

ปัญหาของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

4.1 ปัญหาการพิจารณาเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

โดยเหตุที่มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไม่ได้มีการบัญญัติถึงเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง จึงเกิดปัญหาขึ้นมาว่า เจ้าหน้าที่คนใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะขอแยกพิจารณาดังนี้

4.1.1 คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการอุทธรณ์

เนื่องจากในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติเอาไว้ว่า “ ในกรณีที่มิมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือไม่มีการสั่งการภายในระยะเวลาอันสมควรหรือภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด” ประกอบกับการที่มาตรา 44 - 49 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้กำหนดวิธีการขั้นตอนสำหรับอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเอาไว้ ศาลปกครองจึงถือว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายภายในฝ่ายปกครองกรณีทั่วไป ดังนั้นแม้กฎหมายเฉพาะจะไม่ได้กำหนดการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายภายในฝ่ายปกครองเอาไว้เป็นการเฉพาะ ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็ต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ก่อน จึงจะฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองไปยังศาลปกครองได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของไทยในปัจจุบันเป็นระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองไปแล้วปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบ ซึ่งสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ และเป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการอุทธรณ์แล้วจะต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวนี้ก่อนสิ้นสุด

ระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ โดยการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่คนใดที่จะมีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการอุทธรณ์นั้นสามารถแบ่งการพิจารณาได้ดังนี้

4.1.1.1 ขั้นตอนก่อนที่จะมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ก่อนที่จะมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไปนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอน และความบกพร่องนั้นสามารถแก้ไขเยียวยาได้ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) - (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีอำนาจที่จะแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ โดยการทำการกระบวนการขั้นตอนที่บกพร่องนั้นเสียใหม่ในภายหลัง และเมื่อได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวแล้ว ความบกพร่องนั้นก็ถือว่าเป็นอันหมดสิ้นไป คู่กรณีไม่สามารถยกเอาความบกพร่องดังกล่าวขึ้นมาโต้แย้งว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อีก

4.1.1.2 ขั้นตอนหลังจากที่มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ในกรณีที่มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองและคำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ในระหว่างพิจารณาอุทธรณ์ การพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่คนใดที่จะมีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความซับซ้อนอย่างยิ่ง โดยสามารถแบ่งการพิจารณาได้ดังนี้

ก. กรณีที่เป็นการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นระบบการอุทธรณ์สองชั้น โดยกฎหมายกำหนดให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นคำอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว¹ โดยในชั้นแรกเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองจะเป็นผู้พิจารณาคำอุทธรณ์ก่อน ซึ่งในชั้นตอนนี้หากเจ้าหน้าที่พบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอน และความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้นได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ

¹ มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีความหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

ราชการทางปกครองฯ แล้ว เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองก็มีอำนาจที่จะแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ หากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ กฎหมายกำหนดให้รายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์² โดยจะเข้าสู่การพิจารณาอุทธรณ์ในชั้นที่สอง ซึ่งเป็นการพิจารณาอุทธรณ์โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ ทั้งนี้มาตรา 45 วรรคสามกำหนดว่า เจ้าหน้าที่ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคสองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ในปัจจุบันได้มีกฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) กำหนดผู้พิจารณาอุทธรณ์เอาไว้ ซึ่งอาจจำแนกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน คือ ผู้บังคับบัญชา และผู้กำกับดูแล

ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาเป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบ และเป็นกรณีที่สามแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งจะขอแบ่งการพิจารณาออกดังนี้

กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการยื่นคำขอตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการรับฟังตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3)

²มาตรา 45 ให้เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง พิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าวด้วย

ถ้าเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง ไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ตนได้รับรายงาน ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดเวลาดังกล่าว ในกรณีนี้ ให้ขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เจ้าหน้าที่ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคสองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ใช้กับกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบ ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง แทนเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้ หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็ได้เช่นกัน

กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผล หรือให้เหตุผลไม่ครบถ้วนนั้น นักวิชาการชาวเยอรมันมีความเห็นว่า การให้เหตุผลในภายหลังนี้ไม่จำเป็นต้องทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่อาจทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถพิจารณาได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของดุลพินิจ³ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นต่างออกไปเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นผู้เดียวที่ทราบถึงเหตุผลที่แท้จริงในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้น การจัดให้มีเหตุผลในภายหลังควรจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ประสงค์ที่จะให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ต้องออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้นแจ้งเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองไปยังผู้อุทธรณ์ หรือหากผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่ประสงค์ที่จะให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้นแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยอาศัยเหตุผลว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้มีการจัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง

สำหรับในกรณีของผู้กำกับดูแลที่กฎกระทรวงฯ กำหนดให้เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบ และเป็นกรณีที่สามารแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะขอแบ่งการพิจารณาออกดังนี้

กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการยื่นคำขอ ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบ ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้

³Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, (Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns, 4 Aufl, 1995), pp. 559 – 581.

กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งเป็นเรื่องการรับฟังในภายหลังนั้นมีประเด็นน่าพิจารณาอยู่ว่าผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่ เนื่องจากการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังจะต้องไม่ใช่การรับฟังในทางรูปแบบเท่านั้น แต่ผลของการรับฟังยังต้องมีผลกับการตัดสินใจในเนื้อหาคำสั่งทางปกครองใหม่อีกครั้ง⁴ ซึ่งหมายความว่าเมื่อมีการรับฟังในภายหลังแล้วเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้รับฟังในภายหลังนั้นจะต้องนำข้อเท็จจริงที่ได้จากการรับฟังนั้นมาพิจารณา หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจ การพิจารณาดังกล่าวย่อมครอบคลุมไปถึงปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครองด้วย และหากเจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่าจะไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองก็ถือว่าได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังภายหลังแล้ว แต่หากเจ้าหน้าที่รับฟังแล้วตัดสินใจจะเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเสียใหม่ เจ้าหน้าที่ที่ไม่สามารถที่จะอาศัยมาตรา 41 ในการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองได้ เนื่องจากไม่ใช่กรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง แต่สามารถใช้อำนาจของผู้พิจารณาอุทธรณ์ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นไปตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง⁵ ปัญหาจึงมีอยู่ว่าผู้กำกับดูแลในฐานะของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะมีอำนาจพิจารณาทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมได้หรือไม่

แม้ในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ก็ยังมี

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

⁵ มาตรา 46 ในการพิจารณาอุทธรณ์ ให้เจ้าหน้าที่พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระหรือลดภาระหรือใช้ดุลพินิจแทนในเรื่องความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครองหรือมีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขอย่างไรก็ได้

ปัญหาถกเถียงกันอยู่ว่าผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะมีอำนาจพิจารณาความเหมาะสมของดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครองได้หรือไม่ โดยมีความเห็นทางวิชาการแบ่งออกเป็นสองแนวทาง⁶

แนวความคิดที่หนึ่งเห็นว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 แล้ว ผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น มีอำนาจพิจารณาความเหมาะสมของดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครองได้ และการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เช่นนี้ย่อมขัดกับหลักความเป็นอิสระของท้องถิ่นซึ่งเป็นการปกครองตามหลักการกระจายอำนาจ

แนวความเห็นที่สองเห็นว่า แม้บทบัญญัติตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ประกอบกับ กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 จะบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจก็ตาม แต่อำนาจกำกับดูแลนั้นเป็นอำนาจเฉพาะเรื่องและเฉพาะพื้นที่ตามพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้กับกรณีนี้ได้ ดังนั้น ผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จึงมีอำนาจพิจารณาเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

เมื่อพิจารณาความเห็นทางวิชาการทั้งสองแนวทางแล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งสองแนวทางนั้นก็วางอยู่บนแนวความคิดเดียวกันนั่นก็คือ ผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ควรจะมีอำนาจพิจารณาเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ดังนั้นหากเป็นการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังนั้น และเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ในชั้นต้นนั้นมีดุลพินิจ ผู้กำกับดูแลในฐานะของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังได้เอง แต่จะต้องมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้นแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการรับฟังในภายหลัง และในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่งก็ถือว่าเป็นกรณีที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังภายหลังแล้ว แต่หากผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็น

⁶ประเวศ อรรถศุภผล, “ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) น.96.

ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่ประสงค์ที่จะมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้นแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง ผู้กำกับดูแลในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นโดยอาศัยเหตุผลว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอน⁷

นอกจากนี้ในกรณีที่เป็นความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผลหรือให้เหตุผลไม่ครบถ้วนตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการแก้ไขเยียวยาโดยการให้เหตุผลในภายหลังจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นผู้เดียวที่ทราบถึงเหตุผลที่แท้จริงในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้น ผู้กำกับดูแลในฐานะผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จึงไม่มีอำนาจในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ได้เช่นกัน

ข. กรณีที่เป็นการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ

การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะโดยหลักแล้วจะเป็นการกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อองค์กรอื่น โดยอาจจำแนกผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้เป็นสามประเภทด้วยกัน ได้แก่ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชา กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้กำกับดูแล และกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อคณะกรรมการภายในฝ่ายปกครอง

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชา เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นสามารถพิจารณาทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจ ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์พบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนและเป็นกรณีที่สามารแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ หรือผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นเป็นผู้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งก็ได้เช่นกัน ยกเว้นในกรณีที่เป็นการความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผลหรือให้เหตุผลไม่ครบถ้วนที่การแก้ไขเยียวยาโดยการให้เหตุผลในภายหลังนั้นจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจาก

⁷ Wolff / Decker, *supra* note 4, p. 663-670 .

เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมเป็นผู้เดียวที่ทราบถึงเหตุผลที่แท้จริงในการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ดังนั้นหากเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ประสงค์ที่จะให้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ก็จะต้องออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้น เป็นผู้แจ้งเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง หรือหากผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่ประสงค์ที่จะมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองในชั้นต้นนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นโดยอาศัยเหตุผลว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่ได้มีการให้เหตุผลได้ ตัวอย่างของกฎหมายที่กำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชา เช่น มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ประกอบการกิจการโรงงานอุทธรณ์คำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือของปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมมอบหมายต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบคำสั่ง

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้กำกับดูแล เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นก็มีอำนาจพิจารณาเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงส่งผลให้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) และ(4) ได้เท่านั้น หากเป็นกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 41 (2)) แล้วไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้^๑ ส่วนในกรณีของมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) นั้น หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ในชั้นต้นมีดุลพินิจที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้

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

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อคณะกรรมการภายในฝ่ายปกครองนั้น จะต้องพิจารณาว่า กฎหมายเฉพาะนั้นกำหนดให้ คณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจเพียงใด หากกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม คณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

^๑รายละเอียดในเรื่องนี้ ดู หัวข้อที่ 4.1.1.2

ได้ในลักษณะเดียวกับผู้บังคับบัญชา แต่หากกฎหมายเฉพาะนั้นกำหนดให้คณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายแล้วคณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ก็สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้ในลักษณะเดียวกับผู้กำกับดูแล

ในประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังในภายหลังโดยคณะกรรมการในฐานะผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น ปราบกฏว่าได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองวินิจฉัยเอาไว้ใน บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องการแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ดำเนินการไปโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง เรื่องเสร็จที่ 75/2549 ว่าการที่คณะกรรมการสอบสวนไม่ได้ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาในการที่จะให้ถ้อยคำและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา ตาม ข้อ 15 ของกฎ ก.พ.ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) นั้น คณะกรรมการผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถสั่งให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการให้ถูกต้องตามข้อ 36 ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนได้มีหนังสือที่ พ.ช. 0429/1452 ลงวันที่ 11 เมษายน 2548 แจ้งให้พันตำรวจโทโกคินฯ ไปพบเพื่อให้การแก้ข้อกล่าวหาและนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างข้อกล่าวหาตามมติของคณะกรรมการสอบสวนเพื่อทำการชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา ถือได้ว่าพันตำรวจโทโกคินฯได้รับทราบข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาแล้ว และไม่ประสงค์ที่จะแก้ข้อกล่าวหา จึงเป็นกรณีที่ได้มีการดำเนินการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งลงโทษโดยการจัดให้มีการรับฟังและให้โอกาสคู่กรณีได้แย้ง แสดงพยานหลักฐานของตนอันเป็นการดำเนินการตามที่มาตรา 30 ประกอบกับ มาตรา 41(3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติไว้ ดังนั้น คำสั่งลงโทษดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

4.1.2 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี⁹ และคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการ¹⁰ ไม่จำเป็นต้องมีการอุทธรณ์ก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง ดังนั้นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง โดยในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์นี้กฎหมายกำหนดให้ต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะมีการนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครอง ซึ่งจะแตกต่างกับกรณีที่คำสั่งทางปกครองซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์¹¹

4.2 ปัญหาการพิจารณาผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง

หลังจากที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปก็คือว่า การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แต่เดิมนั้นมีผลอย่างไรในระบบกฎหมาย ซึ่งเมื่อได้ศึกษาคำอธิบายในทางวิชาการของไทย¹² และเยอรมัน¹³ ก็มีความเห็นตรงกันว่า ความบกพร่องใน

⁹ มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

¹⁰ มาตรา 48 คำสั่งทางปกครองของบรรดาคณะกรรมการต่างๆ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือไม่ ให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้น แต่ถ้าคณะกรรมการดังกล่าวเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท สิทธิการอุทธรณ์และกำหนดเวลาอุทธรณ์ให้เป็นไปตามที่บัญญัติในกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา

¹¹ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2549), น. 170.

¹³ Ule / Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, *supra note 3*, pp. 559 – 581. ประกอบกับ Wolff / Decker, *supra note 4*, pp. 663-670 .

กระบวนการที่กฎหมายยอมให้มีการแก้ไขเยียวยาได้นั้นเป็นความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญซึ่งทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากภายหลังเจ้าหน้าที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ผลที่เกิดขึ้นก็คือ ความบกพร่องนั้นเป็นอันหมดสิ้นไป คู่กรณีก็ไม่อาจกล่าวอ้างความบกพร่องดังกล่าวขึ้นเพื่อให้อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้อีกต่อไป และในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนซึ่งสามารถแก้ไขเยียวยาได้โดยไม่มี ความบกพร่องในทางเนื้อหาหรือกระบวนการขั้นตอนอื่นที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาตามกฎหมายแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นก็กลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กฎหมายได้ใช้ถ้อยคำว่า“คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์” การที่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า“คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์” หากพิจารณาเฉพาะตัวถ้อยคำแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่ได้พิจารณาประกอบกับทฤษฎีเกี่ยวกับความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้วก็อาจทำให้ได้ความหมายไม่ชัดเจนว่า เมื่อคำสั่งทางกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์แล้วจะมีผลอย่างไรในทางกฎหมาย เพราะคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์นั้นก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการระบุระยะเวลาในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ แต่ก็ยังถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความไม่ชัดเจนดังกล่าวนี้ส่งผลให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนถึงผลในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ทั้งในคำอธิบายทางวิชาการ เช่น ในกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องที่ไม่ได้มีการให้เหตุผล ก็มีคำอธิบายถึงผลของการไม่ได้ให้เหตุผลนั้นเอาไว้ว่า “การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง ก็จะไม่ส่งผลทำให้คำสั่งทางปกครองเสียไปมีผลเพียงเป็นทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์และอาจมีสถานะสมบูรณ์ขึ้นได้ในภายหลัง”¹⁴ หรือในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่เกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น บันทึกรายการคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง คำสั่งเพิ่มโทษที่ไม่ได้จัดให้มีเหตุผลประกอบ

¹⁴พนม เอี่ยมประยูร, “การแสดงผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง (Motivation) ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539”, รวมบทความกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541), น.103.

คำสั่ง เรื่องเสรีจที่ 554/2547 โดยวินิจฉัยเอาไว้ว่า “แม้คำสั่งสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติที่ 264/2544 จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 101 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 โดยไม่ได้จัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งครบถ้วนในขณะที่ออกคำสั่งก็ตาม แต่ก็ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งนั้นไม่สมบูรณ์ โดยสามารถนำมาตรา 41(2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่จัดให้มีเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในภายหลังมาใช้บังคับได้” ปัญหาดังกล่าวนี้เป็นปัญหาที่เกิดจากถ้อยคำในการบัญญัติกฎหมายดังนั้นจึงสมควรที่จะได้มีการแก้ไขถ้อยคำที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 41 นี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

นอกจากประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดถ้อยคำที่จะอธิบายถึงผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ประเด็นในทางกฎหมายที่เป็นที่ถกเถียงกันในทางวิชาการเกี่ยวกับผลของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองก็คือหลังจากที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้วนั้น ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นจะถือว่าหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่เมื่อใด ความเห็นในทางวิชาการแบ่งออกเป็นสองแนวทาง ดังนี้ แนวความคิดที่หนึ่งเห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นจะถือว่าหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครอง แนวความคิดที่สอง เห็นว่า เมื่อได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองแล้ว ความบกพร่องที่เกิดขึ้นนั้นจะถือว่าหมดไปและคำสั่งทางปกครองนั้นจะกลับมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่วันที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้น ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับแนวความคิดที่สอง โดยเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนับแต่วันที่ได้มีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง โดยก่อนหน้าที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะได้รับการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องแม้เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้รับคำสั่งที่ได้รับความเสียหายอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้

4.3 ปัญหาการเทียบเคียงมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไปใช้กับ ความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนอื่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้

การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นั้น กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถเยียวยาได้เฉพาะกรณีของความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบของการทำคำสั่งทางปกครอง และทำได้เท่าที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เพียงสี่ประการเท่านั้น ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้ยื่นคำขอ กรณีเจ้าหน้าที่ไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง กรณีที่เจ้าหน้าที่รับฟังไม่สมบูรณ์ และประการสุดท้ายก็คือกรณีที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง ปัญหาที่มีว่าในกรณีของการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 นี้ จะสามารถเทียบเคียงไปใช้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องทางกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบอื่นที่มีความใกล้เคียงกับเหตุในการเยียวยาที่กฎหมายกำหนดไว้ได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น จะสามารถเทียบเคียงบทบัญญัติในมาตรา 41 วรรคแรก (1) ซึ่งให้เจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เอกชนไม่ได้ยื่นคำขอ โดยให้เอกชนยื่นคำขอในภายหลังได้ มาเทียบเคียงใช้กับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่จะออกได้ต้องมีคำเสนอแนะจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน แต่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่มีคำเสนอแนะนั้น หรือจะสามารถเทียบเคียงบทบัญญัติในมาตรา 41 วรรคแรก (4) ซึ่งให้เจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบ มาใช้กับความบกพร่องที่เกิดจากการไม่ได้ปรึกษาหารือได้หรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาปัญหาในข้อนี้เน้นในทางตำราของไทย และจากคำวินิจฉัยของศาลก็ยังไม่พบว่ามีการกล่าวถึงประเด็นปัญหาในเรื่องนี้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ไม่ต้องกระทำตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นในการใช้การตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงต้องกระทำโดยเคร่งครัด เจ้าหน้าที่จึงไม่สามารถนำไปปรับใช้กับกรณีของความบกพร่องในกระบวนการขั้นตอนอื่นที่ไม่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้