที่ประทับตราที่ถูกต้องในภายหลัง หนังสือรับรองที่ออกไปแล้วก็มีผลเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์และไม่ต้องยกเลิกหรือเพิกถอนหนังสือรับรองดังกล่าว”

การที่กฎหมายกำหนดให้มีการยื่นคำขอในภายหลังได้นั้น ก็เนื่องจากผู้กร่างฯ มีเจตนารมณ์ต้องการให้ใช้มาตรานี้ แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่เอกชนได้มาแสดงความจำนงที่จะให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปแล้วแต่อาจมีปัญหาเกิดขึ้นในขั้นตอนการยื่นคำขอ²⁵ ซึ่งเป็นกรณีที่อาจเกิดขึ้นได้โดยสุจริต เช่น ผู้รับมอบอำนาจเพื่อทำการขออนุญาตนำเข้าวัตถุดิบโดยหนังสือมอบอำนาจจะระบุเอาไว้จำกัดเช่นนั้น แต่ปรากฏว่าวัตถุดิบที่ขออนุญาตนั้นเจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นวัตถุดิบประเภทที่ 3 ซึ่งต้องมีการขึ้นทะเบียนก่อนด้วย เพื่อบริการแก่เอกชนเจ้าหน้าที่อาจดำเนินการพิจารณาขึ้นทะเบียนไปโดยที่ยังไม่มีคำขอ ถ้าข้อเท็จจริงที่ผู้ทำการแทนเสนอมีเพียงพอจะพิจารณาได้โดยออกคำสั่งรับขึ้นทะเบียนวัตถุดิบดังกล่าวไว้และให้ผู้ทำการแทนไปขอหนังสือมอบอำนาจใหม่ให้ครบถ้วนมายื่นในภายหลัง²⁶

²⁵รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ครั้งที่ 9 -10 /2534, น.8.

²⁶ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2540), น.276.

3.3.2.2 การแสดงผลในภายหลัง

มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539²⁷ บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในมาตรานี้กฎหมายกำหนดให้ในการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและสนับสนุนการใช้ดุลพินิจ ในส่วนการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองใดที่จะต้องมีการแสดงผลไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้น มีความคิดเห็นทางวิชาการแตกต่างกันอยู่สองแนวทาง ดังนี้

แนวที่หนึ่งมีความเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแบ่งการแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

การแสดงผลประกอบคำสั่งทางปกครองแท้ เป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ ซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายออกประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 37 วรรคสอง²⁸ กฎหมาย

²⁷มาตรา 37 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

- (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ
- (2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง
- (3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

- (1) เป็นกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น
- (2) เหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก
- (3) เป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32
- (4) เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วนแต่ต้องให้เหตุผล

เป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

²⁸ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือในกรณีดังต่อไปนี้ต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่ง ได้แก่

กำหนดให้ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในขณะที่ออกคำสั่ง โดยจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏในคำสั่งนั่นเองหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่ง หากเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งละเลยไม่แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม ย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้ออกมานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครองมีสิทธิที่จะอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อองค์กรผู้มีอำนาจอันจะนำไปสู่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยไม่มีทางจะทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบขึ้นมาในภายหลังได้

การแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการที่เพิกถอน เป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วยตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 37 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองอาจจัดทำขึ้นภายหลังได้ การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ก็ไม่ส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไป มีผลเพียงเป็นทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ และอาจมีสถานะสมบูรณ์ขึ้นได้ในภายหลังหากได้จัดให้มีการให้เหตุผลด้วยวิธีการและเวลาที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539²⁹

แนวที่สองเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักทั่วไปว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือหรือการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือจะต้องจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไว้ แม้จะมี

1. คำสั่งทางปกครองที่เป็นปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิของคู่กรณี เช่น การไม่รับคำขอ ไม่อนุญาต ไม่อนุมัติ ไม่รับรอง ไม่รับอุทธรณ์ หรือไม่รับจดทะเบียน

2. คำสั่งทางปกครองที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาต เพิกถอนการอนุมัติเพิกถอนการรับรอง หรือเพิกถอนการรับจดทะเบียน

3. คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ

4. คำสั่งทางปกครองที่เป็นการวินิจฉัยอุทธรณ์

5. คำสั่งยกเลิกการสอบราคา การประกวดราคา หรือการประมูลราคา ที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว

²⁹พนม เอี่ยมประยูร, “การแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง (Motivation) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539” ,รวมบทความกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541),น.103.

ข้อพิจารณาว่าโครงสร้างของบทบัญญัติมาตรา 37 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย อาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระงับเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้ จะเป็นโครงสร้างที่อาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความเกี่ยวกับหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าหากไม่เป็นกรณีตามมาตรา 37 วรรคสอง ประกอบกับประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี และไม่เข้าข้อยกเว้นอื่นใดแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องระงับเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไว้ในคำสั่งทางปกครองหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งความเห็นทางวิชาการในแนวทางที่สองนี้เห็นว่าการที่มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นการกำหนดหน้าที่ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนขึ้นว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องระงับเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้นหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองนั้น ด้วยเหตุนี้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการระงับไว้ในประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องระงับเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองด้วยเช่นกัน หากคำสั่งทางปกครองนั้นกระทบสิทธิคู่กรณีและเห็นประจักษ์ชัดว่าบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองจำเป็นต้องทราบเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น³⁰

ผลของการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ระงับเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไว้ในคำสั่งทางปกครองหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองนั้นก็คือ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมตกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถถูกองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาเพิกถอนได้เช่นเดียวกับกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่นๆ แต่ในขณะเดียวกันองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวนี้ได้โดยการจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในภายหลัง ซึ่งจะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุแห่งการไม่แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองอีกต่อไป³¹

³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 20*, น. 149.

³¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพ็ญอ้าง*, น.170.

เมื่อพิจารณาความคิดเห็นทางวิชาการทั้งสองแนวทางในเรื่องหลักเกณฑ์การแสดง เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองแล้ว ผู้เขียนมีความคิดเห็นเช่นเดียวกับแนวทางที่สอง โดยมีความเห็นว่าในกรณีที่ต้องคัดกรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือและการ ยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องแสดงเหตุผล ประกอบคำสั่งทางปกครองเอาไว้ในตัวคำสั่งหรือเอกสารแนบท้ายในขณะที่ยื่นคำสั่งทางปกครอง และหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเลยไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ก็จะ ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่ผู้เขียนมี ความคิดเห็นเช่นเดียวกับความคิดเห็นทางวิชาการในแนวทางที่สองก็เนื่องจากว่า แม้นในมาตรา 41 วรรค หนึ่ง (2) กฎหมายจะใช้ถ้อยคำว่า คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ซึ่งทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่า การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการให้ เหตุผลในภายหลังนั้น จะสามารถใช้ได้แต่เฉพาะกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่งเท่านั้น แต่หากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่นายกรัฐมนตรึ หรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรึมอบหมายประกาศกำหนดให้ต้องระบุเหตุผลเอาไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือใน เอกสารแนบท้ายคำสั่งตาม มาตรา 37 วรรคสองนั้น ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่ง ทางปกครองได้³² ซึ่งความเข้าใจดังกล่าวนี้ส่งผลทำให้มีการแบ่งระบบการให้เหตุผลประกอบคำสั่ง ทางปกครองเป็นสองระบบตามความคิดเห็นทางวิชาการแนวที่หนึ่ง³³ แต่จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษา จากรายงานการประชุมกร่างกฎหมายในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครองฯ ก็พบว่าผู้ร่างเองก็มีความประสงค์ที่กำหนดหลักการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทาง ปกครองของไทยให้เป็นไปตามแนวทางของประเทศเยอรมัน ซึ่งถือหลักว่าในกรณีที่ต้องคัดกร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือจะต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทาง ปกครองเสมอ แต่ก็อาจมีกรณีที่เป็นข้อยกเว้นเอาไว้³⁴ การที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบ คำสั่งทางปกครองเอาไว้ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมตกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความบกพร่องโดยเหตุที่ไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองนี้

³²ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 25, น.198

³³พนม เอี่ยมประยูร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 29, น.103 และชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *เพ็ญอ้าง*, น.276.

³⁴ดูคำอภิปรายของ โภคิน พลกุล, รายงานการประชุมรายงานการประชุมคณะกรรมการ ยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ครั้งที่ 7 -7 /2534,น.14.

กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้โดยการให้เหตุผลในภายหลังได้และเมื่อได้ให้เหตุผลแล้ว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁵ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการที่ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง นั้น หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือ หรือการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ หากไม่ได้มีการแสดงเหตุผลไว้ก็สามารถได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการให้เหตุผลย้อนหลังได้ และการที่กำหนดให้มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 37 วรรคสองนั้น ก็เป็นการกำหนดหน้าที่ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนขึ้นว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

นอกจากนี้การที่มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้บัญญัติถึงกรณีคำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง โดยใช้คำว่า “คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์” นั้น เป็นคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนว่าเมื่อ “คำสั่งทางกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์” จะมีผลอย่างไร ซึ่งในกรณีนี้จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาในขั้นตอนการยกร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็พบว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ร่างขึ้นโดยใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมันฯ เป็นต้นแบบ และได้มีการอภิปรายถึงประเด็นในเรื่องผลของเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเอาไว้ ซึ่งก็พบว่าผู้ร่างมีความประสงค์ให้ผลของเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเป็นไปในแนวทางของประเทศเยอรมันนั่นก็คือ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอน หรือรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ ความบกพร่องดังกล่าวยอมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็กลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁶ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์” ตามมาตรา 41 นั้น น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” เพียงแต่จะใช้ถ้อยคำที่ต่างออกไปเท่านั้น

³⁵ Wolff / Decker, *supra* note 2, pp. 663 – 670.

³⁶ รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ครั้งที่ 9 -10 /2534, น. 22.

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) นี้ เป็นเพียงการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้จัดให้มีเหตุผลประกอบ คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นความบกพร่องในทางรูปแบบเท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของ เหตุผลว่ามีความถูกต้องหรือไม่ซึ่งเป็นเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว และเห็นว่าเหตุผลที่ตนให้ไปนั้นมีเนื้อหาที่ไม่ถูกต้อง ก็ไม่สามารถใช้มาตรานี้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในทางเนื้อหาได้ เจ้าหน้าที่ทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมและออกคำสั่งทางปกครองใหม่เท่านั้น

3.3.2.3 การจัดให้มีการรับฟังในภายหลัง

การจัดให้มีการรับฟังบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็น กระบวนการสำคัญในการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งได้รับการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ สิทธิในการรับฟังคู่กรณีตามมาตรา 30 นั้น สามารถแบ่งออกได้เป็นสองประการด้วยกัน ประการแรกสิทธิของคู่กรณีในการที่จะได้รับทราบ ข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และประการที่สองสิทธิของคู่กรณีในการที่จะโต้แย้งและแสดง พยานหลักฐานของตน

โดยเหตุที่การรับฟังคู่กรณีเป็นกระบวนการที่สำคัญในการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้มีการรับฟังคู่กรณี หรือมีการรับฟัง แต่การรับฟังนั้นกระทำไปโดยไม่สมบูรณ์ คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมาย³⁷ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการจัดให้มีการรับ ฟังในภายหลังนั้น ได้รับการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครองฯ การที่มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3)³⁸ บัญญัติถึงกรณีการรับฟังที่ดำเนินการมา

³⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 310/2545 ประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 1 บทที่ 12 ข้อ 2 และข้อ 3 กำหนดให้มีการสืบสวนข้อเท็จจริงก่อนและให้แจ้งข้อ กล่าวหาพร้อมเรียนให้ผู้ถูกสอบสวนชี้แจงข้อเท็จจริงภายในเวลาที่กำหนด ถือเป็นขั้นตอนที่ต้อง ปฏิบัติก่อนมีคำสั่งคณะกรรมการสอบสวนข้าราชการตำรวจว่ากระทำผิดวินัยร้ายแรง หากมิได้ถือ ปฏิบัติย่อมถือได้ว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁸ มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

โดยไม่สมบูรณ์นั้น มีข้อพิจารณาอยู่ว่า “การรับฟังโดยไม่สมบูรณ์” ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) นั้น หมายถึงการรับฟังตามที่ได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือไม่ และหากหมายถึงการรับฟังตามมาตรา 30 เหตุใดจึงไม่บัญญัติว่า “การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำตามมาตรา 30” เช่นเดียวกับที่ได้บัญญัติถึงเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ไม่ได้ให้เหตุผล ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) ซึ่งบัญญัติโดยระบุถึงการให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง เอาไว้อย่างชัดเจน ในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนได้ตรวจสอบจากรายงานการประชุมยก่างพระราชบัญญัติฯ แล้วไม่ปรากฏว่าได้มีการอภิปรายถึงประเด็นนี้แต่อย่างใด แต่เมื่อได้ไปศึกษาประเด็นดังกล่าวนี้ในกฎหมายเยอรมันก็พบว่าในมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ก็ได้บัญญัติในลักษณะเช่นเดียวกันกับมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งการไม่ระบุเลขมาตรานี้ทำให้บทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังนั้น สามารถใช้กับกรณีการรับฟังตามมาตรา 28 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ และการรับฟังตามกฎหมายเฉพาะอื่นด้วย³⁹ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการที่มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) ไม่ได้ระบุว่า “การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำตามมาตรา 30” แต่ก็สามารถนำไปใช้กับกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำตามขั้นตอนการรับฟังซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้ทั้งสองขั้นตอน ซึ่งได้แก่ ขั้นตอนในการได้รับทราบข้อเท็จจริง และขั้นตอนในการที่จะโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน นอกจากนี้ยังสามารถนำไปใช้กับการรับฟังตามกฎหมายอื่นได้อีกด้วย

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

ฯลฯ

ฯลฯ

³⁹Wolff / Decker, *supra* note 6, pp. 663-670 .

ในประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) นี้ มีประเด็นที่เป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่า “การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้อำนาจโดยไม่สมบูรณ์” มีความหมายรวมถึง “การไม่ได้รับฟังคู่กรณี” ด้วยหรือไม่

ฝ่ายที่เห็นว่าไม่สามารถนำบทบัญญัติในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) มาใช้กับกรณีของการไม่ได้รับฟังคู่กรณีเลยได้ให้เหตุผลว่า การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องกระทำตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด และหากยอมให้มีการรับฟังในภายหลังได้ การรับฟังจะเป็นเพียงการรับฟังในทางแบบพิธีเท่านั้น การเปิดโอกาสให้มีการรับฟังในภายหลังในกรณีที่ไม่ได้มีการรับฟังมาเลยตั้งแต่ต้นนั้นจึงถือเป็นการทำลายวัตถุประสงค์ของหลักการรับฟัง ดังนั้น ในการใช้การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำโดยเคร่งครัด เมื่อมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติถึงแต่เฉพาะกรณี “การรับฟังที่ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์” ก็แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมีความประสงค์จะให้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแต่เพียงกรณี “การรับฟังที่ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์” เท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้กับกรณีความบกพร่องที่เกิดจาก “การไม่ได้รับฟังคู่กรณี” เลยได้

ฝ่ายที่เห็นว่าสามารถนำบทบัญญัติในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) มาใช้กับกรณีของการไม่ได้รับฟังคู่กรณี ให้ความเห็นว่าจะเจตนารมณ์ของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องก็เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบ แต่เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความถูกต้องไม่ถูกเพิกถอนเพียงเพราะความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบแล้วต้องมาเริ่มพิจารณากันใหม่ โดยมีเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเช่นเดิม ซึ่งทำให้เกิดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติงาน นอกจากนี้ในทางข้อเท็จจริงการแยกว่าการรับฟังเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นกรณีของ “การรับฟังโดยไม่สมบูรณ์” หรือจะเป็นกรณีที่ถือว่า “ไม่ได้มีการรับฟัง” ก็ทำได้ค่อนข้างยาก และหากศึกษาไปยังที่มาของกฎหมายซึ่งก็คือ รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ของเยอรมันซึ่งเป็นต้นแบบในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็จะเห็นได้ว่า มาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ “ไม่ได้รับฟังคู่กรณี” เช่นกัน ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องเนื่องจากไม่ได้รับฟังก็น่าจะสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของการไม่ได้รับฟังได้เช่นเดียวกับกรณีของการรับฟังโดยไม่สมบูรณ์

ผู้เขียนมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับแนวคิดที่สอง ซึ่งเห็นว่าแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการรับฟังเลยก็สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้ แต่ทั้งนี้การแก้ไขเยียวยา

ความบกพร่องโดยการรับฟังภายหลังนั้นจะต้องไม่ใช่เพียงการรับฟังในทางรูปแบบเท่านั้น แต่ข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการรับฟังนั้นจะต้องมีผลต่อการพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง โดยเมื่อเจ้าหน้าที่นำข้อเท็จจริงมาพิจารณาแล้วหากมีความเห็นเช่นเดิมก็ถือว่าได้แก้ไขเยียวยา ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังแล้ว แต่หากรับฟังแล้วมีความเห็นแตกต่างไป จากเนื้อหาของคำสั่งเดิมที่ได้ออกไปโดยไม่ได้รับฟัง เจ้าหน้าที่ก็จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เดิมและเริ่มพิจารณาคำสั่งทางปกครองนั้นใหม่

ประเด็นเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้รับฟังนั้น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเคยวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวเอาไว้ ในบันทึก คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง เศรษฐีที่ 75/2549 เรื่อง การแก้ไขข้อบกพร่องของ คำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ดำเนินการไปโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณี ก่อนออกคำสั่งว่า การที่คณะกรรมการสอบสวนไม่ได้ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาในการที่จะให้ถ้อยคำ และนำสืบแก้ข้อกล่าวหาตามข้อ 15 ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) นั้น คณะกรรมการผู้มี อำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถสั่งให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการให้ถูกต้องได้ตามข้อ 36 ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนได้มีหนังสือที่ พช.0429/1452 ลงวันที่ 11 เมษายน 2548 แจ้งให้พันตำรวจโทโกคินฯ ไปพบเพื่อให้การแก้ข้อกล่าวหาและนำ พยานหลักฐานมานำสืบหักล้างข้อกล่าวหาตามมติของคณะอนุกรรมการข้าราชการตำรวจ เกี่ยวกับการอุทธรณ์แล้ว การที่พันตำรวจโทโกคินฯ ปฏิเสธไม่ไปพบคณะกรรมการสอบสวนเพื่อ ชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา ถือได้ว่าพันตำรวจโทโกคินฯ ได้ทราบข้อกล่าวหาและสรุป พยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาแล้วและไม่ประสงค์จะแก้ข้อกล่าวหาจึงเป็นกรณีที่ได้มีการ ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งลงโทษโดยจัดให้มีการรับฟังและให้โอกาสคู่กรณีได้แย้ง แสดงพยานหลักฐานของตนอันเป็นการดำเนินการตามที่มาตรา 30 ประกอบกับมาตรา 41 (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น คำสั่งลงโทษ ดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.3.2.4 การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่อื่นในภายหลัง

คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน จึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้นั้น การได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นถือว่าเป็น เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่ง

ทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้มีการขอความเห็นชอบตามที่กำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 41วรรคหนึ่ง (4) เป็นเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องการความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองด้วยการให้เจ้าหน้าที่ขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นในภายหลังจากที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว ซึ่งในกรณีการให้ความเห็นชอบในภายหลังนี้ได้เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองวินิจฉัยเอาไว้ในเรื่องเสรีจที่ 237/2551 เรื่อง การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของนายกเทศมนตรีตำบลเขาสมิงตามกฎกระทรวงฉบับที่ 9 (พ.ศ.2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยคณะกรรมการฯ ได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของผู้บริหารหรือคณะผู้บริหารท้องถิ่นต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด การที่เทศบาลตำบลเขาสมิงออกคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด จึงเป็นการออกคำสั่งที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ถ้าผู้ว่าราชการจังหวัดได้ให้ความเห็นชอบในภายหลังก็จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสมบูรณ์ ทั้งนี้ โดยจะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ตามที่บัญญัติในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41วรรคหนึ่ง (4) นี้ การขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นถือเป็น “เงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่” หากเจ้าหน้าที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ ซึ่งในกรณีนี้ได้เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยเอาไว้ในเรื่องเสรีจที่ 920/2547 เรื่องแนวทางปฏิบัติตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ในส่วนของการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยคำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีเกี่ยวกับการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ต้องจัดทำและเสนอรายงานในชั้นขออนุญาตก่อสร้าง แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ได้มีบางโครงการหรือกิจการได้ดำเนินการก่อสร้างไปก่อนในระหว่างการนำเสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม

ก่อนที่จะได้รับความเห็นชอบในรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ซึ่งคณะกรรมการ กฤษฎีกา (คณะที่ 7) ได้พิจารณาข้อหาหรือแล้วมีความเห็น ดังนี้

กรณีที่เจ้าของโครงการหรือกิจการที่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบ สิ่งแวดล้อม ได้เสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมต่อสำนักงานนโยบายและแผน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไม่ว่าจะเป็น กรณีที่ได้ดำเนินการก่อสร้างไปก่อนโดยมิได้รับอนุญาต และต่อมาได้ยื่นเสนอรายงานการวิเคราะห์ ผลกระทบสิ่งแวดล้อมต่อสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือ กรณีที่ได้ใช้วิธีการแจ้งตามมาตรา 39 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ไม่ว่า เจ้าหน้าที่จะได้ออกไปรับแจ้งให้หรือไม่ก็ตาม แล้วจึงมายื่นเสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบ สิ่งแวดล้อม หรือกรณีที่ได้ก่อสร้างโครงการตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ อนุญาตมิได้รอการสั่งอนุญาตไว้ก่อนตามมาตรา 48 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและ รักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ต่อมาจึงได้เสนอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบ สิ่งแวดล้อมต่อสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้น เมื่อพิจารณา มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ประกอบกับมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว เห็นได้ว่า กรณีที่การอนุญาตจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน แม้ผู้มีอำนาจ อนุญาตจะได้อนุญาตไปก่อนแล้วอันเป็นการผิดขั้นตอน ก็หาได้ตัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ พิจารณานั้นไม่ ดังนั้น การยื่นรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่แม้จะเลยขั้นตอนที่ กำหนดแล้ว ก็มีได้ตัดอำนาจของสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ จะรับรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่ยื่นไว้เพื่อดำเนินการต่อไป

ประเด็นที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยในเรื่องนี้มีอยู่ว่าคำวินิจฉัยนี้สามารถนำ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) เรื่องการให้ความเห็นชอบในภายหลังมาใช้ได้หรือไม่ เนื่องจากการให้ ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครองตามนัยของมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) นั้น จะต้องเป็น กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่กฎหมาย กำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจเอาไว้ โดยให้ขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อนจึงจะออก คำสั่งทางปกครองได้ แต่เรื่องการให้ความเห็นชอบในรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม นั้นไม่ใช่การให้ความเห็นชอบในคำสั่งอนุญาตก่อสร้าง และการที่กฎหมายได้กำหนดให้โครงการที่ มีผลกระทบสิ่งแวดล้อมต้องได้รับความเห็นชอบในรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อน แล้วจึงนำ รายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่ได้รับความเห็นชอบดังกล่าวมายื่นขออนุญาตในการก่อสร้าง

นั้นก็ไม่ใช่เงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ แต่เป็นกระบวนการขั้นตอนหนึ่งในการจัดทำคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เมื่อการให้ความเห็นชอบในรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมไม่ใช่การให้ความเห็นชอบตามนัยเดียวกับที่ได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) แล้ว จึงไม่สามารถนำการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการให้ความเห็นชอบในภายหลังมาใช้กับกรณีนี้ได้

3.3.3 ระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

มาตรา 41 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้นกำหนดขอบเขตเรื่องระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเอาไว้ โดยกำหนดให้ ในกรณีที่เป็นกรณีกแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้รับฟังคู่กรณี หรือไม่ได้ขอความเห็นชอบนั้น จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกรณีนั้น ถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็จะต้องมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่มีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของศาลปกครอง แต่ในกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองกรณีที่ไม่ได้มีการยื่นคำขอนั้นจะมีลักษณะแตกต่างออกไป เนื่องจากโดยปกติแล้วในเรื่องการยื่นคำขอนั้นกฎหมายมักจะกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำขอเอาไว้อยู่แล้ว ดังนั้น ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ จึงต้องกระทำก่อนที่ระยะเวลายื่นคำขอจะสิ้นสุด หากพ้นกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำขอแล้ว การแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็จะไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป แต่หากเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดเวลาในการยื่นคำขอการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังสามารถทำได้ก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกรณีนั้น หรือหากเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็จะต้องมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่มีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของศาลปกครองเช่นเดียวกับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีอื่นๆ

นอกจากขอบเขตในเรื่องระยะเวลาที่ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายแล้ว คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่จะแก้ไขเยียวยาความบกพร่องก็จะต้องเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ยังไม่มีผลบังคับผูกพัน เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับผูกพันนั้น แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจจะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวนั้นได้อีก

จึงไม่มีความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่จะต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดขึ้น เพราะผู้รับคำสั่งจะถูกผูกพันให้ต้องกระทำตามคำสั่งนั้นโดยไม่อาจโต้แย้งใดๆ ได้อีก⁴⁰

3.3.4 ผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 นี้ เป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการกระทำผิดกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญซึ่งส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่กระทำการกระบวนการที่บกพร่องเหล่านั้นในภายหลังและเมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวแล้วความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็จะหมดไป คำสั่งทางปกครองนั้นก็จะกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย⁴¹ ดังนั้นในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาตามมาตรานี้แล้ว ก็จะทำได้เพียงโต้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบอื่นที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้เท่านั้น

นอกจากนี้การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ยังเป็นคนละกรณีกับการแก้ไขข้อผิดพลาดหรือผิดพลาดเล็กน้อยตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่มีความผิดพลาดในทางรูปแบบเพียงเล็กน้อยตามมาตรา 43 นั้น ไม่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความบกพร่องในทางรูปแบบที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องเป็นความบกพร่อง

⁴⁰รายละเอียดในเรื่องผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง ดูใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง” วารสารวิชาการเพื่อการพัฒนาวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมานูญ, น. 169 และกมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2544, น.188.)

⁴¹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 170

ในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ⁴² และความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญก็มีเพียงกรณีที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 41 เท่านั้นที่กฎหมายอนุญาตให้มีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องได้ หากเป็นความบกพร่องในทางรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญกรณีอื่น เจ้าหน้าที่ทำได้แต่เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยบกพร่องเหล่านั้น โดยหลังจากที่เจ้าหน้าที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแล้ว เจ้าหน้าที่ประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิมให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย (มาตรา 41 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

3.4 การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองศึกษาเปรียบเทียบเยอรมันและไทย

เนื่องจากการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติขึ้นโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 เป็นต้นแบบ ดังนั้น การศึกษาเปรียบเทียบระหว่างบทบัญญัติในสองมาตราที่กล่าวมานั้น ย่อมทำให้สามารถทำความเข้าใจมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยในการศึกษาเปรียบเทียบนี้จะขอแบ่งหัวข้อออกเป็นสามหัวข้อ ได้แก่ ความบกพร่องที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ ระยะเวลาที่ใช้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง และผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

3.4.1 ความบกพร่องที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้

มาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ของเยอรมันได้บัญญัติถึงความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้เอาไว้ห้าประการด้วยกัน ซึ่งจะต่างกับมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ของไทย ที่ได้บัญญัติเอาไว้เพียงสี่ประการเท่านั้น โดยจะขอพิจารณาเปรียบเทียบดังนี้

ความบกพร่องประการแรกก็คือกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีคำขอจากเอกชนหรือมีการยื่นคำขอแล้วแต่ปรากฏว่าคำขอนั้นไม่สมบูรณ์ ซึ่งความบกพร่องในเรื่องนี้ได้ถูกบัญญัติเอาไว้

⁴² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพ็งอ้าง*, น. 165

ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ของเยอรมันโดยกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “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 บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) โดยใช้ถ้อยคำว่า “การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว” ซึ่งเมื่อพิจารณาถ้อยคำในกฎหมายของทั้งเยอรมันและไทยแล้วจะเห็นได้ว่าถ้อยคำในกฎหมายนั้นไม่ได้มีความแตกต่างกัน โดยเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะริเริ่มออกคำสั่งได้จะต้องมีคำขอจากเอกชนก่อน แต่เจ้าหน้าที่นั้นกลับออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้มีคำขอ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนการออกคำสั่งที่เป็นสาระสำคัญ แต่ความบกพร่องด้วยเหตุดังกล่าวนี้ระบบกฎหมายของเยอรมันและไทยเห็นตรงกันว่าสมควรยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดขึ้นได้โดยการให้ยื่นคำขอมาในภายหลัง ซึ่งเมื่อได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวแล้ว คู่กรณีก็ไม่สามารถยกเอาความบกพร่องที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาไปมาเป็นเหตุในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีก

ความบกพร่องประการที่สองเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีการแสดงเหตุผลหรือมีการแสดงเหตุผลแต่เหตุผลนั้นไม่ครบถ้วน โดยบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (2) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ของเยอรมัน โดยใช้ถ้อยคำว่า “die erforderliche Begründung nachträglich gegeben wird;” (the necessary statement of grounds is subsequently provided) ซึ่งเป็นการบัญญัติถึงคำสั่งทางปกครองทุกประเภทที่กฎหมายกำหนดให้ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง แต่เจ้าหน้าที่ไม่ได้แสดงเหตุผลหรือแสดงเหตุผลไม่ครบถ้วนนั้น สามารถแก้ไขเยียวยาโดยการให้เหตุผลในภายหลังได้ ส่วนของไทยนั้นบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง” การที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บัญญัติเอาไว้ต่างจากรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ของเยอรมันโดยมีการเพิ่มเติมถ้อยคำว่า “การให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคสองจะสามารแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่ โดยในเรื่องนี้มีความเห็นทางวิชาการแบ่งออกเป็นสองแนว แนวที่หนึ่งมีความเห็นว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติให้สามารถแก้ไขเยียวยาได้เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้

เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ดังนั้น หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เหตุผลตามมาตรา 37 วรรคสอง แล้วก็ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้⁴³ ส่วนแนวที่สองนั้นมีความเห็นว่า การที่ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติเอาไว้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่งนั้นย่อมมีความหมายว่า คำสั่งทางปกครองทุกประเภทที่ต้องทำเป็นหนังสือ หรือการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องมีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง หากไม่ได้มีการแสดงเหตุผลดังกล่าวไว้ก็สามารถได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการให้เหตุผลย้อนหลังได้ ส่วนการที่กำหนดให้มีคำสั่งทางปกครองที่ต้องแสดงเหตุผลตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีในมาตรา 37 วรรคสอง ก็เป็นเพียงการกำหนดหน้าที่ในการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนขึ้นว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องระบุนเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้นหรือเอกสารแนบท้ายคำสั่งทางปกครองเท่านั้น⁴⁴ ผู้เขียนมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับความเห็นที่สอง เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 37 วรรคหนึ่งก็ได้บัญญัติเอาไว้เป็นการทั่วไปว่า “คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย” ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือไม่ว่าจะเป็นตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสองก็ตามหากไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองแล้วก็สามารถใช้มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ทั้งสิ้น⁴⁵

ความบกพร่องประการที่สามเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการรับฟังหรือการรับฟังไม่สมบูรณ์ โดยบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ของเยอรมัน โดยใช้ถ้อยคำว่า “die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird;” (the necessary hearing of a participant is subsequently held;) ส่วนของไทยนั้นบัญญัติในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยใช้ถ้อยคำว่า “การรับฟังคู่กรณีที่เป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการ

⁴³พนม เอี่ยมประยูร การแสดงเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง (Motivation) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 29*, น.103 และชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (กรุงเทพมหานคร: จีระรัชการพิมพ์, 2540), น.276.

⁴⁴วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 20*, น.149.

⁴⁵รายละเอียดเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เหตุผลนี้ได้กล่าวไว้อย่างละเอียดเอาไว้ใน หัวข้อที่ 3.3.2.2 การแสดงเหตุผลในภายหลัง

รับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง” การที่มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) ใช้ถ้อยคำว่า “การรับฟังคู่กรณีที่ต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์” ทำให้มีประเด็นน่าพิจารณาว่า หากเป็นกรณีที่ไม่ได้มีการรับฟังคู่กรณีเลยนั้น เจ้าหน้าที่จะสามารถนำมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) มาใช้ในการแก้ไขเยียวยาได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ก็มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันอยู่สองแนว แนวที่หนึ่งเห็นว่าการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องกระทำตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ในการใช้การตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงต้องกระทำโดยเคร่งครัด เมื่อมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติถึงแต่เฉพาะกรณีการรับฟังที่ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ก็แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมีความประสงค์จะให้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแต่เพียงกรณีการรับฟังที่ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์เท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้กับกรณีความบกพร่องที่เกิดจากการไม่ได้รับฟังคู่กรณีเลยได้ ส่วนแนวคิดที่สองนั้นเห็นว่าเจตนารมณ์ของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องก็เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอนแต่ว่าเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความถูกต้องต้องถูกเพิกถอนเพียงเพราะความบกพร่องในทางกระบวนการขั้นตอน แล้วต้องมาเริ่มพิจารณากันใหม่โดยมีเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเช่นเดิม ซึ่งทำให้เกิดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติ ดังนั้นการที่คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องเนื่องจากไม่ได้รับฟังแต่เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองมีความถูกต้องก็น่าจะยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของการไม่ได้รับฟังได้เช่นเดียวกับกรณีของการรับฟังโดยไม่สมบูรณ์และในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ของเยอรมันก็ได้ยอมให้การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่เกิดจากการไม่ได้รับฟังเช่นเดียวกัน⁴⁶

ความบกพร่องประการที่สี่เป็นกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ต้องการความยินยอมหรือต้องการการอนุญาตจากคณะกรรมการ แล้วคณะกรรมการนั้นไม่ได้มาประชุมเพื่อพิจารณาคำสั่งทางปกครองนั้นเลย หรือคณะกรรมการได้มีการประชุมแต่มติที่ออกมานั้น ไม่เป็นมติที่ได้คะแนนเสียงตามที่กฎหมายกำหนด หรือมติที่ออกมานั้นเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (4) แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ของเยอรมันโดยบัญญัติเอาไว้ว่า “der Beschluss eines Ausschusses, dessen Mitwirkung für den Erlass des Verwaltungsaktes erforderlich ist, nachträglich gefasst

⁴⁶รายละเอียดในเรื่องนี้ ดูในหัวข้อที่ 3.3.2.3 การจัดให้มีการรับฟังในภายหลัง

wird;" (the decision of a committee whose collaboration is required in the issuing of the administrative act is subsequently taken;) ซึ่งการแก้ไขเยียวยาในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้ถูกบัญญัติเอาไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่อย่างใด

ความบกพร่องประการที่ห้าเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับการพิจารณาร่วมจากเจ้าหน้าที่หลายองค์หรือนิติบุคคลอื่นในกฎหมายมหาชน นอกเหนือไปจากองค์เจ้าหน้าที่ซึ่งที่มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งไปโดยไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วม กฎหมายจึงกำหนดให้สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วยการให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาในภายหลัง โดยได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) ว่า "die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt wird." (the necessary collaboration of another authority is subsequently obtained.) ส่วนของไทยนั้นบัญญัติในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยใช้ถ้อยคำว่า "คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง" ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายของไทยนั้นบัญญัติเอาแคบกว่ากฎหมายของเยอรมันโดยจำกัดเฉพาะกรณีที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบเท่านั้นจึงจะสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้ แต่หากเป็นกรณีอื่น เช่น การให้คำปรึกษาหารือก็ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้

3.4.2 ระยะเวลาที่ใช้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

เดิมในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองของเยอรมันนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือหากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ การแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองก็จะทำได้ในช่วงก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง แต่ในปัจจุบันมาตรา 45 วรรคสองแห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ ได้มีการแก้ไขในเรื่องระยะเวลาของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเสียใหม่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ส่วนระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองของไทยนั้น เป็นไปตามที่ได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 41 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งก็คือจะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่ได้มีการกำหนดไว้

ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกรณนั้น ถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็จะต้องมีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่มีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

3.4.2 ผลในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

ในมาตรา 45 วรรคหนึ่งแห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ 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) ดังนั้นคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาแล้วก็จะกลับเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ในส่วนของกฎหมายไทยนั้น มาตรา 41 วรรคหนึ่งได้บัญญัติถึงผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์” ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะถ้อยคำในกฎหมายโดยไม่ได้พิจารณาถึงทฤษฎีในเรื่องผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องประกอบกันไปแล้ว ก็อาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยไม่ได้ยื่นคำขอ ไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้รับฟังคู่กรณี หรือไม่ได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นนั้น ถือเป็นความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนที่ไม่เป็นสาระสำคัญและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนนั้นยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องเนื่องจากความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองถือเป็นความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญซึ่งทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁷ เพียงแต่ว่าหากภายหลังเจ้าหน้าที่

⁴⁷รายละเอียดในเรื่องนี้โปรดดูในหัวข้อที่ 3.3 การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว กฎหมายให้ถือว่าความบกพร่องนั้นเป็นอันหมดสิ้นไป คู่กรณีก็ไม่อาจกล่าวอ้างความบกพร่องดังกล่าวขึ้นเพื่อให้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป และในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนซึ่งสามารถแก้ไขเยียวยาได้โดยไม่มีความบกพร่องในทางเนื้อหาหรือกระบวนการขั้นตอนอื่นที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาตามกฎหมายแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นก็จะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย