

บทที่ 3

หลักกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เพราะเหตุผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกไปโดยมีข้อบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นมีความแตกต่างกันในแต่ละระบบกฎหมายโดยที่การตรวจสอบความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ ในประเทศไทยนั้น ได้มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายกลางในการกำหนดมาตรฐานในการจัดทำคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของประเทศเยอรมนีส่วนการตรวจสอบข้อบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการในชั้นศาลปกครองนั้น ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส โดยทั้งสองประเทศ เป็นระบบศาลคู่ กล่าวคือมีองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยคดีปกครองโดยเฉพาะแยกออกจากการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ส่วนการการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบศาลเดี่ยวหรือระบบที่มีศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดีทุกประเภทโดยมิได้มีการแยกพิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะนั้น ได้มีหลักเกณฑ์การพิจารณาของศาลในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการเช่นกันจึงควรศึกษาถึงแนวคิดของแต่ละประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบและนำมาปรับใช้ในประเทศไทยตามความเหมาะสมต่อไป

3.1 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการในประเทศฝรั่งเศส

ข้อแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายไทยและกฎหมายฝรั่งเศสประการสำคัญ คือ การที่ฝรั่งเศสมีได้มีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการออกคำสั่งทางปกครอง โดยประเทศไทยมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบ และขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองไว้บางประการ และในกรณีฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องหรือไม่ปฏิบัติตามเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในกฎหมายไทยได้กำหนดเรื่องในการแก้ไขเยียวยาไว้อย่างชัดเจนหากฝ่ายปกครองได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาในรูปแบบหรือขั้นตอนที่บกพร่องนั้นแล้วคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมกลายเป็นคำสั่งทางปกครอง

ที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นมิได้มีกฎหมายกลางที่วางหลักเกณฑ์เรื่องการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองในชั้นภายในฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจนโดยเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ สภาแห่งรัฐจึงมีอำนาจพิจารณาตามเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ ซึ่งต้องพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ เป็นหลัก

ในประเทศฝรั่งเศสมีการจัดองค์กรบริหารราชการแผ่นดินในหลายลักษณะ เป็นไปตามหลักการรวมอำนาจและหลักกระจายอำนาจ โดยองค์กรบริหารราชการส่วนกลาง แบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ องค์กรที่มีอำนาจทั่วไปทางปกครอง หน่วยงานด้านการอำนวยความสะดวก และองค์กรที่ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ มีหน้าที่เพียงให้ความเห็นในโครงการต่างๆ นอกจากนี้ยังมีองค์กรที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชา ได้แก่ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (les autorités administratives indépendantes) เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระจากรัฐบาลและอำนาจบังคับบัญชา มีอำนาจหลากหลายลักษณะ เช่น อำนาจในการให้ความเห็น อำนาจในการออกคำสั่งต่างๆ อำนาจในการแนะนำ ลงโทษหรือวางกฎเกณฑ์ต่างๆ แม้ไม่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรี¹ แต่ยังคงเป็นองค์กรปกครอง (l'autorités administrative) คำสั่งขององค์กรดังกล่าวถือเป็นคำสั่งทางปกครอง² และองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ใช้คำว่า l'organisation des pouvoirs publics เช่น คณะกรรมการตุลาการ ศาลอาญาแห่งสาธารณรัฐ และสภาเศรษฐกิจสังคม เป็นต้น โดยองค์กรเหล่านี้จัดตั้งนอกเหนือจากองค์กรของรัฐตามโครงสร้างปกติ ถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรเหล่านี้ต่างก็มีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ที่ออกมาขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ³

องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศสมีได้มีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ทำให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศส เป็นการใช้อำนาจทางปกครองและอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองทุกกรณี แต่ถ้าเป็นกรณีการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เช่น การใช้อำนาจของคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจอ้างกล่าวไม่มี

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์.(2551). หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. น. 31-32.

² วิษณุ วรัญญู. (2538). องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ. รายงานวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปเมืองไทย. น. 27-29.

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2544). วิธีพิจารณาศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. น. 89.

ลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาได้ ซึ่งเป็นตามหลักที่ว่า การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้⁴

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้วางแนวทางคำฟ้องคดีปกครองไว้ 2 ประเภทได้แก่

ประเภทแรก คำฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง (recours pour excès de pouvoir) หรือคำฟ้องกรณีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจะมีอำนาจอย่างจำกัดอยู่เพียงการวินิจฉัยเพิกถอน

ประเภทที่สอง คำฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de pleine juridiction) การฟ้องในกรณีนี้ศาลไม่ได้มีอำนาจจำกัดเพียงแค่เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ศาลยังมีอำนาจตรวจทั้งข้อเท็จจริงข้อกฎหมายอย่างเต็มที่มิได้ผูกพันเพียงแค่คำฟ้องเท่านั้น คำฟ้องในประเภทนี้มุ่งผลในทางเยียวยาความเสียหายในลักษณะเรียกให้ฝ่ายปกครองชดเชยเงินเป็นหลัก ซึ่งการพิจารณาแยกคำฟ้องเพิกถอนมาตรการที่มุ่งผลในทางกฎหมายปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง (recours pour excès de pouvoir) ออกจากคำฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็ม (recours de pleine juridiction) นั้น ให้พิจารณาจากคำขอท้ายฟ้องของโจทก์ จะเป็นคำฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็มได้ก็ต่อเมื่อโจทก์ไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะขอให้ศาลเพิกถอนมาตรการที่มุ่งผลในทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครอง (acte administratif) เท่านั้น ในกรณีที่โจทก์ไม่แน่ใจว่าตนควรฟ้องคดีโดยอาศัยคำฟ้องประเภทใด สภาแห่งรัฐได้วางแนวคำวินิจฉัยให้โจทก์มีโอกาสเลือกประเภทคำฟ้อง เช่น กรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ชำระเงิน โจทก์อาจจะฟ้องโดยอาศัยrecours pour excès de pouvoir ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธไม่จ่ายเงินดังกล่าว หรืออาจจะฟ้องโดยอาศัยrecours de pleine juridiction ขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้องค์กรฝ่ายปกครองชำระเงินก็ได้⁵

คำฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง (recours pour excès de pouvoir) หรือคำฟ้องกรณีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง นี้มีความสำคัญอย่างมาก ซึ่งเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้สร้างหลักกฎหมายในเรื่องของคำสั่งทางปกครอง กฎ ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องคดี ตลอดจนขอบเขตการควบคุมของศาลปกครอง⁶ โดยคำฟ้องประเภทนี้ระบบ

⁴ วรณกร บานชื่น.(2553).ปัญหาข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง:ศึกษากรณีการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2554, มิถุนายน). ประเภทของคำฟ้องคดีปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์. น. 281.

⁶ ปิยนุตร แสงกนกกุล. (2556). กฎหมายปกครองของประเทศยุโรป. น. 175.

กฎหมายฝรั่งเศสเป็นกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินไปในลักษณะ “ภาวะวิสัย” เป็นสำคัญ หมายความว่าวิธีพิจารณาคดีปกครองสำหรับคำฟ้องประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก คดีประเภทนี้จึงไม่ใช่คดีพิพาทกันระหว่างคู่ความ แต่เป็นคดีที่มุ่งพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการทางกฎหมายของฝ่ายปกครองด้วยเหตุนี้อำนาจคำฟ้องประเภทนี้จึงครอบคลุมค่อนข้างกว้างขวาง ผู้ที่มีสิทธินำคดีมาฟ้องเพื่อให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่จำเป็นที่จะต้องถูกกระทบสิทธิจากการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เพียงแต่ประโยชน์ (intérêt) ของตนถูกกระทบก็เพียงพอแล้วที่จะถือว่าบุคคลผู้นั้นมีอำนาจฟ้องคดี⁷

ทั้งนี้ศาลปกครองจะเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองตามคำฟ้องประเภทนี้ได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งศาลปกครองจะต้องตรวจสอบตามเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง หรือ cas d'ouverture ดังที่ได้กล่าวรายละเอียดไว้ในบทที่ 2 ทั้งนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ (le vice de forme) และนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) ต่างก็เป็นเหตุที่ศาลปกครองสามารถตรวจสอบและหยิบยกขึ้นมาเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

ปัจจุบันศาลปกครองฝรั่งเศสแบ่งแยกการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบ (forme) ออกจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องตาม “ขั้นตอนหรือวิธีการ” (procédure) โดยพิจารณาจากผลของการกระทำทั้งสองลักษณะ กล่าวคือ กรณีกระทำไปโดยไม่ถูกต้องตาม “ขั้นตอน” ซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบต่อกระบวนการในการพิจารณาและออกนิติกรรมทางปกครอง และโดยทั่วไปศาลจะเพิกถอนนิติกรรมนั้น ด้วยเหตุผลที่ว่า ตามหลักทั่วไปขั้นตอนนั้นมีเพื่อให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยไม่ขัดแย้งกับการดำเนินการทางปกครอง ส่วนกรณีกระทำไม่ถูกต้องตามแบบนั้น เป็นเพียงเรื่องกำหนดรูปแบบภายนอกของนิติกรรมที่ออกมา ฉะนั้น แบบจึงเป็นเพียงภาชนะบรรจุมิใช่ตัวเนื้อหาของนิติกรรม โดยทั่วไปศาลจะไม่ถือว่าการกระทำโดยผิดแบบนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะไม่เพิกถอนแต่จะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปว่าเป็นแบบที่สำคัญ (substantiel) หรือไม่ ถ้าเป็นสาระสำคัญศาลจึงจะเพิกถอนนิติกรรมนั้น ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่า แม้คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat บางเรื่อง Conseil d'Etat ใช้คำว่า “ไม่ถูกต้องตามแบบ” (vice de forme) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ “ไม่ถูกต้องตามขั้นตอน” (vice de procédure)

⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, เล่มเดิม.น. 267.

ก็ตาม แต่ในเหตุผลที่ให้ไว้ในคำวินิจฉัยจะแสดงว่าเพิกถอนการกระทำนั้นเพราะไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ชอบด้วยกฎหมาย⁸ โดยเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการถือเป็นเรื่องสาระสำคัญเสมอ⁹

ทั้งนี้ ในการพิจารณาเหตุเพิกถอนกรณีนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ในประเทศฝรั่งเศสได้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำความผิดกล่าวควรเพิกถอนหรือไม่ ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาหลายประการ¹⁰ ดังนี้

ประการแรก เกณฑ์ว่าด้วยความสำคัญอย่างยิ่งของรูปแบบจากเกณฑ์ที่แยกแยะระหว่างรูปแบบสำคัญ (fomalités substantielles) ซึ่งหากไม่ได้ทำหรือทำผิดรูปแบบโดยปกติจะทำให้การกระทำนั้นถูกเพิกถอนประการหนึ่ง และรูปแบบเสริม (fomalités accessoires)

ประการที่สอง วัตถุประสงค์ของรูปแบบถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อให้หลักประกันอันเป็นประโยชน์ต่อประชาชน ประชาชนย่อมกล่าวอ้างการผิดรูปแบบนี้ได้ แต่ประชาชนย่อมไม่อาจยกคำกล่าวอ้างรูปแบบที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองเองแต่อย่างใด

ประการที่สาม ผลอันอาจเกิดขึ้นได้จากรูปแบบ กล่าวคือ ต้องดูว่าหากผิดรูปแบบขั้นตอนนั้นอาจมีผลเปลี่ยนแปลงแนวคำตัดสินของฝ่ายปกครอง การไม่ทำตามรูปแบบนั้นก็ถือว่าเป็นการทำผิดรูปแบบขั้นตอนที่สำคัญ

ประการที่สี่ ดูพฤติการณ์แห่งข้อเท็จจริงที่ประกอบหรือที่เกิดขึ้นภายหลังจากการก่อนิติกรรมทางปกครองนั้นๆ การทำผิดรูปแบบขั้นตอนอาจไม่มีผลใดในบางสถานการณ์ กล่าวคือกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนซึ่งต้องเป็นสถานการณ์พิเศษที่ทำให้การกระทำตามแบบพิธีเป็นไปได้ยาก หรืออาจเป็นกรณีที่การไม่อาจทำตามแบบพิธีได้นั้น เนื่องจากการกระทำของประชาชนเอง เช่น กรณีที่ประชาชนละเว้นไม่ระบุที่อยู่ ทำให้ฝ่ายปกครองส่งจดหมายแจ้งเหตุไปไม่ได้ พ้ายที่สุดการทำแบบพิธีนั้นอาจทำให้สมบูรณ์ภายหลังได้ในบางสถานการณ์ ในส่วนนี้ต่างจากกรณีที่การกระทำทางปกครองทำไปโดยไม่อำนาจ

โดยในการอธิบายเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะแยกอธิบายในเรื่องรูปแบบ และขั้นตอนหรือวิธีการออกจากกัน

⁸ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์*. น. 263.

⁹ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2556). คำบรรยายหัวข้อ *คดีปกครองเกี่ยวกับการเพิกถอนกฎ คำสั่งและสั่งห้ามกระทำการ*. หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับกลาง รุ่นที่ 16.

¹⁰ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). *รายงานการวิจัย เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. น. 245.

3.1.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการของนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

1) กรณีนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยผิดแบบ(vicedeforme)

แบบในการจัดทำนิติกรรมทางปกครองนั้นอาจมีได้หลากหลายรูปแบบ และอาจจะกำหนดโดยกฎหมายในลำดับต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ กฎ ข้อบังคับ ของฝ่ายบริหารหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ ซึ่งในกรณีหลังศาลปกครองได้นำมาอ้างบ่อยครั้งในคำวินิจฉัยต่างๆ อย่างไรก็ดี การที่ศาลจะเพิกถอนการกระทำที่ไม่ต้องตามแบบนั้น ศาลจะดูว่าการไม่ทำตามแบบนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่ได้รับการรับรองไว้หรือไม่ ถ้าไม่กระทบศาลจะไม่เพิกถอน เว้นแต่ว่ากฎหมายจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าถ้าไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบแล้ว การกระทำนั้นเป็นอันใช้ไม่ได้

แนวคำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat ได้แยกลักษณะของ “แบบ” ออกเป็น 2 ประเภท คือแบบที่เป็นสาระสำคัญ(formalité substantielle) และแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ (formalité non substantielle) การไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่Conseil d'Etat เพิกถอน¹¹

กรณีต่างๆ ของการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบ¹²มีดังนี้

กรณีการทำเป็นหนังสือ นิติกรรมทางปกครองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไปหรือไม่ ศาลปกครองถือว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าต้องทำเป็นหนังสือย่อมทำได้ด้วยวาจาได้ ดังนั้น การไม่ทำเป็นหนังสือจึงไม่เป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีการลงนามของผู้ออกคำสั่ง ถือเป็นแบบของนิติกรรม เพราะมีความจำเป็นที่จะต้องให้ผู้ลงนามเพื่อตรวจสอบหลักเรื่องความสามารถของผู้ออกคำสั่ง การลงนามกำกับ หรือรับสนองพระบรมราชโองการ ก็เป็นแบบเช่นเดียวกัน

กรณีการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง (motivation) เราจะพบว่าสำหรับการกระทำที่เป็นลักษณะชี้ขาดข้อพิพาทหรือที่เราเรียกว่าคำตัดสิน คำพิพากษา คำวินิจฉัย นั้น จะต้องมีการให้เหตุผลในคำตัดสินชี้ขาดเสมอ ถือเป็นหลักทั่วไป แต่สำหรับการกระทำทางปกครองแล้ว Conseil d'Etat ถือว่าฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องแสดงเหตุผลไว้ ดังนั้น การไม่ให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองต่างๆ จึงไม่ทำให้การกระทำนั้นๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติบังคับให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลในคำสั่ง

¹¹ C.E., 1 juil.1946, Syndicat de l'association de vidange d'Arles อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545,มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์*. น. 263.

¹² ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น. 264-265.

ทางปกครอง ดังเช่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของไทย¹³

การให้เหตุผลจึงเป็นข้อยกเว้นตามกฎหมายเฉพาะในแต่ละเรื่องเท่านั้นเช่น

กรณีแรก ตามรัฐธรรมนูญหมายเลข 79 -487 ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 1979 บัญญัติให้การออกคำสั่งทางปกครอง โดยองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่ง ต้องให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองนั้น ส่วนคำสั่งทางปกครองที่เป็นประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ไม่มีกฎหมายฉบับใดบังคับให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองนั้น ถึงแม้ว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจทำให้เกิดผลร้ายหรือสร้างภาระแก่บุคคลที่สามก็ตาม¹⁴

กรณีที่สอง สภาพขององค์กรที่มีคำสั่งบังคับให้ต้องแสดงเหตุผล กล่าวคือ เป็นกรณีที่สภาพองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้น ทำให้องค์กรนั้นต้องแสดงเหตุผลในคำสั่งทางปกครอง เช่น สภาวิชาชีพทั้งหลายที่กฎหมายได้มอบอำนาจมหาชนให้ การที่กล่าวว่า สภาพองค์กรทำให้องค์กรต้องแสดงเหตุผลในมติหรือการตัดสินใจก็เพราะองค์กรประเภทที่ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐบางองค์กรอาจไม่มีระบบการจัดเก็บเอกสาร และเจ้าหน้าที่ฝ่ายธุรการ หรือมีแต่อาจไม่เพียงพอหากไม่มีการแสดงเหตุผลไว้ในมติหรือการตัดสินใจต่างๆ ก็ยากแก่การตรวจสอบของศาลและผู้มีส่วนได้เสีย¹⁵

กรณีที่สาม มีกรณีพิเศษเกี่ยวกับคำสั่งลงโทษทางวินัย ซึ่งโดยหลักแล้วไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลในคำสั่ง ทั้งนี้เพราะข้าราชการได้รับหลักประกันที่ดีอยู่แล้ว และ Conseil d'Etat เองก็ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอย่างเคร่งครัด แต่มีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องแสดงเหตุผล เช่น การลงโทษในลักษณะของการว่ากล่าวตักเตือน หรือการดำนิโทษที่ต้องแสดงเหตุผล เพราะการลงโทษสถานเบาดังกล่าวข้าราชการไม่ได้รับหลักประกันในเรื่องการส่งเพิ่มประวัติเอกสารต่างๆ ไปให้¹⁶ อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาในช่วง 30 ปี หลังนี้ กฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญแก่ข้าราชการยิ่งขึ้น โดยวางหลักว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยต้องแสดงเหตุผลทั้งสิ้น ถ้าเป็นกรณีเกี่ยวกับข้าราชการที่อยู่ภายใต้สถานะทั่วไปตามกฎหมายข้าราชการ

กรณีที่สี่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองว่าด้วยการพัฒนาความสัมพันธ์ของหน่วยงานทางปกครอง และรัฐไม่ได้รับหลักเรื่องการให้เหตุผลเพียงแต่ขยายการบังคับการให้เหตุผลซึ่งส่วนใหญ่จะให้เหตุผลจากคำสั่งที่เป็นการจำกัดเสรีภาพสาธารณะ คำสั่งที่

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. น.275.

¹⁴ แหล่งเดิม.น. 275.

¹⁵ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น. 266.

¹⁶ แหล่งเดิม

เป็นผลกระทบ คำสั่งปฏิเสธ คำสั่งจำกัดสิทธิการลงโทษ คำสั่งอนุญาตที่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขใดๆ การปฏิเสธการให้ คำสั่งที่ยกเลิกการให้สิทธิ การจำกัดระยะเวลาการใช้สิทธิ การไม่ออกใบอนุญาต การบังคับการให้เหตุผลตามที่กล่าว ฝ่ายปกครองจะต้องระบุข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย ที่เป็นเหตุให้ออกคำสั่งทางปกครองโดยมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองว่าด้วยการพัฒนาความสัมพันธ์ของหน่วยงานทางปกครองและรัฐ ระบุว่า ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถยื่นคำขอต่อฝ่ายปกครองให้ชี้แจงเหตุผลภายในระยะเวลาการฟ้องคดี (คือ 2 เดือน) ทั้งนี้ ศาลไม่มองว่าการให้เหตุผลเป็นเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เพราะระหว่างการดำเนินการทางการศาล ศาลสามารถให้หน่วยงานชี้แจงเหตุผลได้¹⁷ แต่หากในบางกรณีการให้เหตุผลที่กว้างจนเกินไปศาลอาจอ้างเป็นเหตุเพิกถอน¹⁸

แบบในเรื่องอื่นๆ เช่น การประกาศ การอ้างอิงบทกฎหมาย ศาลปกครองไม่เคร่งครัดนัก และโดยทั่วไป ไม่ถือว่าเป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญ เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย¹⁹

ทั้งนี้ ผลของการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบนั้น การฟ้องคดีขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบไม่ค่อยมีปัญหาในเรื่องส่วนได้เสียของบุคคลที่จะดำเนินคดีมากนัก Laferrière ได้แยกแบบออกเป็น 2 ลักษณะ คือแบบที่มีเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกปกครองและแบบที่มีเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองซึ่งการบกพร่องในรูปแบบกรณีหลังนี้บุคคลใดจะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ไม่ได้เพราะแบบดังกล่าวมีเพื่อประโยชน์ของการบริหารที่ดี²⁰ มิใช่เพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนหรือของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

จึงเห็นได้ว่าในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมิได้เคร่งครัดในเรื่องรูปแบบมากนักจึงมีแนวคิดและแนวคำวินิจฉัยแยกแบบที่เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ แบบนั้นมีเพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการที่ดีและผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่ได้รับการรับรองไว้ ซึ่งหากมิใช่รูปแบบที่เป็นสาระสำคัญศาลปกครองไม่จำเป็นต้องเพิกถอน ส่วนในเรื่องการให้เหตุผลของฝ่ายปกครองนั้น ศาลปกครองก็เห็นว่าเป็นเพียงข้อยกเว้นในบางเรื่องที่ต้องให้เหตุผลซึ่งวัตถุประสงค์ก็เพื่อป้องกันการกระทบสิทธิของประชาชนเช่นกัน และยังเห็นว่าศาลอาจเรียกให้ชี้แจงเพิ่มเติมในชั้นศาลได้อีกด้วย

¹⁷ Jean-François Brisson. 2004. *Le recours pour excès de pouvoir*. Ellipses. p. 83.

¹⁸ *Ibid.* p. 83

¹⁹ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น. 266.

²⁰ แหล่งเดิม. น. 267.

2) กรณีทำนิติกรรมทางปกครองโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure)

ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นหรือระเบียบแบบแผนทางราชการนี้ต้องแยกออกจากกระบวนการพิจารณาทางศาล เพราะกระบวนการพิจารณาทางศาลเป็นวิธีพิจารณาในลักษณะข้อพิพาท ในขณะที่ระเบียบแบบแผนทางราชการเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการปกครอง อันได้แก่การพิจารณาออกคำสั่งต่างๆ ทางปกครอง Hauriou ยังกล่าวอีกด้วยว่า “การดำเนินการทางปกครองย่อมก่อให้เกิดขั้นตอนหรือวิธีการ ซึ่งจะถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของฝ่ายปกครองหรือแม้กระทั่งหนังสือเวียน”²¹

ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หนังสือเวียน(circulaires) คือกฎเกณฑ์หรือระเบียบปฏิบัติที่หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองอาศัยอำนาจบังคับบัญชากำหนดให้ผู้ใต้บังคับบัญชาถือปฏิบัติในแนวทางแนวกั้นเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้รัฐบัญญัติและอนุบัญญัติต่างๆ ผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนนั้น โดยหลักแล้วถือเป็นเอกสารภายในหน่วยงานทางปกครองที่มีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้น จะมีผลทางวินัยตามมา แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชน หนังสือเวียนนั้นนอกจากจะออกโดยมิได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐบัญญัติแล้วยังไม่มีผลบังคับต่อบุคคลภายนอก จึงไม่อาจใช้ขึ้นกับบุคคลภายนอก (ประชาชน) ได้ หนังสือเวียนเป็นเพียงมาตรการภายในหรือการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หนังสือเวียนจึงมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือกระทบสิทธิของประชาชน หนังสือเวียนมิใช่ที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่หนังสือเวียนก่อให้เกิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตาม²² ในปัจจุบันศาลปกครองฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัยในคดี Mme Duvernès ค.ศ.2002 โดยเห็นว่าหนังสือเวียนใดแม้เป็นการตีความกฎหมายหรืออธิบายกฎหมายก็ตาม แต่ถ้ามีลักษณะบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหนังสือเวียนดังกล่าว หนังสือเวียนที่มีลักษณะเช่นนี้อาจถูกนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนได้²³ ขั้นตอนหรือวิธีการในการออกนิติกรรมทางปกครองจึงเป็นการดำเนินงานตั้งแต่การริเริ่มซึ่งอาจเป็นการริเริ่มของฝ่ายเอกชนเองหรือฝ่ายปกครองแล้วแต่กรณีเพื่อ

²¹ แหล่งเดิม.

²² ชาญชัย แสงศักดิ์.(2555).คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.

น. 194-195

²³ คำบรรยายของศาสตราจารย์ Sophie Théron เรื่อง การนำมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมาฟ้องต่อศาลปกครองในฝรั่งเศสทำได้เพียงใด. ณ สำนักงานศาลปกครอง วันที่ 15 ธันวาคม 2553 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์.(2555).คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. น. 195.

ดำเนินการให้บรรลุลักษณะของกฎหรือคำสั่งทางปกครองจนกระทั่งออกเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับใช้

โดยหลักแล้ว เมื่อกฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้แล้วไม่ได้รับการปฏิบัติตามก็จะถือว่านิติกรรมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุที่เป็นการกระทำที่ผิดขั้นตอน และเป็นกรณีที่ไม่อาจกลับทำให้ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะการทำให้ถูกต้องขั้นตอนในภายหลังนั้น ไม่มีความหมายแต่อย่างใด หรือเป็นการไร้ประโยชน์²⁴

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าในบางกรณีการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนที่ว่านี้ไม่เป็นเหตุข้ออ้างว่าคำสั่งนั้นๆ ไม่ชอบไม่ว่าในกรณีใดๆ เพราะโดยสภาพของบทบัญญัติดังกล่าวนั้น การปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนไม่ได้มีผลต่อคำสั่งที่ออก และไม่ได้ให้หลักประกันแก่ผู้ที่จะได้รับผลจากคำสั่งนั้นแต่อย่างใด เช่น ข้อแนะนำเกี่ยวกับขั้นตอนของวิธีดำเนินการหรือการกำหนดระยะเวลาในการทำเอกสารที่เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ ซึ่งบทบัญญัติที่กำหนดขั้นตอนประเภทนี้ไม่เป็นสาระสำคัญ (formalité non substantielles)²⁵

ขั้นตอนหรือวิธีการในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่จะศึกษาต่อไปนี้จะแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ 1. ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับ การปรึกษาหารือ และ 2. ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

(1) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ

ในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีภารกิจมากมายหลายประเภท ในการออกกฎหรือ คำสั่งทางปกครองในบางกรณีจึงต้องผ่านขั้นตอนในการปรึกษาหารือต่างๆ เพื่อให้การพิจารณาออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเป็นไปด้วยความรอบคอบหรือได้ผ่านการพิจารณาจากองค์กรที่มีความรู้ความสามารถเชี่ยวชาญในแต่ละด้าน อันจะส่งผลในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเกิดประสิทธิภาพสูงสุด ถ้าไม่ผ่านการปรึกษาหารือให้ถูกต้องก็อาจทำให้ส่งผลให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ขั้นตอนการปรึกษาหารือนี้ยังไม่ใช่เป็นข้อสั่งการที่จะมีผลออกไปยังภายนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือเป็นช่วงของการดำเนินงานภายในฝ่ายปกครองซึ่งเมื่อองค์กรที่ให้คำปรึกษาหารือมีความเห็นประการใดหน่วยงานทางปกครองจึงจะดำเนินการออกกฎ

²⁴ C.E. 20 fév. 1952, Hutin, p.754 อ้างถึงใน บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์. (2533). *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. น. 153.

²⁵ C.E. 28 juillet 1984, Baillou, p.306 และ C.E. 27 mars 1987, Chambre d'Agriculture de la Gironde, D.A. 1987 p.297 อ้างถึงใน บุญอนันต์ วรรณพาณิชย์. (2533). *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. น. 154.

หรือคำสั่งทางปกครองอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครองที่ขอปรึกษาหารือ นั้น จะต้องออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาหรือไม่อย่างนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายเฉพาะของแต่ละเรื่องซึ่งหากกฎหมายบังคับให้มีการปรึกษาหารือแล้วฝ่ายปกครอง ไม่ดำเนินการปรึกษาหารือ หรือกรณีกฎหมายกำหนดให้ต้องออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองไปตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษา กรณีเหล่านี้ย่อมส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมาย การที่ฝ่ายปกครอง ไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการปรึกษาหารือที่กฎหมายกำหนด ศาลปกครองย่อมอ้างเหตุผลดังกล่าว เพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ เช่น การเพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน (règlement d'administration publique) ที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ Conseil d'Etat ทั้งนี้ เพราะผ่านเพียงแค่การหารือแผนกหนึ่งของ Conseil d'Etat เท่านั้น²⁶

ระบบการปรึกษาหารือก่อนการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้มีบทบาทสำคัญ ควบคู่ไปกับการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยตรงของฝ่ายปกครอง เนื่องจากในปัจจุบันมีภารกิจจำนวนมาก ความยุ่งยากซับซ้อนหรือต้องใช้เทคนิคมากในการดำเนินงานแต่ประเภท ขั้นตอนปรึกษาหารือจึงจำเป็นอย่างยิ่งในการช่วยให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองดำเนินไปได้

ประเภทของการปรึกษาหารือ

นิติกรรมทางปกครองที่ต้องหารือหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่เป็นรูป คณะกรรมการก่อน ขั้นตอนเช่นนี้ถือเป็นสาระสำคัญ การหารือหรือผ่านความเห็นชอบขององค์กร ที่เป็นรูปคณะกรรมการ (เช่น Conseil d'Etat สภาท้องถิ่น ฯลฯ) ก่อนเช่นนี้ก็เพื่อให้การตัดสินใจ สิ่งการเป็นไปโดยรอบคอบ มีข้อมูลต่างๆที่สมบูรณ์อันจะทำให้เกิดการบริหารที่ดี โดยจำแนก การหารือหรือให้ความเห็นชอบได้ 4 ประเภท²⁷ ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง การต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือไป หรือการบังคับให้ ปรึกษาหารือ (avis conforme) การบังคับให้มีการปรึกษาหารือในประเทศฝรั่งเศสได้มีการนำมาใช้ อย่างมากในงานด้านการร่างกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ และการตราพระราชกฤษฎีกาดังจะเห็นได้จาก ในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 39 ได้มีการบัญญัติไว้ชัดเจนเกี่ยวกับการบังคับให้มีการปรึกษาหารือ โดยกำหนดให้การร่างรัฐบัญญัติจะต้องขอคำปรึกษาหารือจากสภาที่ปรึกษา แห่งรัฐ ก่อนที่จะส่งให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาหรือในการตรารัฐกฤษฎีกา กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่าย ปกครองไว้ชัดเจนว่ารัฐกฤษฎีกากำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้กฎหมายนั้น ส่วนใหญ่จะมีการ

²⁶ C.E., 28 fév. 1861, Dubucอ้างถึงในประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545,มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการ เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.วารสารนิติศาสตร์. น. 268.

²⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น.268.

บัญญัติไว้ชัดเจนว่ารัฐกฤษฎีกาดังกล่าวจะต้องผ่านการปรึกษาหารือกับสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐก่อน หรือในกรณีที่แผนหรือร่างกฎหมายที่เป็น โครงการเศรษฐกิจและสังคม รัฐบาลก็ต้องขอ คำปรึกษาหารือจากสภาเศรษฐกิจและสังคม ก่อนถึงจะออกมาใช้บังคับได้²⁸ คำสั่งที่ออกมานั้นต้อง เป็นไปตามความเห็นนั้น ถ้าหากฝ่ายปกครองเห็นแตกต่างออกไปแล้วออกคำสั่งทางปกครองที่ขัด กับความเห็นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีกรณีเดียวที่ฝ่ายปกครองจะกระทำได้ หากไม่เห็นด้วยกับความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาหารือคือต้องไม่ออกคำสั่งนั้น

ดังนั้น การที่มีกฎหมายบังคับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการปรึกษาหารือก่อนนั้น เป็นกรณี ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องหารือและเมื่อองค์กรที่ให้ความเห็นมีความเห็นอย่างไร เจ้าหน้าที่ผู้สั่งการ ต้องสั่งการไปตามนั้น จะตัดสินใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้ การไม่ปฏิบัติตามย่อมทำให้การสั่งการหรือ การกระทำนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีเช่นนี้ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาล สามารถยกขึ้นพิจารณาเองได้เช่น ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบ กรณีร่างรัฐกฤษฎีกา(กฎหมาย ลำดับรอง) ต้องไปผ่านการปรึกษาของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ศาลตีความว่าการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการปรึกษาหารือดังกล่าวเป็นข้อบกพร่อง อย่างร้ายแรงที่ศาลหยิบยกมาพิพากษาได้เอง โดยระดับร้ายแรงคล้ายกับกรณีนิติกรรมทางปกครอง ที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ(C.E.Ass., juin 1978, SCI du Boulevard Arogo) ทั้งนี้ ถ้ามีกรณีฝ่าย ปกครองมีหน้าที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือ แต่หน่วยงานไม่ปฏิบัติตามความเห็น ดังกล่าวศาลเห็นว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเช่นกัน(C.E.8juin1994Mme Laurent)²⁹

ประเภทที่สอง การต้องหารือแต่ไม่ต้องถือตามความเห็นที่ให้ (avis simple) กรณีนี้ กฎหมายบังคับว่าต้องหารือ แต่เมื่อได้รับความเห็นมาแล้ว จะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ ก็ได้ ดังนั้น ถ้าสั่งการไปโดยไม่หารือเสียก่อน การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเภทที่สาม กฎหมายไม่ได้บังคับให้หารือ ดังนี้ฝ่ายปกครองจะหารือหรือไม่ก็ได้ (avis facultatif) และหารือไปแล้วจะถือตามหรือไม่ก็ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ถ้าฝ่ายปกครองหารือไป และสั่งการไปตามความเห็นที่ได้รับ โดยถือว่าตนต้องผูกพันตามความเห็นนั้น องค์กรที่ปรึกษาได้ ถูกจัดตั้งขึ้นมามากมายในทุกระดับชั้นของฝ่ายปกครองประเทศฝรั่งเศส โดยเกือบทุกกระทรวง จะต้องมืองค์กรที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือซึ่งส่วนใหญ่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของสภาที่ปรึกษาหรือคณะกรรมการที่

²⁸ ยุทธกร ช่อไม้ทอง. (2546). การกำหนดกระบวนการปรึกษาหารือก่อนตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 50.

²⁹ Jean-François Brisson. *supra* note 17.p.86.

ปรึกษาคณะต่างๆ โดยกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาเหล่านั้น จะระบุให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายนั้น สามารถที่จะขอคำปรึกษาหรือความเห็นจากองค์กรที่ปรึกษาตามความสมัครใจของตน เช่นการขอคำปรึกษาหารือจากสภาเศรษฐกิจและสังคม ตามรัฐธรรมนูญ สาธารณรัฐที่ 5 (1958) มาตรา 69-71 ซึ่งบัญญัติให้รัฐบาลสามารถที่จะขอคำปรึกษาหารือจากสภาเศรษฐกิจและสังคมได้โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวใช้คำว่า “ในกรณีที่รัฐบาลร้องขอสภาเศรษฐกิจและสังคมต้องให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องการร่างรัฐบัญญัติ” หรือ “รัฐบาลอาจขอความคิดเห็นจากสภาเศรษฐกิจและสังคมในปัญหาที่มีลักษณะทางเศรษฐกิจหรือสังคมได้” จะเห็นได้ว่า จากตัวอย่างที่ยกมาข้างต้น การจะขอคำปรึกษาเป็นดุลพินิจหรือเป็นความสมัครใจของรัฐบาลเองในการที่จะขอคำปรึกษาหารือจากองค์กรที่ปรึกษาโดยกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องทำการปรึกษาหารือก่อน³⁰

ประเภทที่สี่ กรณีที่ต้องได้รับการเสนอเรื่องโดยองค์กรที่ปรึกษา(avis contraignant) เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองจะออกได้ก็แต่โดยการเสนอขององค์กรที่ปรึกษาหารือต่อผู้มีอำนาจออกคำสั่งนั้นๆ การริเริ่มอยู่ที่องค์กรที่ปรึกษา ผู้มีอำนาจออกคำสั่งจะต้องผูกพันตามคำหารือก็ต่อเมื่อตนเห็นสมควรว่าต้องออกคำสั่ง ถ้าตนไม่เห็นด้วยก็ไม่ออกคำสั่งเลยหรือขอให้เสนอมาใหม่และถ้าเห็นด้วยแต่ไม่ออกคำสั่งตามคำปรึกษาหารือ คำสั่งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย³¹

การจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษา

ข้อกำหนดและวิธีการให้คำปรึกษาหารือที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษา โดยปกติฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้ตั้งแต่ศาลได้พิจารณาแล้วและเห็นว่าฝ่ายปกครองก็จัดตั้งได้(C.E.27 Novembre 1953 Marette, Rec.p1517) แต่การจัดตั้งต้องสอดคล้องกับรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจ เช่นสถาบันคณะลูกขุนเกียรติยศ ซึ่งทำหน้าที่เป็นองค์กรที่ปรึกษาที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม แต่ถ้าฝ่ายองค์กรจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาขึ้น เพื่อให้คำปรึกษาอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายปกครอง การจัดตั้งเช่นนี้ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและการจัดตั้งองค์กรที่ปรึกษาจำเป็นจะต้องมีการประกาศ³²

ประเภทขององค์กรปรึกษาหารือ

องค์กรที่ปรึกษาจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ดังนั้น องค์ประกอบและบทบาทหน้าที่ก็จะแตกต่างกันด้วย แต่มีลักษณะร่วมกันประการเดียวขององค์กรเหล่านี้คือการให้

³⁰ ยูทกรร ข้อไม้ทอง, เล่มเดิม, น.51.

³¹ C.E., 18 juin 1954, Bouvetอ้างถึงในประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545,มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์.น. 271.

³² ยูทกรร ข้อไม้ทอง, เล่มเดิม.

ความเห็นโดยปราศจากอำนาจการตัดสินใจ³³ โดยสามารถแบ่งแยกลักษณะองค์กรในการให้คำปรึกษาหารือได้ 4 ลักษณะ³⁴ คือ

ลักษณะที่หนึ่ง องค์กรที่ให้คำหารือเบื้องต้นแก่ผู้มีอำนาจทำคำสั่งทางปกครอง นั่นคือผู้มีอำนาจออกคำสั่งต้องหารือองค์กรดังกล่าวก่อนการสั่งการ ซึ่งผู้ออกคำสั่งอาจเป็นบุคคลเดียวหรือเป็นองค์คณะทางบริหารก็ได้ เช่น สภามหาวิทยาลัย สภามหาวิทยาลัย สภามหาวิทยาลัย

ลักษณะที่สอง ก่อนรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 แนวทางการปฏิบัติทางสภาได้กำหนดให้การกระทำของรัฐบาลบางเรื่องต้องผ่านการหารือคณะกรรมการหรือผู้เสนอรายงานของคณะกรรมการของรัฐสภาเสียก่อน กฎฎีกาที่ออกภายใต้เงื่อนไขนี้ ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้น ถ้าไม่ผ่านการหารือย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ลักษณะที่สาม ในบางกรณีองค์กรที่ให้คำหารืออาจเป็นองค์กรเอกชนก็ได้ เช่น สภภาพ ซึ่งศาลปกครองจะไม่มีอำนาจเข้าไปพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำหารือ จะพิจารณาเพียงว่าได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอนคือมีการหารือหรือไม่

ลักษณะที่สี่ องค์กรให้คำปรึกษาหารืออาจเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นองค์คณะและมีหน้าที่เพียงแต่ให้คำหารือเท่านั้นก็ได้

วิธีการดำเนินงานขององค์กรที่ปรึกษาแต่ละองค์กรต่างก็มีวิธีที่แตกต่างกัน ซึ่งจะมีกฎหมายจัดตั้ง (Texte constitutif) และกฎหมายที่ให้อำนาจ (Texte d'application) คณะกรรมการไว้แล้ว โดยศาลจะพิจารณาว่ากฎเกณฑ์เหล่านี้ได้รับการปฏิบัติหรือไม่³⁵ แต่โดยหลักการประชุมขององค์กรที่ปรึกษาไม่จำเป็นจะต้องมีสมาชิกมาประชุมทุกคน แต่ต้องมีจำนวนอย่างน้อยต้องเท่ากับครึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ในกรณีที่สมาชิกคนใดไม่มาประชุม จะมอบอำนาจให้ผู้อื่นมาประชุมแทนไม่ได้ ถ้าการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นการแต่งตั้งโดยพิจารณาจากคุณสมบัติเฉพาะตัว แต่ถ้าเป็นการพิจารณาจากตำแหน่งหน้าที่ การมอบให้ทำหน้าที่แทนก็สามารถทำได้ ทั้งนี้ศาลยังคงตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการเรียกประชุมคณะกรรมการ ถ้าวันนัดประชุมได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อมิให้กรรมการบางคนเข้าร่วมประชุม กรณีนี้ถือเป็นการบิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir) รวมถึงมติของคณะกรรมการว่าดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือการประชุมถูกต้องหรือไม่โดยความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลประกอบ ยกเว้นแต่กฎหมายจะบังคับ วิธีการปรึกษาหารือโดยหลักถือว่าเป็นความลับการปรึกษาหารือจะไม่

³³ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2535, มกราคม). องค์กรที่ปรึกษาในฝรั่งเศส. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่มที่ 11 ตอนที่ 1. น. 4.

³⁴ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น.268-269.

³⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์. เล่มเดิม. น. 18

เปิดให้ประชาชนทั่วไปเข้ารับฟังและความเห็นต่างๆ จะไม่ได้รับการแพร่หลายออกไปเว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติโดยแน่ชัดหรือฝ่ายปกครองเห็นว่าเป็นประโยชน์³⁶

ขั้นตอนระหว่างการปรึกษาหารือจนถึงขั้นตอนก่อนออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ไม่ได้มีผลทางกฎหมายโดยตรง แต่การกระทำของฝ่ายปกครองภายหลังจากที่ได้รับฟังคำปรึกษาหารือแล้วจึงจะมีผลทางกฎหมายอย่างแท้จริง กล่าวคือเมื่อฝ่ายปกครองได้รับทราบความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาหารือแล้วนำความเห็นดังกล่าวไปออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง คำปรึกษาหารือตลอดจนขั้นตอนต่างๆ ก่อนมีคำสั่งถือว่าเป็นลักษณะทางการเท่านั้น ไม่มีผลแต่อย่างใด ความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของขั้นตอนที่สลับซับซ้อนเท่านั้น (une opération complexe) มีแต่เพียงคำสั่งของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในขั้นตอนที่สลับซับซ้อนนี้เท่านั้นที่มีผลทางกฎหมาย³⁷ องค์กรที่ปรึกษาจึงมีหน้าที่เพียงให้ความเห็นโดยปราศจากอำนาจในการตัดสินใจ ซึ่งอำนาจในการตัดสินใจฝ่ายบริหารยังคงมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ว่าจะดำเนินการตามคำปรึกษาหารือขององค์กรที่ปรึกษาหรือไม่ แต่การรับฟังความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาก็เป็นสิ่งจำเป็นต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นๆ และคำสั่งทางปกครองที่ไม่อ้างอิงถึงความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาคำสั่งเช่นนี้ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่มีการบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษา เช่น การยกร่างรัฐกฤษฎีกาจะมีบทบัญญัติบังคับให้ฝ่ายบริหารจะต้องปฏิบัติตามความเห็นของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ หรือฝ่ายบริหารปฏิบัติตามความเห็นของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ถ้าไม่ปฏิบัติตามความเห็นของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ เมื่อเกิดปัญหาที่มีการฟ้องคดีขึ้นสู่ศาล ก็จะถูกรัฐสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเพิกถอนการกระทำที่ไม่ได้ปฏิบัติตามความเห็นของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ในกรณีที่กฎหมายบังคับให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองต้องทำการปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาก่อนจึงจะดำเนินการใดๆ ต่อไปได้ ถ้าฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองไม่ทำการปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษา ผลก็คือการกระทำของฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นการกำหนดนโยบาย การตรากฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองจะมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การบังคับให้ปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญอย่างหนึ่งของความชอบด้วยกฎหมาย โดยปกติการที่กฎหมายหรือกฎระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดให้มีการหารือ การหารือนั้นจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การกระทำทางปกครองนั้นสมบูรณ์ และศาลถือว่าเป็นรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ Conseil d'Etat ได้เพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ Conseil d'Etat ดังที่ได้กล่าว

³⁶ แหล่งเดิม. น. 10.

³⁷ แหล่งเดิม.

มาในเบื้องต้นแล้วว่าระดับความรุนแรงของการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนปรีกษาหาหรือนี้ ศาลปกครองต้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว และถือว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลยกขึ้นกล่าวอ้างเป็นเหตุเพิกถอนได้แม้คู่กรณีได้อ้างเหตุผลพ้องในขั้นตอนการปรีกษาหาหรือนี้เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนก็ตาม ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นในกรณีที่การปรีกษาหาหรือไม่อาจกระทำได้ภายใต้สถานการณ์บางอย่าง เช่น ภาวะสงคราม เป็นต้น³⁸

(2) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

ขั้นตอนการโต้แย้งคัดค้านนี้เป็นขั้นตอนที่ได้รับอิทธิพลมาจากกระบวนการพิจารณาคดีในศาลที่เรียกว่า “สิทธิในการต่อสู้คดี(droits de la défense)” นั่นคือ การที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองอย่างใดก็ตาม จะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อก่อนออกคำสั่งนั้นได้ให้ผู้มีส่วนได้เสียแสดงสิทธิในการต่อสู้คดีเสียก่อนสิทธิในการต่อสู้คดีที่กล่าวมานั้นอาจเรียกว่า “หลักฟังความสองฝ่าย” (Audi alteram partem) ซึ่งเป็นการเรียกตามหลักในกฎหมายแองโกลอเมริกัน หลักดังกล่าวศาลอังกฤษและอเมริกัน แม้ไม่มีกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ ก็ถือเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice)

โดยทั่วไปในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดกระบวนการดังกล่าวไว้ เช่น กฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองดำเนินการไต่สวนก่อนออกคำสั่ง มักจะกำหนดให้มีการฟังการโต้แย้งจากผู้มีส่วนได้เสีย หรือกฎหมายเกี่ยวกับข้าราชการที่บัญญัติให้มีการส่งแฟ้มประวัติพร้อมเอกสารต่างๆ ให้ผู้ถูกสอบสวนทางวินัย (communication du dossier) ก่อนจะมีการลงโทษทางวินัย ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ถูกสอบสวนทราบว่ามีการบันทึกเรื่องเกี่ยวกับตัวเขาตลอดจนข้อกล่าวหาต่างๆ ไว้อย่างไร จะได้สามารถโต้แย้งต่อสู้ได้

ในกฎหมายฝรั่งเศส กระบวนการโต้แย้งคัดค้านไม่ได้มีสำหรับการออกคำสั่งทางปกครองในทุกกรณี แม้ว่ากระบวนการดังกล่าวจะได้รับการยอมรับและมีขอบข่ายครอบคลุมกว้างขวางขึ้นกรณีที่มีขั้นตอนหรือวิธีการโต้แย้งคัดค้าน ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น กระบวนการโต้แย้งใช้มากที่สุดในเรื่องเกี่ยวกับหลักประกันในสถานะของข้าราชการ ขณะเดียวกันก็ค่อยๆ ขยายไปสู่การลงโทษ (sanctions) ทุกลักษณะที่กระทำต่อข้าราชการของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายกำหนดวิธีการโต้แย้งไว้หรือไม่นอกจากการลงโทษทางวินัยในความหมายอย่างแคบแล้ว ศาลได้ตีความขยายไปถึงวิธีการหรือคำสั่งทั้งหลายที่เกี่ยวกับ “ตัวเจ้าหน้าที่” ด้วยว่าต้องเปิดโอกาสให้มีกระบวนการโต้แย้ง เช่น การไล่ออกจากงานด้วยเหตุว่ามีความสามารถทางวิชาชีพไม่ถึงขนาดที่จะปฏิบัติงานได้ หรือการให้ข้าราชการระดับสูงคนหนึ่งพ้นจากราชการโดยมติของคณะรัฐมนตรี

³⁸ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น.270.

ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มีกระบวนการโต้แย้ง ศาลจะตรวจสอบว่าได้มีการปฏิบัติ โดยครบถ้วนถูกต้องตามกระบวนการดังกล่าวหรือไม่ นั่นคือสิทธิในการต่อสู้คดี ได้รับการเคารพ เพียงใด

นอกจากนี้ Conseil d'Etat ยังได้ขยายขอบเขตของวิธีการโต้แย้งคัดค้านไปในด้าน เศรษฐกิจด้วย โดยพิจารณาถึงลักษณะและความร้ายแรงของมาตรการของรัฐในแต่ละกรณีว่า สมควรที่เอกชนจะต้องมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านเสียก่อนหรือไม่ ซึ่งต่อมาตั้งแต่ ค.ศ. 1944 Conseil d'Etat วางหลักว่า ถ้ามาตรการใดที่ฝ่ายปกครองจะพึงใช้กับเอกชนและเป็นมาตรการ “sanction” หรือ “ลงโทษ” แล้ว จะต้องให้เอกชนมีสิทธิคัดค้านโต้แย้ง เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตเปิดร้านขาย หนังสือพิมพ์มหรน และในปี 1946 Conseil d'Etat ก็ตัดสินว่า หลักประกันในกระบวนการโต้แย้ง นั้นถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principes généraux du droit) แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ก็ตาม ในกรณีที่มี “sanctions” ทางปกครอง³⁹

อย่างไรก็ดี Conseil d'Etat ก็มีได้อธิบายถึงขอบเขตและความหมายของ “Sanction” ทางปกครองอันจะเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองต้องแจ้งและส่งเอกสารต่างๆ ให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบ และคัดค้านก่อนมีคำสั่งอันเป็นการ “sanction” Conseil d'Etat คงตัดสินใจไปในลักษณะรายการนี้ ซึ่งที่ถือว่าเป็น “sanction” เช่นการไล่นักเรียนออกจากโรงเรียน การตัดสิทธิผู้สมัครสอบคนหนึ่ง ไม่ให้มีสิทธิสอบทุกสนามสอบภาครัฐ เป็นเวลา 5 ปี การถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจเกี่ยวกับ ภาพยนตร์ การตัดบริษัทเอกชนรายหนึ่งไม่ให้มีสิทธิในการเข้าประกวดราคา เป็นต้น⁴⁰

กรณีที่ไม่มีขั้นตอนหรือวิธีการโต้แย้งคัดค้านมีหลายกรณีที่ศาลปกครองไม่ถือว่าคำสั่ง ทางปกครองนั้นๆ เป็น “sanction” เช่น การปฏิเสธหรือการเพิกถอนใบอนุญาตให้จัดตั้งหรือโอน กิจการค้า การเพิกถอนประกาศแปลงสัญญาชาติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ยิ่งถ้าเป็นมาตรการหรือคำสั่ง โดยเฉพาะเจาะจงในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยแล้วส่วนใหญ่ศาลจะไม่ยอมให้มี กระบวนการโต้แย้งก่อนมีคำสั่ง เช่น การปิดร้านขายเครื่องดื่ม การไม่อนุญาตให้คนต่างชาติอยู่ ต่อไปในประเทศในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน⁴¹

3.1.2 ผลทางกฎหมายกรณีทำนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือ วิธีการในประเทศฝรั่งเศส

³⁹ C.E., 21 mai 1946, Maillou อ้างถึงในประสาธ พงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการ เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์. น. 272 .

⁴⁰ ประสาธ พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น. 273.

⁴¹ แหล่งเดิม

ในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎที่บกพร่องในสาระสำคัญเท่านั้นจึงจะถูกเพิกถอนได้ การพิจารณาว่าความบกพร่องที่เกิดขึ้นเป็นความบกพร่องที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ได้พิจารณาว่ารูปแบบและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดขึ้นนั้นมีวัตถุประสงค์ในอันที่จะคุ้มครองประชาชนหรือไม่หรือการไม่ปฏิบัติให้ครบถ้วนถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนดังกล่าว มีผลอย่างสำคัญต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือกฎถึงขนาดที่อาจจะทำให้เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือกฎดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไป หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามรูปแบบ ขั้นตอนดังกล่าวหรือไม่⁴² นอกจากนี้ แบบหรือขั้นตอนที่เป็นปัจจัยสำคัญต่อการตัดสินใจ ทำคำสั่งทางปกครองหรือออกกฎ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนนี้แล้วอาจส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจได้ เช่น เจ้าหน้าที่ออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างโรงงานขนาดใหญ่ โดยไม่จัดให้มีการประชาพิจารณ์ หากเจ้าหน้าที่จัดให้มีการประชาพิจารณ์เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจตัดสินใจไม่อนุญาตให้ก่อสร้างโรงงานขนาดใหญ่ก็ได้⁴³

โดยข้อบกพร่องในการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นโดยหลักไม่ถือว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁴⁴ กล่าวคือ ถ้าผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งเรื่องความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในเรื่องไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการมาในชั้นศาล ศาลไม่มีอำนาจยกเหตุความบกพร่องนั้นขึ้นเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น เช่น ในคดี Dame Veuve Duccron สภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะยกปัญหาเรื่องการไม่ได้เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ชี้แจงในกระบวนการสอบวินัยขึ้นพิจารณาเอง⁴⁵ หรือกรณีนิติกรรมทางปกครองทำไปโดยไม่ได้มีการให้เหตุผลทั้งที่กฎหมายกำหนดว่าต้องให้เหตุผล สภาแห่งรัฐเห็นว่า การทำนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบหรือกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ใช่ปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อผู้ฟ้องคดีมิได้ยกปัญหาดังกล่าวขึ้นอ้างในชั้นศาลปกครองชั้นต้น สภาแห่งรัฐจะสั่งไม่รับประเด็นนี้ไว้พิจารณา⁴⁶

⁴² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม. น. 275.

⁴³ ปิยบุตร แสงกนกกุล. เล่มเดิม. น. 182.

⁴⁴ สุริย์ เผ่าสุทธาวร. (2551, กันยายน).เหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง. รวบรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 4 กฎหมายปกครองต่างประเทศ. น. 94.

⁴⁵ สุริย์ เผ่าสุทธาวร . เล่มเดิม.น. 94.

⁴⁶ C.E. 26 juillet 1946, sieux อ้างถึงใน สุริย์ เผ่าสุทธาวร. (2551, กันยายน).เหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง. รวบรวมบทความทางวิชาการ เล่ม 4 กฎหมายปกครองต่างประเทศ. น. 94.

แต่มีข้อยกเว้นของหลักที่ว่าการทำนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการไม่ใช่ปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในเรื่อง การทำนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ถือตามคำปรึกษาหารือที่กฎหมายกำหนดไว้ (l'avis conforme) มีความร้ายแรงใกล้เคียงกันมากกับการทำนิติกรรมทางปกครองโดยปราศจากอำนาจซึ่งเป็นปัญหา ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธไม่ทำ นิติกรรมทางปกครองโดยเข้าใจว่าต้องทำตามความเห็นขององค์กรที่ให้คำปรึกษาทั้งที่เจ้าหน้าที่มี อำนาจจะเลือกทำตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ นั้น สภาแห่งรัฐจะยกขึ้นอ้างเองเนื่องจากปัญหา การทำนิติกรรมทางปกครองโดยปราศจากอำนาจเป็นปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม อันดีของประชาชน⁴⁷

ทั้งนี้การไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในบางกรณีแม้เป็นข้อบกพร่องที่ เกิดขึ้นจริงแต่ศาลปกครองอาจหลีกเลี่ยงการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว เนื่องจาก การไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองทำนิติกรรมโดย ใช้อำนาจผูกพัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ ได้แก่กรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ วินิจฉัยในส่วนของ การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงและไม่มีดุลพินิจตัดสินใจ คือ การ เลือกออกกฎ คำสั่งหรือไม่แค่ไหนเพียงใดเป็นหลักกฎหมายที่มีผลถึงซึ่งถึงรากฐานทีเดียวเพราะไม่ ว่าผู้ฟ้องคดีจะอ้างเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกหรือภายใน เหตุดังกล่าวก็ไม่มีผลกระทบ ต่อนิติกรรมนั้น เช่นนิติกรรมนั้นแม้จะปรากฏว่าออกโดยปราศจากอำนาจ แต่การกระทำโดย ปราศจากอำนาจดังกล่าวก็ไม่ทำให้ศาลต้องเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวเพราะถึงอย่างไรเจ้าหน้าที่ที่มี อำนาจที่แท้จริงก็จะต้องออกกฎหรือคำสั่งดังกล่าวอยู่ดี โดยไม่อาจออกกฎหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น ได้ หรือนิติกรรมทางปกครองนั้นอาจออกโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนวิธีการในเรื่องการฟังความทุกฝ่าย ก็ไม่ส่งผลต่อความชอบด้วยกฎหมายแต่ประการใด⁴⁸

3.2 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุโดยผิดแบบขั้นตอนหรือวิธีการในประเทศเยอรมนี

ในระบบกฎหมายเยอรมันคำฟ้องตามกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองเยอรมัน อาจแยก ได้เป็น 4 ประเภท⁴⁹ ได้แก่

⁴⁷ แหล่งเดิม, น. 93.

⁴⁸ C.E. Sect., 3 fév.1999 Montaignac, n 149722 152848, AJDA, 1999, p.567, chron. Raynaud et

Fombeur

⁴⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์.(2538,ธันวาคม).ข้อพิจารณาเปรียบเทียบองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐ ฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.วารสารนิติศาสตร์,25(4) . น. 721.

ประเภทแรกคำฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (anfechtungsklage) ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง แล้วบุคคลผู้อยู่ใต้คำสั่งทางปกครองนั้นเห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและกระทบสิทธิของตน จึงฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

ประเภทที่สอง คำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (verpflichtungsklage) ซึ่งได้แก่กรณีที่บุคคลร้องขอให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองแล้วฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธไม่ออกคำสั่งทางปกครองหรือนิ่งเฉยละเลยไม่ออกคำสั่งทางปกครอง บุคคลนั้นจึงมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองตามที่ตนร้องขอ

ประเภทที่สาม คำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองระงับการปฏิบัติการทางปกครอง (unterlassungsklage)

ประเภทที่สี่ คำฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Normenkontrollklage) กฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายทั้งของสหพันธ์และของมลรัฐที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่าและหมายถึงรัฐธรรมนูญด้วย

การฟ้องในประเภทที่หนึ่ง คำฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (anfechtungsklage) และประเภทที่สี่ คำฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของลำดับรอง (normenkontrollklage) นั้น มีรูปแบบและลักษณะที่คล้ายคลึงกับคำฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส (recours pour excès de pouvoir) แต่การฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของฝรั่งเศสมีความหมายที่กว้างกว่ากล่าวคือครอบคลุมทั้งคำฟ้อง anfechtungsklage และ normenkontrollklage

ความแตกต่างที่สำคัญของคำฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (anfechtungsklage) และคำฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายลำดับรอง (normenkontrollklage) คือ คำฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (anfechtungsklage) ผู้ยื่นคำฟ้องต้องถูกละเมิดสิทธิเรียกร้องทางมหาชน (subjektive öffentlich Recht) แต่การฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายลำดับรอง (normenkontrollklage) เพียงแต่ผู้ยื่นคำฟ้องได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรือจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้หรือจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลำดับรองดังกล่าว ก็เพียงพอแล้วที่จะยื่นคำฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองได้ หลักเกณฑ์การขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองของเยอรมันดังกล่าวคล้ายคลึงกับอำนาจฟ้องคดีปกครองของฝรั่งเศส⁵⁰

โดยในการนำคดีมาฟ้องนั้นต้องพิจารณาถึงผู้มีสิทธิฟ้องคดีและอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาดังนี้

⁵⁰ แหล่งเดิม. น.722.

ข้อพิจารณาเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีในการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง ต้องเป็นผู้ทรงสิทธิในทางมหาชน (subjektives öffentliches recht) เสียก่อนและคำสั่งทางปกครองที่ขอเพิกถอนนั้นกระทบต่อสิทธิของตน หรือการไม่ออกคำสั่งทางปกครองนั้นกระทบสิทธิของตนตามมาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม 1960 ถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ฟ้องคดีอาจฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองซึ่งปฏิเสธหรือละเลยการออกคำสั่งทางปกครองให้ออกคำสั่งทางปกครอง และคำฟ้องนั้นจะถูกรับไว้พิจารณาได้ก็ต่อเมื่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีถูกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ขอเพิกถอนหรือสิทธิของผู้ฟ้องคดีถูกระทบจากการปฏิเสธหรือละเลยไม่ออกคำสั่งทางปกครอง จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขประการสำคัญที่ศาลใช้พิจารณาว่าจะรับคำฟ้องหรือไม่ คือ สิทธิของผู้ฟ้องคดีต้องถูกระทบซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวส่งผลตามมาหลายประการ⁵¹ ดังนี้

ประการแรก ผู้ฟ้องคดีไม่อาจฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎหรือขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองออกกฎได้ เพราะกฎมีผลเป็นการทั่วไปและส่งผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมากซึ่งแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อเฉพาะกรณีและต่อเฉพาะบุคคล ดังนั้น กฎจึงไม่สามารถมีผลไปกระทบสิทธิเป็นรายบุคคลได้ เมื่อไม่มีการกระทบสิทธิเป็นรายบุคคล หากผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนกฎ ศาลก็ไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาเพราะ กฎไม่ได้กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี ความข้อนี้แตกต่างจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถฟ้องขอเพิกถอนกฎได้หากกฎนั้นกระทบต่อประโยชน์หรือส่วนได้เสียของตน เพราะระบบกฎหมายฝรั่งเศส ยึดถือว่าประโยชน์หรือส่วนได้เสียของผู้ฟ้องคดีถูกระทบ ไม่ได้เคร่งครัดถึงขนาดว่าสิทธิของผู้ฟ้องคดีถูกระทบ

นอกจากผู้ฟ้องคดีไม่อาจฟ้องขอเพิกถอนกฎเพราะกฎยังไม่มีผลกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีแล้ว ยังมีอีกเหตุผลหนึ่ง คือ ความเสมอภาค หากผู้ฟ้องคดีรายหนึ่งฟ้องขอเพิกถอนกฎ ศาลปกครองรับไว้พิจารณาและพิพากษาให้เพิกถอนกฎ การเพิกถอนกฎนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นอีกหลายคนด้วย เพราะโดยลักษณะของกฎนั้น มีผลทางกฎหมายเป็นการทั่วไป เมื่อกฎนั้นถูกเพิกถอนก็ย่อมส่งผลเป็นการทั่วไปด้วย จึงเป็นไปได้ว่า บุคคลที่ไม่ได้ฟ้องคดีขอเพิกถอนกฎซึ่งอาจไม่ต้องการให้กฎนั้นสิ้นผลไป กลับต้องมารับผลของการเพิกถอนกฎนั้น

ประการที่สอง ผู้ฟ้องคดีต้องพิสูจน์ให้ศาลปกครองเห็นว่าสิทธิของตนถูกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ฟ้องโต้แย้ง หรือสิทธิของตนถูกระทบจากการไม่ออกคำสั่งทางปกครอง โดยสิทธิดังกล่าว อาจเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง หรือเป็นสิทธิตามที่กฎหมายรับรองไว้ก็ได้ ในกรณีหลังนี้ ต้องพิจารณาว่า กฎหมายที่รับรองสิทธินั้นต้องกำหนดกฎเกณฑ์ที่ให้ประโยชน์

⁵¹ปิยนุตร แสงกนกกุล, เล่มเดิม.น. 203.

หรือสิทธิแก่บุคคลประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ฟ้องคดีรวมอยู่ในบุคคลประเภทนั้น ไม่ใช่กำหนดกฎเกณฑ์ให้ประโยชน์หรือสิทธิแก่กลุ่มบุคคล หรือบุคคลประเภทอื่น กรณีคำสั่งทางปกครองที่ฟ้องโต้แย้งต้องกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีนั้น ไม่ได้หมายความว่าผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น อาจเป็นไปได้เช่นกันว่า คำสั่งทางปกครองกระทบสิทธิของบุคคลภายนอก แต่กรณีเช่นนี้เกิดขึ้นได้ไม่บ่อยครั้งนัก และต้องพิจารณาอย่างเคร่งครัดว่าคำสั่งทางปกครองกระทบสิทธิของบุคคลภายนอกจริงหรือไม่ เช่น หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนหรือรูปแบบยอมไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลใดโดยเฉพาะ หรือคุณสมบัติของการเป็นผู้อาศัยในอสังหาริมทรัพย์ในเทศบาลยอมไม่เพียงพอต่อการมีสิทธิในการฟ้องคดี แต่ต้องเป็นผู้ฟ้องคดีที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ในเทศบาลนั้นจึงจะมีสิทธิฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของเทศบาลที่มากระทบต่ออสังหาริมทรัพย์ของตน เป็นต้น

ข้อพิจารณาเรื่องอำนาจของศาลปกครองในการพิพากษา⁵²

ในคดีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (anfechtungsklage) ศาลปกครองเยอรมันมีอำนาจตามมาตรา 113 รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม 1960ดังต่อไปนี้

(1) หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และละเมิดสิทธิของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองก็จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น และให้มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป

(2) หากผู้ฟ้องร้องขอ ศาลปกครองอาจสั่งให้ฝ่ายปกครองฟื้นฟูสถานะทางกฎหมายของผู้ฟ้องที่ดำรงอยู่ในช่วงก่อนที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับให้กลับมาใหม่ และอาจกำหนดวิธีการในการฟื้นฟูสถานะทางกฎหมายของผู้ฟ้องให้ฝ่ายปกครองทราบด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองจะใช้อำนาจสั่งการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีเงื่อนไข 3 ประการครบถ้วน ได้แก่ การฟื้นฟูสถานะทางกฎหมายของผู้ฟ้องให้กลับมาใหม่สามารถเป็นไปได้ ศาลได้พิจารณาทุกปัจจัยอันเป็นเงื่อนไขของคำพิพากษาและมาตรการที่ศาลสั่งฝ่ายปกครองนั้นต้องไม่ใช่มาตรการที่อยู่ในแผนอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

(3) ในกรณีที่ศาลไม่อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองฟื้นฟูสถานะทางกฎหมายของผู้ฟ้องให้กลับมาใหม่ได้ ศาลก็มีอำนาจทำให้เพียงเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องอาจร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้จนกว่าฝ่ายปกครองจะดำเนินการตามลบล้างผลต่างๆ ที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนไปแล้วเสร็จ เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองใหม่มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ก็ได้แก่ การกำหนดให้ฝ่ายปกครองวางเงินประกัน

⁵² แหล่งเดิม. น. 206.

(4) ในกรณีที่ผู้ฟ้องขอให้ศาลแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองที่กำหนดจำนวนเงินหรือกำหนดหน้าที่ ศาลอาจกำหนดจำนวนเงินใหม่หรืออาจกำหนดหน้าที่ให้ใหม่

ในคดีฟ้องขอให้สั่งฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง (verpflichtungsklage) หากคำสั่งปฏิเสธไม่ออกคำสั่งทางปกครองหรือการนิ่งเฉยนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและกระทบสิทธิของผู้ฟ้อง นอกจากศาลปกครองจะมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธไม่ออกคำสั่งทางปกครองหรือเพิกถอนการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองไปแล้ว มาตรา 113 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลปกครอง ลงวันที่ 21 มกราคม 1960 กำหนดให้ศาลปกครองยังมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองได้ ในกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการออกคำสั่งทางปกครองตามที่ผู้ฟ้องได้ร้องขอมานั้นเป็นอำนาจผูกพันของฝ่ายปกครองโดยที่ฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้นและข้อเท็จจริงต่างๆ อันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุครบถ้วน ศาลก็มีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองตามที่ผู้ฟ้องเคยร้องขอหรือกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การออกคำสั่งทางปกครองตามที่ผู้ฟ้องได้เคยร้องขอมานั้นเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง แต่ข้อเท็จจริงต่างๆ อันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุยังไม่ครบถ้วน หรือการออกคำสั่งทางปกครองที่ผู้ฟ้องได้เคยร้องขอมานั้น เป็น “แดนวิญญัตย” ของฝ่ายปกครองศาลมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองพิจารณาว่าจะออกคำสั่งทางปกครองตามที่ผู้ฟ้องเคยร้องขอหรือไม่ ทั้งนี้ ต้องนำคำพิพากษาของศาลนี้ไปพิจารณาประกอบด้วย⁵³

ดังที่กล่าวมาในเบื้องต้น กรณีฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองไปโดยไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ศาลปกครองอาจใช้เป็นเหตุอ้างเพื่อเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ ทั้งนี้ ในประเทศเยอรมันได้มีกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ปี ค.ศ.1976 หรือ verwaltungsverfahrensgesetz หรือเรียกโดยย่อว่า VwVG ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการไว้บางประการ และประเทศไทยก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฉบับนี้มาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เช่นกัน

3.2.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการของนิติกรรมทางปกครองในประเทศเยอรมนี

1) รูปแบบ

ในเรื่องรูปแบบนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองได้บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือเป็นคำสั่งด้วยวาจาหรือออกโดยวิธีการอื่น เช่น สัญญาณหรือเครื่องหมายจราจร โดยหลักคำสั่งทางปกครองจึงมิได้จำกัดแต่เพียงว่าต้องจัดทำเป็นหนังสือเท่านั้น

⁵³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. น. 84-85.

หากจะจัดทำเป็นหนังสือก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติ⁵⁴ ทั้งนี้ การออกคำสั่งทางปกครองต้องมีความชัดเจนเพียงพอ ตามมาตรา 27 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง กล่าวคือจะต้องทำให้ผู้รับคำสั่งทราบถึงวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองนั้นว่าต้องการให้ผู้รับคำสั่งดำเนินการหรือปฏิบัติหรือคว่นการปฏิบัติในเรื่องใดอย่างไร โดยในระบบกฎหมายเยอรมันยังปรากฏว่าสามารถออกคำสั่งในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ด้วยแต่ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักที่ว่าเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองต้องมีความชัดเจนเพียงพอ

หลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ การให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 29 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง กล่าวคือ ในการให้เหตุผลต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่สำคัญ ซึ่งฝ่ายปกครองนำมาใช้ชี้แจงน้ำหนักในการวินิจฉัยสั่งการ⁵⁵

การให้เหตุผลต้องแสดงให้เห็นว่า ฝ่ายปกครองได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น ได้อย่างถูกต้องครบถ้วน (คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BverwGE) 39,197 (204)) ทั้งนี้ ผลในทางกฎหมายกรณีฝ่ายปกครองบกพร่องหรือไม่ได้ดำเนินการให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องให้เหตุผลไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะด้วยเหตุผลมิใช่เป็นความบกพร่องอย่างร้ายแรงของคำสั่งทางปกครอง⁵⁶ ซึ่งข้อบกพร่องนี้สามารถแก้ไขเยียวยาได้ตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ซึ่งจะกล่าวในลำดับต่อไป

2) ขั้นตอนหรือวิธีการ

ตามมาตรา 28 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง บัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการในการโต้แย้งคัดค้านว่าในกรณีที่หน่วยงานจะออกคำสั่งทางปกครองอันจะเป็นการกระทบสิทธิของกลุ่ม หน่วยงานจะต้องเปิดโอกาสให้กลุ่มที่จะได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีสิทธิชี้แจงแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีผลสำคัญต่อการตัดสินใจของหน่วยงาน คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ดำเนินการในขั้นตอนนี้ย่อมบกพร่องในแง่ขั้นตอน และส่งผลให้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความบกพร่องดังกล่าวโดยทั่วไปไม่ถือว่ารุนแรงและ

⁵⁴Ule/Laubinger, VwVfR, พิมพ์ครั้งที่ 4 ค.ศ.1995, § 52 Rn.1 อ้างถึงใน เพ็ญศรี วงศ์เสรี.(2547,กันยายน-ธันวาคม).บันทึกเรื่องการให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน.วารสารวิชาการศาลปกครอง,4(3).น. 96.

⁵⁵เพ็ญศรี วงศ์เสรี.(2547,กันยายน-ธันวาคม). บันทึกเรื่องการให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. วารสารวิชาการศาลปกครอง, 4(3). น. 100.

⁵⁶แหล่งเดิม. น. 106.

เห็นประจักษ์ถึงขนาดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ⁵⁷ เนื่องจากการให้ดำเนินการรับฟัง เป็นหนึ่งในเรื่องที่มีบทบัญญัติในการให้ฝ่ายปกครองสามารถเยียวยาความบกพร่องโดยการรับฟัง ในภายหลังได้ ตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองการเยียวยาความผิดพลาด ในทางวิธีพิจารณา (die heilung von verfahrensfehlern) ความผิดพลาดในทางวิธีพิจารณาบางอย่าง อาจจะมีการเยียวยาแก้ไขได้โดยปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรานี้ การเยียวยาดังกล่าวจะเป็นการแก้ไขความผิดพลาดในทางพิจารณาให้หมดไป โดยถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นกลับ กลายเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้การเยียวยาในภายหลังนี้จะถูกจำกัดโดยเรื่อง ที่อาจเยียวยาได้และกำหนดระยะเวลา⁵⁸ ซึ่งมี 5 กรณีด้วยกัน

กรณีแรก การออกนิติกรรมทางปกครองประเภทที่ผู้ขอรับนิติกรรมทางปกครองจะต้อง ยื่นคำร้องเป็นหนังสือ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่มีการยื่นคำร้อง เป็นหนังสือแต่อย่างใด ความผิดพลาดดังกล่าวอาจเยียวยาได้โดยการให้ยื่นคำร้องเป็นหนังสือ ย้อนหลังได้

กรณีที่สอง การออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย สั่งการ และไม่ใช่กรณีที่เข้าข้อยกเว้นของการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการความผิดพลาด ดังกล่าวอาจเยียวยาได้โดยการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการย้อนหลังได้

กรณีที่สาม การออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ได้รับฟังผู้ถูกระทบสิทธิในการ พิจารณารื่องนั้นๆ และไม่ใช่กรณีที่เข้าข้อยกเว้นของการรับฟังตามมาตรา 28 วรรคสอง แห่งรัฐ บัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแล้วความผิดพลาดดังกล่าวอาจเยียวยาได้โดยการฟังย้อนหลัง ได้

กรณีที่สี่ การออกนิติกรรมทางปกครองประเภทที่จะต้องขอมติของคณะกรรมการที่ เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองนั้นมิได้ขอมติของ คณะกรรมการก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง ความผิดพลาดนี้อาจเยียวยาได้โดยการให้มีการขอมติ ของคณะกรรมการเช่นว่านั้นย้อนหลัง

กรณีที่ห้า การออกนิติกรรมทางปกครองประเภทที่จะต้องให้เจ้าหน้าที่จากหน่วยงาน อื่นเข้าร่วมในการพิจารณาด้วย แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองมิได้จัดให้ เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นเข้าร่วมพิจารณาก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง ความผิดพลาดดังกล่าวอาจเยียวยาได้โดยการจัดให้มีการพิจารณาร่วมกันเป็นการย้อนหลังได้

⁵⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2549). วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน. น. 117.

⁵⁸ กมลชัย รัดตนสากววกส์. (2544). กฎหมายปกครองเยอรมัน.น.182.

กำหนดระยะเวลาการเยียวยาแก้ไข การเยียวยาความผิดพลาดทางวิธีพิจารณาทั้ง 5 กรณี ตามที่กล่าวในข้างต้นนี้ อาจกระทำได้นานกว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ได้แย้งคัดค้าน ภายในองค์การฝ่ายปกครอง (vorverfahren) จะได้มีคำวินิจฉัย อุทธรณ์ ในนิติกรรมทางปกครองเรื่อง เดียวกันนั้นแต่หากเป็นกรณีที่ไม่มีขั้นตอนของการอุทธรณ์ภายในองค์การฝ่ายปกครองดังกล่าว เช่น เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูง การเยียวยาความผิดพลาดทาง วิธีพิจารณาก็อาจจะกระทำได้นานถึงระยะเวลาที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอาจยื่นฟ้องร้องเป็นคดีต่อ ศาลปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเยียวยาความผิดพลาดเช่นนี้จะทำได้เสนอเมื่อขั้นตอนของเรื่อง นั้นยังอยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยลำพัง ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองปฏิเสธไม่ให้ นาย ก. ประกอบอาชีพอีกต่อไป โดยอ้างมาตรา 35 แห่งประมวลกฎหมายว่า ด้วยการควบคุมการประกอบอาชีพ (GewO) โดยไม่ได้มีการรับฟัง นาย ก. ก่อนออกนิติกรรมทาง ปกครอง การห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวจึงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เรื่องการรับ ฟังผู้ถูกระทบสิทธิ เมื่อ นาย ก. ได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีการรับ ฟังในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ภายในองค์การฝ่ายปกครองแล้ว ข้อผิดพลาดในเรื่องการรับฟังนี้ถือว่า ได้รับการเยียวยาแล้ว ส่วนคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น หากฟังข้อเท็จจริงว่าข้อห้ามประกอบอาชีพโดย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นต้นไม่มีเหตุผลอื่นที่จะฟังว่าผิดกฎหมาย คำร้องอุทธรณ์ได้แย้งคัดค้านของ ก. ก็จะต้องถูกปฏิเสธจากเจ้าหน้าที่วินิจฉัยอุทธรณ์เช่นกัน⁵⁹

3.2.2 ผลทางกฎหมายกรณีทำนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือ วิธีการในประเทศเยอรมนี

ทั้งนี้ ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น การจะอ้าง เหตุเพิกถอนศาลย่อมต้องพิจารณาทั้งในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ และในเรื่องเนื้อหาหรือกฎหมายสารบัญญัติ ดังนั้นการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ จึงเป็นเหตุหนึ่งที่ศาลปกครองเยอรมันอาจใช้อ้างเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่บกพร่องนั้นได้

สภาพปัญหามีว่านิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติ จะมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายสารบัญญัติหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้ หลักกฎหมายปกครองเยอรมันถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกัน แต่ให้ความสำคัญกับนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติน้อยกว่า นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์เรื่องการ เยียวยาความผิดพลาดในทางวิธีพิจารณาตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง

⁵⁹ แห่ลงเดิม.

และการแยกพิจารณาความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาตามมาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองอย่างไรก็ตาม การจะใช้หลักเกณฑ์ทั้งสองประการนี้ได้ นั้น นิติกรรมทางปกครองจะต้องผิดพลาดในระดับโมฆะเท่านั้น⁶⁰

ตามมาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองบัญญัติในเรื่องความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณา (die erheblichkeit von ver-fahrensfehlern) ถ้าการเยียวยาความผิดพลาดทางวิธีพิจารณาไม่อาจกระทำได้ หรือไม่ได้กระทำภายในกำหนดระยะเวลาตามที่ได้กล่าวไว้ในมาตรา 45 หลักกฎหมายปกครองเยอรมันนั้น มีข้อพิจารณาต่อไปโดยแยกพิจารณาความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาทางรูปแบบของนิติกรรมทางปกครองว่ามีส่วนกระทบต่อความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมายในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติของนิติกรรมทางปกครองนั้นหรือไม่ ถ้าแม้ว่าจะได้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบหรือวิธีพิจารณาแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะต้องวินิจฉัยสั่งการเช่นเดิม โดยไม่มีทางที่จะวินิจฉัยสั่งการเป็นอื่นได้แล้วบทบัญญัติมาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง บัญญัติห้ามมิให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านในประเด็นข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาโดยลำพัง จากข้อห้ามอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านนี้ความเห็นในทางตำรา ได้วิเคราะห์ว่าผลของข้อห้ามดังกล่าวแสดงว่า กฎหมายปกครองเยอรมันให้ความสำคัญกับข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาน้อยกว่าความสำคัญของข้อผิดพลาดทางเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติ และวิเคราะห์ว่าข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาที่จะมีผลไปกระทบต่อความถูกต้องหรือชอบด้วยกฎหมาย ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติของนิติกรรมทางปกครองนั้น นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทที่ฝ่ายบัญญัติได้ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจด้วย ไม่ว่าจะเป็นดุลพินิจที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบ (beurteilungsspielraum) หรือในส่วนผลทางกฎหมาย (ermessen) ดังนั้น ในกรณีที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ผู้รับนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวอาจอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านเฉพาะประเด็นข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาโดยไม่ได้แย้งข้อผิดพลาดทางเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติก็ได้ ในการดำเนินคดีของศาลปกครองในเรื่องนี้ ศาลปกครองมีแนวทางปฏิบัติ⁶¹ ดังนี้

ถ้ามีการฟ้องร้องโต้แย้งคัดค้านนิติกรรมทางปกครองประเภทที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ (rechtlichgebundene Verwaltungsakte) ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องวิธีพิจารณาต่อศาลปกครอง ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่านิติกรรมทาง

⁶⁰ เพ็ญศรี วงศ์เสรี. เล่มเดิม. น. 181.

⁶¹ H.Mayer und H.Borgs-Maciejewski. (1928). *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*. น. 410-411 อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2544). *กฎหมายปกครองเยอรมัน*. น. 184.

ปกครองดังกล่าวชอบด้วยเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติหรือไม่ ถ้าศาลปกครองเห็นว่าชอบด้วยเนื้อหา ศาลปกครองจะปฏิเสธคำฟ้องดังกล่าวโดยพิพากษายกฟ้อง เพราะว่า แม้จะมีการปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องวิธีพิจารณาอย่างถูกต้อง ก็ไม่อาจวินิจฉัยสั่งการเป็นอย่างอื่นได้⁶²

ถ้ามีการฟ้องโต้แย้งคัดค้านนิติกรรมทางปกครองประเภทที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ (ermessensverwaltungsakte) ว่าออกโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องวิธีพิจารณา คำพิพากษาการฝ่าฝืนบทบัญญัติในเรื่องวิธีพิจารณาก็เป็นเหตุเพียงพอให้ศาลปกครองบอกล้างด้วยการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ เพราะหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติให้ถูกต้องตามบทบัญญัติในเรื่องวิธีพิจารณาแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะใช้ดุลพินิจและวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้ ดุลพินิจในที่นี้หมายความว่ารวมถึงดุลพินิจที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบของโครงสร้างแห่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เรียกว่า beurteilungsspielraum และดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมายที่เรียกว่า ermessensschrumpfung นั้น ศาลปกครองจะพิจารณาเป็นกรณีนิติกรรมทางปกครองประเภทที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจตัวอย่างเช่น ในชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กรฝ่ายปกครอง เรื่องคำสั่งห้าม นาย ก. ประกอบอาชีพที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นก็ไม่ได้มีการรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ และคำชี้แจงของนาย ก. ดังนั้นนาย ก. จึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่าคำสั่งห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวสอดคล้องกับข้อกฎหมายมาตรา 35GewO หรือไม่ และในการพิจารณาคดีของศาลปกครองได้มีการรับฟังพยานหลักฐานและคำชี้แจงของ ก. แล้ว การรับฟังในชั้นศาลก็เป็นการขยายข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเช่นกัน เมื่อศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ ศาลปกครองจะต้องพิพากษายืนตามคำสั่งห้ามประกอบอาชีพโดยให้ยกฟ้อง ก. ในทางกลับกันถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ เช่น คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร (abbruchverfügung) ศาลปกครองจะต้องบอกล้างนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวโดยการยกเลิกคำสั่งเนื่องจากมิได้มีการรับฟังคำชี้แจงต่างๆ ของผู้รับนิติกรรมทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะต้องย้อนเรื่องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาเรื่องนั้นใหม่ และทำการวินิจฉัยใหม่อีกครั้งหนึ่งเมื่อได้ดำเนินการรับฟังคำชี้แจงต่างๆ ของผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้ว หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังมีความประสงค์ที่จะสั่งการให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองนี้รื้อถอนอาคาร แต่ถ้าหากว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฟังคำชี้แจงแล้วเห็นด้วยกับเหตุผลของผู้รับนิติกรรมทางปกครองก็อาจจะใช้ดุลพินิจไม่ออกคำสั่งแต่อย่างใดก็ได้⁶³

⁶² กมลชัย รัตนสากววงศ์. เล่มเดิม. น. 185.

⁶³ แหล่งเดิม. น. 185-186.

เหตุเบื้องหลังที่แท้จริงของการห้ามมิให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอุทธรณ์ได้แย้งคัดค้านข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาโดยลำพังดังกล่าวข้างต้นนี้คือ การประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการพิจารณาเรื่องใหม่อีกครั้งหนึ่ง ในความเป็นจริงโดยผลของคำสั่งที่เหมือนเดิมแล้วย่อมไม่มีคุณค่าหรือประโยชน์ที่จะบอกล้างนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยเนื้อหาทางกฎหมายสารบัญญัติ แต่ผิดพลาดในเรื่องวิธีพิจารณาเพียงเล็กน้อย และการออกนิติกรรมทางปกครองครั้งใหม่ ก็จะต้องออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลของคำสั่งที่เหมือนเดิม ปัญหาทั้งหมดนี้คือ ภาระหน้าที่ของศาลปกครองที่ต้องตรวจสอบ และบทบาทความสำคัญของวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงถูกบทบัญญัติมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ลดความสำคัญลง สิทธิในการรับฟังย่อมลดความหมายไปถ้าการฝ่าฝืนหลักการรับฟังนี้ไม่สภาพบังคับในที่สุด มาตรา 28 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง หรืออาจอ้างขึ้นมาได้แย้งโดยลำพังไม่ได้ตาม มาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง และอาจเยยวาช้อบกพร่องนี้โดยศาลปกครองก็ได้อีก การรับฟังย้อนหลังอาจเป็น การรับฟังในสถานการณ์อย่างอื่นก็เป็นได้ ซึ่งไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของการให้มีการรับฟังในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง⁶⁴

ในอดีต หากหน่วยงานไม่ได้รับฟังคู่กรณี หน่วยงานอาจเยยวาช้อบกพร่องโดยดำเนินการโดยจัดให้มีการรับฟังในภายหลัง ซึ่งจะต้องกระทำก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องคดี แต่ในปัจจุบันการเยยวาช้อบกพร่องในการรับฟังคู่กรณีสามารถกระทำได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริง (tatsacheninstanz) ตามมาตรา 45 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ทั้งนี้หากกระบวนการพิจารณาอยู่ในชั้นศาลแล้ว ศาลจะเป็นผู้มีดุลพินิจว่าจะอนุญาตให้หน่วยงานเยยวาช้อบกพร่องดังกล่าวหรือไม่⁶⁵

ในระบบกฎหมายเยอรมันไม่เคร่งครัดในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติหรือมีเหตุบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการมากนัก ดังจะเห็นได้ว่ามีกฎหมายให้ออกลาฝ่ายปกครองแก้ไขเยยวาช้อบกพร่องนั้นได้ทั้งในชั้นฝ่ายปกครอง จนกระทั่งถึงชั้นตรวจสอบของศาลก็ยังสามารณดำเนินการแก้ไขเยยวาช้อบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการได้ ทั้งนี้เนื่องจากการตรวจสอบของเยอรมันนั้นมุ่งเน้นพิจารณาในเรื่องการกระทบสิทธิมากกว่าการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากศาลปกครองเพิกถอนเพียงเพราะบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ยังไม่อาจเยยวาช้อบกพร่องได้อย่างแท้จริงเพราะฝ่ายปกครองย่อมมี

⁶⁴ แหล่งเดิม. น. 185-186.

⁶⁵ Bonk/Kallerboff, in : Stelkens/Sachs, § 28 RdNr.71. อ้างใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ .วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน. น. 118.

โอกาสนำนิติกรรมทางปกครองนั้นไปแก้ไขเฉพาะในส่วนรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการโดยยังคงเนื้อหาเหมือนเดิม

3.3 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการในประเทศอังกฤษ

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น มีความแตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากประเทศอังกฤษใช้ระบบศาลเดี่ยว กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรม ซึ่งแตกต่างจากประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสที่มีการแยกระบบกฎหมายเอกชนกับมหาชนอย่างชัดเจน และใช้ระบบศาลคู่ คือ มีองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางฝ่ายปกครองแยกจากศาลยุติธรรม

ในการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายอังกฤษ แบ่งได้ 3 รูปแบบ⁶⁶ ได้แก่

รูปแบบแรก การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองต้องคัดค้านตามที่กฎหมายกำหนด การอุทธรณ์นี้เกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดถึงกระบวนการขั้นตอนเอาไว้ว่าต้องอุทธรณ์ในเรื่องใด และต้องอุทธรณ์ต่อองค์กรใด ศาลเป็นเสมือนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ และตรวจสอบได้ทั้งความเหมาะสมและความชอบด้วยกฎหมาย

รูปแบบที่สอง การฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือ Claim for judicial review ซึ่งเป็นคำฟ้องที่มุ่งหมายตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ของการกระทำหรือการละเว้นการกระทำซึ่งมีความสัมพันธ์กับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

รูปแบบที่สาม การฟ้องคดีละเมิดสิทธิมนุษยชน คำฟ้องประเภทเกิดจากการที่อังกฤษเข้าร่วมอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงต้องตราพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนสำหรับคดีประเภทนี้ ซึ่งการฟ้องกรณีนี้มุ่งหมายต่อการกระทำใดๆขององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลาย รวมถึงฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ ในขณะที่คำฟ้องรูปแบบที่สองหรือ Claim for judicial review นั้นมุ่งหมายเฉพาะการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเท่านั้น

ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ นั้นจึงเป็นไปเพื่อหาเหตุเพิกถอนตามคำฟ้องในรูปแบบที่สองซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับคำฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ในประเทศเยอรมนี และคำฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง (Recours pour excès de pouvoir) ในประเทศฝรั่งเศส

⁶⁶ ปิยนุตร แสงกนกกุล. เล่มเดิม.น. 221.

3.3.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการของนิติกรรมทางปกครองในประเท อังกฤษ

ในประเทศอังกฤษเป็นต้นกำเนิดของกฎหมายในระบบนี้ คำพิพากษาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ คือกฎหมายและเป็นที่มาส่วนหนึ่งของการก่อตัวกฎหมายวิธีสบัญญัติในชั้นปกครอง⁶⁷ โดยมีหลักกฎหมายที่สำคัญ คือหลัก natural justice อันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยหลักดังกล่าวนี้คือ การที่ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามวิธีพิจารณาที่ถูกต้องและยุติธรรมในการพิจารณาและวินิจฉัยที่มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน⁶⁸ ในกระบวนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองนั้น มีหลักกฎหมายบางประการในเรื่องนี้อยู่ด้วยเพื่อการพิจารณาตัดสินใจเป็นไปได้อย่างถูกต้อง โดยมีหลักประกันที่เพียงพอ หลักดังกล่าวนี้มีความหมายใน 2 ประการ คือ หลักความไม่มีอคติ และหลักการรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย

หลักการรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย กล่าวคือในกรณีที่การกระทำของฝ่ายปกครองใดมีโอกาสกระทบถึงเสรีภาพ สิทธิหรือทรัพย์สินของประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิ จะต้องมีโอกาสที่จะแสดงหลักฐานและความคิดเห็นโต้แย้งข้อเท็จจริง ผู้ถูกระทบสิทธิมีเวลาในการเตรียมตัวแสดงความคิดเห็นอย่างเพียงพอ สามารถจะมีที่ปรึกษากฎหมายในระหว่างการศึกษาของเจ้าหน้าที่⁶⁹

หลักความไม่มีอคติ กล่าวคือ ผู้มีอำนาจพิจารณาต้องมีความเป็นกลางและปราศจากอคติ หลักการเหล่านี้เป็นหลักการตาม Common Law และนำมาใช้กับศาล คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และฝ่ายปกครองทั้งหลาย ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยสั่งการไปโดยไม่เคารพหลักฟังความจากคู่ความทุกฝ่าย หรือไม่เคารพหลักความเป็นกลาง การวินิจฉัยสั่งการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากหลักกฎหมายที่เป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาหาเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในอังกฤษแล้ว ศาลต้องพิจารณาถึงความบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเพื่อวินิจฉัยว่านิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การตรวจสอบในเรื่องรูปแบบนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ(vice de form)และนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ(vice de la procédure) โดยศาลอังกฤษ

⁶⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์.(2537).พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. น. 81.

⁶⁸ J.D.B. Mitchell, "Due process in Administrative Procedure in the United Kingdom." in Due Process in Administrative Procedure, Volume 3 (Copenhengue:From &Co,1978), p.101 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ อัจฉริยกุลชัย. (2521). การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น.12.

⁶⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. เล่มเดิม. น. 85.

แบ่งขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติมี 2 ลักษณะ ลักษณะแรก กระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ (Mandatory Procedural Requirements) ลักษณะที่สอง กระบวนการขั้นตอนที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นเพียงแนวปฏิบัติ (Directory Procedural Requirements) เฉพาะกรณีที่ต้องกระทำหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่เคารพกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้นจึงจะส่งผลให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ประเด็นปัญหาสำคัญคือ เราจะใช้เกณฑ์อะไรในการพิจารณาว่ากระบวนการขั้นตอนใดถือเป็นกระบวนการขั้นตอนที่สำคัญซึ่งมีข้อพิจารณาว่าหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนนั้นแล้ว จะส่งผลกระทบต่อสิทธิของเอกชน กระบวนการขั้นตอนนั้นย่อมถือเป็นกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ และกระบวนการขั้นตอนใดที่ช่วยสนับสนุนให้เอกชนบังคับการตามสิทธิที่มีได้ กระบวนการนั้นก็ถือเป็นสาระสำคัญ คำพิพากษาของศาลได้วางแนวไว้ว่า กระบวนการขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ ระยะเวลาการอุทธรณ์และองค์การผู้พิจารณาอุทธรณ์และกระบวนการขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย เป็นกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ⁷⁰

1) รูปแบบ

รูปแบบในการให้เหตุผล (motivation) ของนิติกรรมทางปกครองนั้น ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายกำหนดเป็นการทั่วไปให้ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลเหมือนในประเทศไทยที่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงต้องดูกฎหมายแต่ละฉบับ เช่น พระราชบัญญัติคณะกรรมการพิเศษและการไต่สวน ปี 1958 และ 1971 ไม่ได้กำหนดให้คณะกรรมการพิเศษ (Tribunals) ต้องให้เหตุผล เว้นแต่กรณีจะร้องขอก็ต้องให้ แต่ถ้าเป็นการตัดสินใจของรัฐมนตรีภายหลังการไต่สวนสาธารณะแล้วรัฐมนตรีไม่ทำตามข้อเสนอของผู้ไต่สวนต้องให้เหตุผล มิฉะนั้น จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁷¹ อนึ่ง หากมีการให้เหตุผลสองครั้งแยกจากกัน และเหตุผลเพียงประการเดียวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อีกเหตุผลหนึ่งชอบ การกระทำนั้นไม่เสียไป⁷² และในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจเด็ดขาดแก่ฝ่ายปกครอง โดยไม่ได้บังคับให้ต้องให้เหตุผลในคำสั่งหากฝ่ายปกครองให้เหตุผลผิดไปก็ถือว่าไม่ชอบ⁷³

⁷⁰ ปิยนุตร แสงกนกกุล, เล่มเดิม, น.228.

⁷¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (2537), ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทอังกฤษ, น. 91.

⁷² Iveagh (Earl) v. Minister of Housing and Local Government, (1961) 3 All E.R. p.98 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (2537), ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทอังกฤษ, น. 91.

⁷³ Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, (1968) 1 All E.R. p.694 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (2537), ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทอังกฤษ, น. 91.

2) ขั้นตอนหรือวิธีการ

จะขอล่าวถึงขั้นตอนที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายอังกฤษ 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ และขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

ก. ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ

การปรึกษาหารือ ได้แก่ มาตรการที่ฝ่ายปกครองมักจะใช้เมื่อตรากฎหมายลำดับรอง โดยฝ่ายปกครองจะขอให้องค์กรผู้แทนประชาชนให้ความเห็น ในหลักการที่จะกำหนดในกฎหมายลำดับรองนั้นๆว่าจะมีความเหมาะสม เป็นไปได้ และไม่กระทบเอกชนเกินไปอย่างใดบ้าง ความเห็นนี้จะต้องเป็นลายลักษณ์อักษร⁷⁴

การปรึกษาหารือเกี่ยวกับร่างกฎหมายลำดับรอง หรือกฎ ข้อบังคับนั้นแตกต่างกับการปรึกษาหารือเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติ สารสำคัญของการปรึกษาหารือจะอยู่ที่ความเหมาะสมของนโยบายซึ่งจะเกิดผลได้ก็โดยอาศัยกฎหมายและมาตรการต่างๆซึ่งสมควรกำหนดให้มีในร่างกฎหมาย แต่กรณีปรึกษาหารือเกี่ยวกับกฎ ข้อบังคับนี้จะเน้นที่แนวทางในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม้บทที่เหมาะสมเป็นธรรม มีประสิทธิภาพ ไม่สร้างภาระกับฝ่ายใดมากเกินไป ทั้งนี้ กระบวนการปรึกษาหารือก่อนการออกกฎ ข้อบังคับนี้ถือเป็นขั้นตอนสำคัญที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติของอังกฤษแทบทุกฉบับ⁷⁵

ขั้นตอนการปรึกษาหารือในประเทศอังกฤษนั้นอาจแบ่งได้ 2 รูปแบบ ได้แก่

รูปแบบแรก คือกรณีมีกฎหมายบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการปรึกษาหารือ และรูปแบบที่สอง คือกรณีไม่มีกฎหมายบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการปรึกษาหารือหรือการสมัครใจปรึกษาหารือ

รูปแบบแรก คือกรณีมีกฎหมายบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการปรึกษาหารือ (Compulsory Consultation) ในกฎหมายอังกฤษกำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนการออกกฎใน 3 ลักษณะ คือ กรณีแรก กฎหมายได้กำหนดหน่วยงานหรือองค์กรที่จะต้องไปขอรับความคิดเห็นไว้ อย่างชัดเจน เช่น ตาม The Food Standard Act 1999 Section 9 ระบุว่ากรณีที่รัฐมนตรีที่รับผิดชอบในเรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด จะออกกฎที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาเสพติดได้จะต้องปรึกษาหารือกับหน่วยงานมาตรฐานอาหาร (Food Standard Agency) ในเรื่องนโยบายทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดก่อน เป็นต้น กรณีที่สอง กฎหมายไม่ได้กำหนดหน่วยงานหรือองค์กรที่จะต้องไปขอรับการปรึกษาหารือไว้อย่างชัดเจน แต่ได้กำหนดว่าก่อนที่จะออกกฎ จะต้องไปปรึกษาหารือกับหน่วยงาน

⁷⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ . เล่มเดิม.น. 91.

⁷⁵ ณรงค์เดช สุโรยมิตร. (2553).การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทยอังกฤษ.

องค์กรหรือบุคคลใดๆ ที่เป็นกลุ่มผลประโยชน์ หรือที่สามารถสะท้อนผลประโยชน์ของบุคคลผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากบังคับใช้กฎ ข้อบังคับนั้น เช่น ตามพระราชบัญญัติการศึกษา ค.ศ. 20002 (The Education Act 2002) Section 126 ระบุว่า ก่อนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการจะออกข้อบังคับเกี่ยวกับค่าตอบแทนครูหรือข้อกำหนดเงื่อนไขในการจ้างครู รัฐมนตรีจะต้องดำเนินการปรึกษาหารือกับ (ก) สมาคมสถานศึกษาท้องถิ่นหลายแห่ง (ข) สถานศึกษาท้องถิ่นหลายแห่ง (ค) องค์กรที่เป็นผู้แทนผลประโยชน์ของหน่วยงานที่กำกับดูแลโรงเรียน และ (ง) องค์กรซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการรักษาผลประโยชน์ของครู เป็นต้น และกรณีที่สาม กฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือก่อน แต่จะปรึกษาหารือใคร องค์กรหรือหน่วยงานใดนั้น ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ เช่น พระราชบัญญัติเงินบำนาญ ค.ศ. 1995 (The Pensions Act 1995) Section 176 กำหนดให้รัฐมนตรีต้องปรึกษาหารือกับบุคคลที่รัฐมนตรีเห็นสมควร หรือก่อนที่คณะกรรมการโทรทัศน์อิสระ (Independent Television Commission) จะออกระเบียบควบคุมการโฆษณาตามพระราชบัญญัติการออกอากาศ ค.ศ. 1990 (The Broadcasting Act 1990) Section 9 กำหนดว่า จะต้องให้มีการปรึกษาอย่างเหมาะสม⁷⁶

จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการปรึกษาหารือก่อนการออกกฎหรือคำสั่งนั้นเพื่อความรอบคอบในการดำเนินงาน แต่อำนาจในการตัดสินใจยังคงเป็นของฝ่ายปกครองอย่างเด็ดขาด และในการปรึกษาหารือนั้นจะต้องมีการปรึกษาหารือจริง คือต้องสร้างกฎเกณฑ์หรือระเบียบที่จะปรึกษาให้ผู้เกี่ยวข้อง และต้องใช้เวลาล่วงหน้าพอควรแก่การที่ผู้รับเอกสารจะให้ความเห็น เรื่องที่จะปรึกษาก็ต้องเป็นสาระสำคัญของเรื่องที่กฎหมายบังคับให้ต้องปรึกษา ไม่ใช่้นำประเด็นปลีกย่อยมาปรึกษา การปรึกษานั้นต้องเปิดโอกาสให้มีการแสดงความคิดเห็นจริงใจไม่ใช่เพียงแจ้งให้ทราบ⁷⁷

รูปแบบที่สอง คือกรณีไม่มีกฎหมายบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการปรึกษาหารือหรือการสมัครใจปรึกษาหารือ (Voluntary Consultation)

การปรึกษาหารือโดยความสมัครใจ เป็นกรณีที่ผู้ขอคำปรึกษาหารือฝ่ายปกครองได้เห็นความสำคัญของวิธีการปรึกษาหารือเอง แม้ว่าในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำการปรึกษาหารือ โดยมากแล้ว ผู้ที่ให้คำปรึกษาหารือจะเป็นกลุ่มผลประโยชน์ที่มีได้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐบาลกลางหรือตัวแทนของรัฐบาล หากแต่กลุ่มดังกล่าวนี้เกี่ยวกับการบริหารงานสาธารณะ เช่น สหภาพการค้าและสมาพันธ์ลูกจ้าง สมาคมภาพยนตร์ สมาคมฟุตบอล สมาคมยานยนต์ ราชยานยนต์สมาคม สมาคมไอศกรีม และองค์กรอื่นๆ

⁷⁶ แหล่งเดิม. น. 15-18.

⁷⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เล่มเดิม. น. 37.

ตัวอย่างของการสมัครในปรึกษาหารือ เช่น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองจะออกข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ ฝ่ายปกครองจะทำการปรึกษาหารือกับสมาคมเจ้าพนักงานท้องถิ่น อธิบดีกรมตำรวจ องค์การที่ทำหน้าที่ในการควบคุม และสหพันธ์ตำรวจ หรือในกรณีที่ฝ่ายปกครองจะออกข้อบังคับโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ Petroleum (Consolidation) Act, 1928 ฝ่ายปกครองจะทำการปรึกษาหารือกับองค์กรพนักงานท้องถิ่น ตัวแทนของผู้จำหน่ายปิโตรเลียม สมาคมขนส่งทางบก และตัวแทนสมาคมยานยนต์⁷⁸

หรือในกรณี การออกข้อบังคับภายใต้พระราชบัญญัติการพนัน (Betting and Gaming Acts) ฝ่ายปกครองไม่เพียงแต่ปรึกษากับอธิบดีกรมตำรวจ สมาคมเสมียนยุติธรรม สมาคมตุลาการ และสมาคมคุ้มครองผู้รับพนันแห่งชาติ ตามที่พระราชบัญญัติการพนันบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำการปรึกษาหารือกับองค์กรเหล่านี้ก่อนที่จะออกข้อบังคับออกมา แต่ฝ่ายปกครองยังสมัครใจในการใช้วิธีการปรึกษาหารือโดยขอคำปรึกษาจากสภาบาทหลวงอีกด้วย หรือการออกระเบียบหรือข้อบังคับภายใต้กฎหมายจราจร (The Road Traffic Act, 1960) ในการออกระเบียบเกี่ยวกับยานพาหนะ (การผลิตและการใช้) นอกจากรัฐมนตรีจะปรึกษาหารือกับหน่วยงานต่างๆ ตามที่กฎหมายฉบับนี้บังคับให้ต้องปรึกษาหารือแล้ว ยังปรึกษาหารือกับองค์กรอื่นๆ อีกกว่า 50 องค์กร หรือการออกระเบียบเกี่ยวกับเครื่องหมายจราจร รัฐมนตรีได้สมัครใจปรึกษาหารือกับองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมากกว่า 37 องค์กร หรือในกรณีที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเด็กและเยาวชน (Children and Young Person Act, 1963) Part 2 ในการออกข้อบังคับเกี่ยวกับการจ้างงานในประเทศ อังกฤษ โดยก่อนที่จะฝ่ายปกครองจะออกข้อบังคับออกมา ฝ่ายปกครองได้ทำการปรึกษาหารือกับสหภาพการค้าและสมาพันธ์ลูกจ้าง บริษัทกระจายเสียงแห่งอังกฤษ เจ้าหน้าที่โทรทัศน์อิสระ และสมาคมเจ้าพนักงานท้องถิ่นด้วยซึ่งองค์กรที่กล่าวมาข้างต้นนี้ กฎหมายไม่ได้บังคับให้ฝ่ายปกครองจะต้องทำการปรึกษาหารือ แต่เป็นความสมัครใจของฝ่ายปกครองเอง เนื่องจากฝ่ายปกครองเห็นประโยชน์ของวิธีการปรึกษาหารือ เพราะฝ่ายปกครองจะได้รับข้อมูลข่าวสารในทางวิชาการ วิทยาศาสตร์ หลักวิชา ข้อเสนอแนะและข้อคิดต่างๆ ตลอดจนได้รับการสนับสนุน และการยอมรับจากประชาชนมากยิ่งขึ้น⁷⁹

การปรึกษาหารือในประเทศอังกฤษไม่ได้มีการกำหนดวิธีการหรือข้อกำหนดในการปรึกษาหารือ เอาไว้ในพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ แต่มีหลักการสำคัญที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึง

⁷⁸ J.F. Garner, "Consultation in Subordinate Legislation", p.117 อ้างถึงใน ยุทธกร ช่อไม้ทอง. (2546). การกำหนดกระบวนการปรึกษาหารือก่อนตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 21.

⁷⁹ ยุทธกร ช่อไม้ทอง. เล่มเดิม. น. 31.

เสมอในการดำเนินการในขั้นตอนปรึกษาหารือ คือ การแจ้งหรือการประกาศให้ทราบ กล่าวคือ การที่ฝ่ายปกครองจะขอคำปรึกษาหารือกับองค์กรที่ปรึกษาในการตรากฎหมายลำดับรองนั้น ฝ่ายปกครองต้องทำการแจ้งหรือประกาศให้องค์กรที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาทราบ โดยฝ่ายปกครองต้องการจัดหาจัดเตรียมข้อมูลให้เพียงพอแก่องค์กรที่ปรึกษา เพื่อที่องค์กรที่ปรึกษาจะนำมาใช้เป็นข้อมูลในการประกอบการตัดสินใจในการให้คำปรึกษาและคำแนะนำและในการกำหนดระยะเวลาในการให้คำปรึกษาต้องให้เวลาอย่างเพียงพอแก่องค์กรที่ปรึกษาในการที่จะให้คำแนะนำหรือปรึกษา โดยในพระราชบัญญัติบางฉบับจะกำหนดเวลาอย่างแน่นอน

วิธีการปรึกษาหารือของประเทศอังกฤษ ฝ่ายปกครองจะดำเนินการส่งร่างของข้อบังคับและบันทึกการประชุมไปยังองค์กรที่ปรึกษาต่างๆ ที่จะเชิญมาให้คำปรึกษา ภายหลังจากมีการพิจารณาให้คำปรึกษาแล้ว ร่างข้อบังคับบางฉบับอาจมีความจำเป็นต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัดทอนหรือเพิ่มเติม ตามที่องค์กรที่ปรึกษาได้ให้ข้อสังเกตเมื่อฝ่ายปกครองพิจารณาและตัดสินใจว่าจะต้องดำเนินการแก้ไข เปลี่ยนแปลงแล้ว ฝ่ายปกครองก็จะส่งร่างข้อบังคับไปยังองค์กรที่ให้คำปรึกษาพิจารณาอีกครั้ง เพื่อที่จะให้องค์กรที่ปรึกษาดูตรวจร่างข้อบังคับนั้นอีกครั้ง

ข. ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

ในอังกฤษขั้นตอนดังกล่าวมาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ที่ประกอบด้วย หลักต้องฟังความทุกฝ่าย (audi alteram partem) และหลักปราศจากอคติ (rule against bias) ซึ่งเดิม 2 หลักนี้ใช้กับการกระทำทางตุลาการหรือกึ่งตุลาการของฝ่ายปกครองเพราะเป็นวิธีพิจารณาของศาล แต่ต่อมาขยายตัวไปใช้กับคำสั่งทางปกครองอื่นๆ ที่เป็นคำสั่งเฉพาะตัว (determination) หรือการไต่สวนสาธารณะ (public inquiry) ด้วย⁸⁰

หลักฟังความทุกฝ่าย ถือเป็นหลักสำคัญที่ต้องใช้ในกรณีที่คำสั่งนั้นจะกระทบสิทธิของเอกชนและทำให้เขาเสียหาย ต้องให้โอกาสเขาโต้แย้งคำสั่งได้ คล้ายๆ กับหลักสิทธิในการป้องกันตนเองไม่ใช้กับการออกกฎหมายลำดับรอง และจะใช้ต่อเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดทางเดียวโดยการอุทธรณ์⁸¹

ในปัจจุบัน ศาลอังกฤษมีนำหลักความคาดหวังอันชอบธรรม (legitimate expectation) มาบังคับใช้ โดยผ่านเข้ามาทางหลักการฟังความจากคู่ความทุกฝ่าย (audi alteram partem) กล่าวคือ บุคคลย่อมมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่าตนจะได้รับความยุติธรรมจากรัฐ โดยได้มีโอกาสได้รับการพิจารณาอย่างปราศจากอคติ และมีโอกาสชี้แจง ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ชี้แจงแสดงพยานหลักฐานก่อนที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจ

⁸⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เล่มเดิม, น. 92.

⁸¹ แหล่งเดิม.

เปลี่ยนแปลงการกระทำจากเดิมหรือเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจจากเดิม แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ แต่ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งใดหรือเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจใด โดยมีผลกระทบต่อประโยชน์หรือสถานะของคู่กรณี องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องให้คู่กรณีได้ชี้แจงเสียก่อน⁸²

การนำหลักที่เรียกว่า “ความคาดหวังอันชอบธรรม” (legitimate expectation) ของคู่กรณีมาใช้โดยพอจะเทียบเคียงได้กับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของกฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรป และกฎหมายยุโรป อย่างชัดเจน ซึ่งปรากฏเมื่อปี 1972 โดยนำมาใช้กับกฎเกณฑ์ทางสัญญาหรือกระบวนการพิจารณา จนกระทั่งทศวรรษ 90 จึงพัฒนามาใช้กับกฎเกณฑ์ทางสารบัญญัติหรือเนื้อหา

การใช้หลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมกับกฎเกณฑ์ทางสัญญาหรือกระบวนการพิจารณา หลักความคาดหวังอันชอบธรรม (legitimate expectation) ปรากฏขึ้นครั้งแรกในคำพิพากษาของศาลในคดีปกครองเมื่อปี 1972 โดยเชื่อมโยงกับการประกันสิทธิในการต่อสู้ได้แย้งและการรับฟังทุกฝ่าย (audi alteram partem) ซึ่งสกัดย่อยออกมาจากหลักการใหญ่อย่างความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ในคดี Regina v. Liverpool Corporation ex parte Liverpool Taxi Fleet Operator's Association หน่วยงานของเทศบาลได้เพิ่มจำนวนการออกใบอนุญาตขับแท็กซี่ ซึ่งการเพิ่มจำนวนใบอนุญาตดังกล่าวขัดกับข้อตกลงเดิมที่กำหนดจำนวนใบอนุญาตขับแท็กซี่ไว้ และกระทบประโยชน์ของผู้ขับแท็กซี่ที่ได้รับใบอนุญาตไปก่อนหน้านี้แล้ว เพราะเมื่อจำนวนแท็กซี่ที่เพิ่มมากขึ้น ก็ย่อมมีการแข่งขันกันระหว่างแท็กซี่มากขึ้น อาจทำให้รายได้และจำนวนผู้โดยสารของผู้ได้รับใบอนุญาตขับแท็กซี่ก่อนหน้านี้ลดลง อย่างไรก็ตาม เทศบาลก็จำเป็นต้องตัดสินใจในทางนโยบายเพิ่มจำนวนแท็กซี่ เพราะต้องการให้ผู้ใช้บริการสะดวกขึ้น ศาลตัดสินว่าแม้หน่วยงานของเทศบาลที่รับผิดชอบจะมีอำนาจในการตัดสินใจในทางนโยบายอย่างอิสระที่จะเพิ่มจำนวนใบอนุญาตแท็กซี่ แต่หน่วยงานก็ต้องชัดเจนและให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย หน่วยงานสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเดิมได้ แต่ต้องขอความเห็นจากสมาคมผู้ขับแท็กซี่เสียก่อน จากคดีนี้ศาลเห็นว่า ผู้ขับแท็กซี่ที่ได้รับใบอนุญาตไปแล้ว ย่อมมีความคาดหวังอันชอบธรรมตามข้อตกลงว่า จำนวนใบอนุญาตขับแท็กซี่จะไม่ถูกเพิ่มขึ้น และจะไม่มีผู้ขับแท็กซี่รายใหม่เข้ามาแย่งส่วนแบ่งผู้ให้บริการ การที่เทศบาลจะตัดสินใจเพิ่มจำนวนใบอนุญาตขับแท็กซี่ก็ควรรับฟังความเห็นและยอมรับถึงความคาดหวังอันชอบธรรมของผู้ได้รับใบอนุญาตขับแท็กซี่ก่อนหน้านี้ด้วย⁸³

⁸² ปิยนุตร แสงกนกกุล. เล่มเดิม. น. 229.

⁸³ แหล่งเดิม.

ต่อมา แนวคำพิพากษาดังกล่าวได้รับการยอมรับในศาลสูงสุด และบังคับใช้กับราชการส่วนกลางในคดี Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service ศาลสูงสุดตัดสินว่า ข้อเท็จจริงที่ว่า นับตั้งแต่ปี 1947 หากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเงื่อนไขและสภาพการทำงานของข้าราชการ จะต้องแจ้งและขอความเห็นจากสหภาพแรงงานของข้าราชการก่อนเสมอ การได้รับแจ้งและปรึกษาหารือก่อนนั้นถือเป็นความคาดหวังอันชอบธรรมของข้าราชการ⁸⁴

การคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรม จึงเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญไม่เพียงแต่ใช้กับกฎเกณฑ์ในทางสารบัญญัติหรือทางเนื้อหาเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงกฎเกณฑ์ทางสัญญะวิธี หรือขั้นตอนหรือวิธีการ (procedure) ทั้งหลายด้วย กล่าวคือ บุคคลย่อมมีความคาดหวังอันชอบธรรมว่าตนจะได้รับความยุติธรรมจากรัฐ โดยได้มีโอกาสได้รับการพิจารณาอย่างปราศจากอคติ และมีโอกาสชี้แจง ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ชี้แจงแสดงพยานหลักฐาน ก่อนที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจเปลี่ยนแปลงการกระทำจากเดิมหรือเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจจากเดิม แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ แต่ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งใดหรือเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจใด โดยมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือคู่กรณี องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องให้คู่กรณีได้ชี้แจงเสียก่อน

ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านนั้นต้องคำนึงถึงการดำเนินการใน 2 ประการ

ประการแรกต้องมีการแจ้งคำบอกกล่าวแก่บุคคลผู้ถูกระทบสิทธิ การแจ้งคำบอกกล่าวนี้จะทำให้บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิมีโอกาสเตรียมหาข้อเท็จจริง ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อใช้ในการชี้แจงข้อเท็จจริงแก่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น คำบอกกล่าวจึงต้องแจ้งให้บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิทราบถึงข้อมูลต่างๆ อย่างเพียงพอ มีความชัดเจนเข้าใจได้ รวมทั้งต้องมีการแจ้งระยะเวลาสถานที่ที่จะดำเนินการรับฟังข้อเท็จจริง

ประการที่สอง ต้องมีการรับฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ ในการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกระทบสิทธิ ฝ่ายปกครองสามารถรับฟังข้อเท็จจริงได้จากทั้งวาจาหรือลายลักษณ์อักษร ฝ่ายปกครองต้องให้โอกาสแก่บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิแก้ข้อกล่าวหาหรือให้ข้อเท็จจริงต่างๆ อย่างเพียงพอ

นอกจากนี้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการแสวงหาพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้เอง แต่ยังคงต้องแจ้งพยานหลักฐานที่แสวงหาเพิ่มเติมมานั้นให้ผู้ถูกระทบสิทธิทราบด้วย

⁸⁴ แหล่งเดิม.

เมื่อฝ่ายปกครองได้ให้โอกาสรับฟังข้อเท็จจริงแก่บุคคลที่จะถูกระงับสิทธิแล้ว ฝ่ายปกครองก็ได้ปฏิบัติตามหลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายแล้ว แม้บุคคลที่จะถูกระงับสิทธิจะไม่มาให้ข้อเท็จจริงก็ตาม นอกจากนี้ บุคคลที่จะถูกระงับสิทธิอาจมีผู้แทนหรือทนายความเพื่อดำเนินการพิจารณาแทนได้ในบางกรณีศาลอังกฤษจะยินยอมให้บุคคลที่ถูกระงับสิทธิมีผู้แทนหรือทนายความในกรณีที่สิทธิของบุคคลจะถูกระงับอย่างร้ายแรง หรือเมื่อประเด็นที่จะวินิจฉัยมีความยุ่งยากและซับซ้อน แต่ถ้าสิทธิที่จะถูกระงับมีความสำคัญน้อย ศาลจะไม่ยินยอมให้บุคคลนั้นมีผู้แทนหรือทนายความ

หากฝ่ายปกครองดำเนินการกระทำทางปกครองอันส่งผลกระทบต่อเอกชนโดยไม่คำนึงถึงหลักการดังกล่าวข้างต้นย่อมส่งผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายอันอาจเป็นเหตุให้ศาลเพิกถอนได้ มีข้อพิจารณาถึงผลทางกฎหมาย ดังนี้

3.3.2 ผลทางกฎหมายกรณีทำนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในประเทศอังกฤษ

ศาลอังกฤษจะแยกการพิจารณากรณีการทำผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการออกเป็น 2 ประเภท คือ ถ้าทำผิดแบบบังคับ (imperative หรือ mandatory) ต้องถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าทำผิดแบบที่เป็นเสมือนแนวทาง (directory) จะยังไม่มีผลถึงขนาดที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ในคดี Howard v. Bodington (1877) 2 P.D.p.203 Lord Penzance วางหลักว่า ต้องดูความสำคัญของกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับแบบที่ไม่มีการใช้ที่ถูกต้องว่าสัมพันธ์กับสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองเพียงใด เพื่อที่จะทราบว่าสิ่งใดเป็นแบบบังคับหรือเป็นเพียงแนวทาง⁸⁵ ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ดังเช่น กรณีที่กฎหมายกำหนดให้แสดงเหตุผลเมื่อรัฐมนตรีไม่ทำตามข้อเสนอของผู้ใดส่วนในการใดส่วนสาธารณะรัฐมนตรีต้องแสดงเหตุผลเมื่อไม่ได้มีการแสดงเหตุผลย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องแสดงเหตุผลในคำสั่งหากฝ่ายปกครองให้เหตุผลผิดไปก็ไม่ถือว่าไม่ชอบ⁸⁶ ในกรณีที่มิได้มีการกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดว่า ต้องมีการให้เหตุผลในการวินิจฉัยสั่งการ ศาลก็ได้ขยายหลักการรับฟังคู่ความซึ่งได้ให้การรับรองสิทธิที่จะถูกรับฟังไปในแนวทางที่ว่า ผู้เสียหายจะสามารถชี้แจง แสดงเหตุผล และโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง หรือคำวินิจฉัยใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อเขาได้รับทราบถึงเหตุผลของการสั่งการหรือการวินิจฉัยนั้นแล้วเท่านั้น ซึ่งแนวบรรทัดฐานในเรื่องนี้เพิ่ง

⁸⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ . เล่มเดิม.น. 90.

⁸⁶ Padfield v.Minister of Agriculture, Fisheries and Food. (1968) 1All E.R. p.694 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2537). ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ. น. 91.

จะเกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 90 ที่ผ่านมานี้เอง ดังนั้น ในปัจจุบันเราอาจถือได้ว่า ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่ต้องให้เหตุผลในการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้การยกเว้นไว้⁸⁷

ส่วนในการฟ้องร้องต่อศาลในกรณีฝ่ายปกครองกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการพิจารณาหรือ ซึ่งในกรณีที่เกิดปัญหานี้ขึ้น ศาลยุติธรรมของอังกฤษมีอำนาจตรวจสอบในแง่ต่างๆ ดังนี้

1) การตรวจสอบในแง่บุคคลหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือ

ศาลจะทำหน้าที่ระบุลงไปว่า ใครบ้างที่มีสิทธิในการให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายปกครองโดยศาลจะทำการพิจารณาตามพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ได้มีการกำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปเลยหรือไม่ว่าบุคคลใด องค์กรใด หรือตัวแทนขององค์กรใดที่มีสิทธิในการที่ฝ่ายปกครองจะขอคำปรึกษาดูแลแต่ในกรณีที่พระราชบัญญัติบางฉบับเพียงแค่งำหนดมาตรฐานทั่วไป โดยให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองอย่างพอสมควรในการพิจารณาและตัดสินใจว่า บุคคลใด องค์กรใด หรือตัวแทนขององค์กรใดที่ฝ่ายปกครองเห็นว่ามีความเหมาะสมในการที่ตนจะขอคำปรึกษาดูแล รัฐมนตรีผู้มีอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับนั้น ก็มีอำนาจในการที่จะตัดสินใจว่าตนจะทำการปรึกษาหารือกับองค์กรใดที่ตนเห็นว่ามีความเหมาะสม หรือมีความเกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติ Sea Fisheries Regulation Act 1966, Section 1 ซึ่งบัญญัติว่า “หลังจากรัฐมนตรีได้ทำการปรึกษาหารือกับเมืองต่างๆ และที่ประชุมสภาของเมืองที่เกี่ยวข้องแล้ว” หรือตามพระราชบัญญัติ New Town Act 1965, Section 1 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “หลังจากที่ได้ทำการปรึกษาหารือกับเจ้าพนักงานท้องถิ่นซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่าเกี่ยวข้องแล้ว” จากพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าว ศาลจะเข้าไปแทรกแซงดุลพินิจของรัฐมนตรี โดยศาลเห็นว่า ศาลมีอำนาจในการที่จะพิจารณาว่า องค์กรใด หรือบุคคลใดในทางความเป็นจริงมีความเกี่ยวข้องตามที่พระราชบัญญัติฉบับนั้นได้บัญญัติมา⁸⁸ ซึ่งในปี 1947 เป็นคดีระหว่าง Rollo V. Minister of Town and Country Planning (1947) ซึ่งในคดีนี้กฎหมายได้กำหนดให้รัฐมนตรีจะต้องทำการปรึกษาหารือกับเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่รัฐมนตรีเห็นว่ามีความเกี่ยวข้อง ก่อนที่จะตัดสินใจว่า จะจัดตั้งเขตใดให้เป็นเขตเมืองใหม่ ซึ่งหลังจากฝ่ายปกครองได้ตัดสินใจให้เมือง Crawley New Town เป็นเขตที่จะจัดตั้งเมืองใหม่ ก็ได้มีการกล่าวหาว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้ทำการปรึกษาหารือกับ parish council เทศมนตรีเมืองSussex และmid. Serrey Joint Planning Committee ซึ่งศาลไม่รับฟังข้อทักท้วงนี้ โดยกล่าวว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้ รัฐสภาได้มอบอำนาจให้รัฐมนตรีมีอำนาจในการพิจารณาว่าองค์กรใดที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งไม่มีความจำเป็นเลยที่รัฐมนตรีจะต้องชี้แจงต่อศาลว่าทำไมจึงไม่พิจารณาที่จะทำการปรึกษาหารือกับ

⁸⁷ ณรงค์เดช สรุโฆษิต. เล่มเดิม. น. 129.

⁸⁸ ยุทธกร ช่อไม้ทอง. เล่มเดิม. น. 32.

parish council เทศมนตรีเมือง Sussex และ mid. Serrey Joint Planning Committee ซึ่งในกรณีนี้จะพบว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจมากในการที่จะเลือกว่าองค์กรใด บุคคลใด หรือตัวแทนขององค์กรใด ที่ตนจะขอคำปรึกษาด้วย ซึ่งการที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองมากเกินไปอาจจะเป็นผลดีเนื่องจากฝ่ายปกครองอาจจะทำการปรึกษาหารือกับองค์กรที่ไม่มีความเกี่ยวข้อง เหมาะสมหรือมีความเชี่ยวชาญเพียงพอ ซึ่งจะทำให้วิธีการปรึกษาหารือไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่แท้จริงได้⁸⁹

แต่ต่อมาภายหลังจากคดี Rollo V. Minister of Town and Country Planning (1947) แล้ว ได้มีอีกคดีขึ้นสู่ศาลสูง ซึ่งมีผลในการกลับคำตัดสินในคดีข้างต้น ก็คือคดี Lee v. Department of Education and Science ซึ่งกฎหมายการศึกษา ได้บัญญัติให้รัฐมนตรีต้องทำการปรึกษาหารือกับเจ้าหน้าที่การศึกษาท้องถิ่น (the local education) และบุคคลอื่นๆ ที่รัฐมนตรีเห็นว่ามีความเกี่ยวข้องกับการจัดการหรือการบริหารของโรงเรียน ก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองออกมา โดยรัฐมนตรีไม่ได้ทำการปรึกษาหารือกับผู้ปกครองของนักเรียน ผู้บริหารโรงเรียน และอาจารย์ทำให้บุคคลเหล่านี้ร้องขอต่อศาลโดยยืนยันว่า พวกตนมีสิทธิในการที่จะให้ความคิดเห็นต่อรัฐมนตรีภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า คำว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” นั้น ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ หมายถึง ผู้ที่มีส่วนร่วมในส่วนใดส่วนหนึ่งของการบริหารโรงเรียน ดังนั้น ผู้ปกครอง นักเรียน และอาจารย์ในโรงเรียนจึงถือว่ามีส่วนร่วมในการบริหารโรงเรียนด้วย รัฐมนตรีจึงต้องทำการปรึกษาหารือกับบุคคลเหล่านั้นด้วย ดังนั้น ในคดีนี้ศาลจึงเข้ามาแทรกแซงดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการที่จะพิจารณาเลือกว่าองค์กรใดที่ตนเห็นว่าเกี่ยวข้องหลังจากนี้ได้มีคดีต่อมาที่ศาลยึดหลักเดียวกันกับคดี Lee v. Department of Education and State ก็คือ คดี Agricultural, Horticultural and Forestry Trading Board v. Aylesbury Mushrooms Ltd. ซึ่งศาลได้ตัดสินใจว่า ก่อนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานจะออกคำสั่งให้บริษัทอุตสาหกรรมกำหนดแผนงานในการฝึกลูกจ้าง รัฐมนตรีกระทรวงแรงงานจะต้องทำการปรึกษากับองค์กรต่างๆ หรือสมาคมขององค์กรต่างๆ ซึ่งเป็นตัวแทนของสมาชิกลูกจ้าง ซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่าเกี่ยวข้อง โดยในคดีนี้รัฐมนตรีแรงงานได้ออกคำสั่งครอบคลุมการทำกิจการเกษตร รวมถึงการเพาะเห็ดด้วย สมาคมผู้เพาะเห็ด ซึ่งมีตัวแทนถึง 85% ในประเทศอังกฤษ และเวลส์ ได้มีการกล่าวอ้างว่ารัฐมนตรีได้ทำการปรึกษาหารือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่ปรึกษาหารือกับสมาคม ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นด้วย โดยวินิจฉัยว่า องค์กรที่รัฐมนตรีจะต้องทำการปรึกษานั้น ต้องเป็นองค์กรที่ให้ความพึงพิงแก่ฝ่ายปกครองได้ โดยที่ฝ่ายปกครองต้องมีความสุจริตใจ มีความเป็นเหตุผลเพียงพอ และมีความพยายาม

⁸⁹ ยุทธกร ช่อไม้ทอง. เล่มเดิม. น. 33.

ที่จะทำการปรึกษาหารือ แต่คำสั่งที่ออกมาไม่มีความพยายามที่จะทำการปรึกษาหารือกับองค์กรที่เกี่ยวข้องจึงทำให้คำสั่งที่ออกมาไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁰

จาก 2 คดี คือ คดีLee และคดี Aylesbury Mushrooms ได้วางแนวไว้ว่า ในกรณีที่พระราชบัญญัติได้บัญญัติโดยชัดแจ้งว่ารัฐมนตรีจะต้องทำการปรึกษาหารือกับบุคคลใด หรือองค์กรใดส่วนใหญ่ก็จะไม่เกิดปัญหา แต่ในกรณีที่พระราชบัญญัติได้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีในการใช้ดุลพินิจในการเลือกองค์กรใดหรือบุคคลใดที่ตนคิดว่ามีความเกี่ยวข้องและเหมาะสม การควบคุมทางศาลก็จะเกิดขึ้น⁹¹

นอกจากนี้ ยังมีอีกคดีที่ขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ในคดีSinfield v. London Transport Executive(1970)ซึ่งผู้บริหารการขนส่งลอนดอนมีหน้าที่จะต้องทำการปรึกษาหารือกับเจ้าพนักงานท้องถิ่นก่อนที่จะทำการเปลี่ยนแปลงเส้นทางเดินรถสำหรับรถเมล์ ในคดีนี้ The Camden London Borough Council ได้ขอให้ศาลมีคำสั่งไม่ให้มีการเปลี่ยนแปลงเส้นทางเดินรถ เนื่องจากผู้บริหารไม่ได้ทำการปรึกษาหารือในเรื่องที่เกี่ยวกับความสะดวกสบายสำหรับการเดินทางของผู้โดยสาร ซึ่งศาลได้มีคำสั่งโดยเห็นพ้องเป็นเอกฉันท์ว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสำหรับการเดินรถจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการปรึกษาหารือกับ The Camden London Borough Council ในเรื่องความสะดวกสบายสำหรับการเดินทางของผู้โดยสารด้วย ไม่ใช่เพียงปรึกษาหารือในเรื่องปัญหาจราจรซึ่งเป็นต้นเหตุให้มีการเปลี่ยนแปลงเส้นทางเดินรถเท่านั้น

2) การตรวจสอบในแง่ระยะเวลาในการให้คำปรึกษาหารือ

ขั้นตอนปรึกษาหารือในบางกรณีมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าต้องดำเนินการภายในระยะเวลาเท่าใด แต่ก็ยังมีพระราชบัญญัติบางฉบับที่ไม่ได้กำหนดเวลาสำหรับการปรึกษาหารือเอาไว้เลย หรืออาจจะกำหนดเพียงเวลาขั้นต่ำ ดังนั้น ศาลอาจจะเข้ามามีบทบาทในการกำหนดเวลาที่เหมาะสมและพอเพียงสำหรับการปรึกษาหารือในกรณีที่ฝ่ายปกครองกำหนดเวลาไว้สั้นเกินไป เช่น ในคดี Port Louisสภาท้องถิ่นได้ถูกขอร้องให้เสนอความเห็นภายใน 11 วัน เท่านั้น ซึ่งศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ระยะเวลา 11 วันนั้นสั้นเกินไป และไม่มีเหตุผลที่จะนำไปสู่มาตรการที่เร่งด่วน ต่อมาภายหลังศาลจึงได้อนุญาตโดยขยายเวลาให้ 3 เดือน ในการเสนอความเห็น จากการพิจารณานี้ได้เกิดความสงสัยตามมาว่า การให้ระยะเวลาในการปรึกษาหารือยาวนานขึ้นอาจจะส่งผลกระทบต่อแผนงานงานฝ่ายปกครองขึ้นได้

หรือในคดี Lee v. Department of Education and Science รัฐมนตรีเสนอแนะให้มีการออกคำสั่งในการเปลี่ยนแปลงข้อบังคับในการบริหารโรงเรียน Enfield Grammar ซึ่งพระราชบัญญัติ

⁹⁰ แหล่งเดิม.

⁹¹ แหล่งเดิม.น. 34.

ฉบับนี้ให้สิทธิแก่บุคคลที่ฝ่ายปกครองจะทำการปรึกษาหารือด้วย ในการจัดตั้งตัวแทนของตน ให้เข้ามามีส่วนร่วมในการปรึกษาหารือ โดยรัฐมนตรีได้กำหนดระยะเวลาให้เพียง 3 วันเท่านั้น ซึ่งรวมทั้งวันหยุดด้วย ซึ่งรัฐมนตรีได้ใช้เวลาพิจารณาในช่วงสั้นๆ เท่านั้น อันเป็นระยะเวลาที่กระชั้นชิดเกินไป ดังนั้น ศาลจึงได้อนุญาตโดยประกาศว่าการปรึกษาหารือไม่เพียงพอตามกฎหมาย ศาลจึงอนุญาตโดยให้เวลาเพิ่มจาก 3 วันเป็น 4 สัปดาห์ และได้วางหลักในเรื่องการไม่แจ้งให้บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองทราบภายในระยะเวลาอันควรก็ถือว่าไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ⁹²

ในคดี Regina v. Hillington Health Authority ex.parte Goodwin, The times 13 Dec. 1983 ศาลวางหลักกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการในการปรึกษาหารือ หากฝ่ายปกครองไม่กระทำ ถือว่าผิดแบบบังคับเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลยุติธรรมจะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการปรึกษาหารือในประเด็นต่างๆ และหากปรากฏว่า ไม่มีการปรึกษาหารือ หรือการปรึกษาหารือแต่กระทำโดยมิชอบ ผิดขั้นตอน แจ้งบุคคลที่มีสิทธิปรึกษาหารือไม่ถูกต้อง ฯลฯ โดยหลัก ศาลก็ย่อมเพิกถอน (quash) การวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง โดยออกหมายเซอติโอ (certiorari) ซึ่งเป็นหมายหลักที่ศาลใช้ในการเพิกถอนสภาพบังคับทางกฎหมายของกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง แต่ในกรณีการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ข้อบังคับ (statutory instruments) ปกติ ศาลจะไม่เพิกถอน แต่จะประกาศถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยใช้หมายเดคลาเรชัน (declaration) ซึ่งเป็นหมายที่ศาลใช้ประกาศว่าการกระทำทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หาได้มีผลเป็นการเพิกถอนการกระทำทางปกครองนั้นแต่อย่างใดไม่ หรือในคำสั่งบางประเภทที่สามารถแบ่งแยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้ดำเนินการปรึกษาหารือใหม่ให้ถูกต้องโดยอาศัยหมายแมนดามัส (mandamus) เป็นหมายที่ศาลใช้เป็นเครื่องมือในการสั่งให้ฝ่ายปกครองตลอดจนเอกชนกระทำการตามหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้⁹³

3) กรณีฝ่ายปกครองดำเนินการโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

ในกฎหมายอังกฤษหากฝ่ายปกครองดำเนินการโดยขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิสามารถเยียวยาแก้ไขได้เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรู้ว่าการพิจารณาวินิจฉัยของตนขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งรวมถึงหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเยียวยาแก้ไขการพิจารณาโดยการพิจารณาตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเพื่อออก

⁹² ณรงค์เดช สุโรยิต. เล่มเดิม. น. 127.

⁹³ แหล่งเดิม. น. 37-38

คำวินิจฉัยใหม่ เช่น จัดให้มีการรับฟังผู้กระทบสิทธิ เป็นต้น แต่การเยียวยาแก้ไขกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติจะทำได้ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยที่ได้วินิจฉัยไปแล้ว ส่วนในชั้นของการพิจารณาอุทธรณ์ (ภายในฝ่ายปกครอง) นั้น ไม่อาจเยียวยาแก้ไขกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการพิจารณาเบื้องต้นได้ เนื่องจากถ้าการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์สามารถเยียวยาแก้ไขการพิจารณาเบื้องต้นที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้ สิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยก็ไม่ใช่สิทธิอุทธรณ์ที่แท้จริง ซึ่งมีหน้าที่แก้ไขคำวินิจฉัยเบื้องต้น ระยะเวลาในการเยียวยาแก้ไขกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติจึงสิ้นสุดลงเมื่อ คำวินิจฉัยซึ่งออกโดยกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ได้ถูกอุทธรณ์ไปยังผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ (แม้ต่อมาศาลจะยอมให้การพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ในบางกรณีสามารถเยียวยาแก้ไขได้)⁹⁴

จากเรื่องการเยียวยาแก้ไขกระบวนการพิจารณาทางปกครองและผลของกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่บกพร่องหรือขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ทำให้คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองเป็นโมฆะ จึงกล่าวได้ว่า ในประเทศอังกฤษนั้น กฎหมายปกครองในส่วนวิธีสบัญญัติมีคุณค่าเท่าเทียมกับกฎหมายปกครองในส่วนสารบัญญัติ⁹⁵

นอกจากนี้ เมื่อผู้ที่ถูกกระทบสิทธิต้องการให้ศาลสูงตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองที่มีต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งรวมถึงหลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่าย ศาลสูงมีดุลพินิจที่จะปฏิเสธการเยียวยาแก้ไขกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่บกพร่องหรือขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้ แม้ผู้ถูกกระทบสิทธิจะแสดงให้เห็นได้ว่า คำวินิจฉัยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวก็ตาม ศาลสูงจะใช้อำนาจดังกล่าวเมื่อเห็นว่า ผู้ถูกกระทบสิทธิละสิทธิในการคัดค้านคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการยื่นคำขอในศาลสูง เยียวยาแก้ไอนั้นล่าช้าอย่างไม่มีเหตุผล หรือเห็นว่าคำวินิจฉัยที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้น

⁹⁴ คดี De Verteuil v. Knaggs. (1981). A.C. คดี Ridge v. Baldwin (1964) A.C.40 และ คดี Leary v. National Union of Vehicle Builders (1970) Ch 34 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุล. (2531). *การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 47

⁹⁵ ชัยยุทธนา วงศ์วานิช. (2541). *หลักการรับฟังคู่กรณีทุกฝ่ายในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. น. 33.

ถูกต้องแล้ว และการพิจารณาใหม่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงผลของคำวินิจฉัยได้⁹⁶ เป็นต้น เช่นเดียวกับกรณีที่การรับฟังหรือไม่รับฟังจะไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในผลของคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลสูงจะถือว่าคำวินิจฉัยที่ขัดต่อหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิมีผลสมบูรณ์ เช่น มีโอกาสรับฟังโดยวิธีอื่น⁹⁷ เป็นต้น

จากการที่กฎหมายปกครองในส่วนของวิธีสบัญญัติมีคุณค่าเท่าเทียมกับในส่วนของสารบัญญัติ โดยเฉพาะหลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิ ทำให้เกิดข้อวิจารณ์ว่า ศาลให้ความสำคัญกับ “หลัก” ความยุติธรรมตามธรรมชาติจนลืมนึกถึง “วัตถุประสงค์” ของหลักกฎหมายนี้ ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิการใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอย่างแข็งกระด้าง อาจทำให้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายนี้ ดังนั้น การเยียวยาแก้ไขคำวินิจฉัยซึ่งออกโดยกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติแทนการสั่งให้คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นโมฆะ จะทำให้สามารถบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้ รวมถึง การที่ศาลอังกฤษควรมีความรอบคอบในการใช้เหตุผลว่า การรับฟังใหม่ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในผลของคำวินิจฉัย เนื่องจากกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการวินิจฉัย หรือผู้ถูกระทบสิทธิมีข้อโต้แย้งในปัญหาข้อกฎหมาย หรือต้องการแสดงความเห็นที่แตกต่างกับฝ่ายปกครองในการค้นหาข้อเท็จจริงจากประชาชน การพิจารณาใหม่ในกรณีเหล่านี้ อาจก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในผลของคำวินิจฉัยได้

ในช่วงต้นและกลางศตวรรษที่ 20 ศาลในประเทศอังกฤษ ได้จำกัดการปรับใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติลงอย่างมาก กล่าวคือ ศาลในยุคนี้จะนำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมาควบคุมเฉพาะคำวินิจฉัยใดๆ ที่กระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนซึ่งได้รับการรับรองโดยกฎหมายและคำวินิจฉัยใดๆ ซึ่งกระทำขึ้นโดยองค์กรผู้มีหน้าที่กระทำการอย่างตุลาการเท่านั้น เช่น ศาลปฏิเสธที่จะนำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติไปใช้กับคำวินิจฉัยในการปฏิเสธออกใบอนุญาตด้วยเหตุผลว่า ระบบการออกใบอนุญาตนั้นเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองมิใช่สิทธิที่เอกชนมีตามกฎหมายแต่อย่างใด แต่ศาลในยุคต่อมาได้ขยายขอบเขตของการปรับใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติให้ครอบคลุมการกระทำทางปกครองมากขึ้น โดยอาศัยวิธีการต่างๆ เช่น ในคดี *Nagle v. Fielden* (1966) 2 QB 633 โดย Lord Denning ได้วินิจฉัยว่า การปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตกระทบสิทธิในการทำงานของประชาชนจึงย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักความยุติธรรมตาม

⁹⁶ ประสิทธิ์ อัจฉริยสกุล. (2531). *การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

น. 42-43.

⁹⁷ แหล่งเดิม. น. 33.

ธรรมชาติ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การขยายความนิยามของคำว่า “สิทธิที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย” นั้นเอง ในทำนองเดียวกัน ศาลได้นำหลักความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย (legitimate expectation) ที่ว่าประชาชนย่อมคาดหวังว่าตนจะได้รับความยุติธรรมจากรัฐ ไม่ว่าจะเป็นความคาดหวังที่จะได้มีโอกาสชี้แจงแสดงเหตุผล (คดี Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs (1969) 2 Ch.149) ตลอดจนความคาดหวังที่จะรู้ว่าทำไมตนจึงถูกปฏิเสธมาเป็นฐานในการนำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมาใช้ควบคุมการกระทำทางปกครอง (คดี R.v.Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham (1991) 4 All ER 310) ดังนั้น ในปัจจุบันจึงอาจกล่าวได้ว่าศาลอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นฐานในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้แทบจะทุกกรณี⁹⁸

จากการได้ศึกษาการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุโดยผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในระบบกฎหมายต่างประเทศ ทั้งประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศสและอังกฤษ จะเห็นได้ว่าแต่ละประเทศก็มีรูปแบบและหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปตามระบบกฎหมาย โดยผู้เขียนเห็นว่าในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบและดำเนินการสั่งการเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการได้อย่างกว้างขวางกว่าในระบบเยอรมันและฝรั่งเศส ดังจะเห็นได้จากศาลมีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบ หรือสั่งการเช่นกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาหรือไว้ ศาลอังกฤษมีอำนาจในการสั่งกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาหรือได้ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสหรือเยอรมัน จะทำได้เพียงการตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองดำเนินการถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการหรือไม่ หากไม่ถูกต้องศาลมีอำนาจเพียงการสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น เมื่อเพิกถอนแล้วฝ่ายปกครองยังสามารถกลับไปดำเนินตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการใหม่ได้ แต่ศาลปกครองฝรั่งเศสและเยอรมันไม่มีอำนาจดำเนินการหรือสั่งการแทนฝ่ายปกครอง ส่วนในฝรั่งเศสมีหลักเกี่ยวกับข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือหากกรณีมิได้โต้แย้งในเรื่องการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการโดยหลักศาลปกครองไม่มีอำนาจในการอ้างเหตุดังกล่าวขึ้นเพิกถอน หากแต่ศาลต้องไปพิจารณาในเนื้อหาหรือเหตุภายในเท่านั้น แสดงให้เห็นว่าศาลมิได้เคร่งครัดในเรื่องการอ้างเหตุเพิกถอนในกรณีนี้มากนัก เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมันที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเยียวยากรณีฝ่ายปกครองบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในบางเรื่องผ่อนปรนให้ฝ่ายปกครองแก้ไขเยียวยาได้แม้กระทั่งคดีอยู่ในระหว่างพิจารณา

⁹⁸ ณรงค์เดช สรุโณยิต. เล่มเดิม. น. 127-128.