

บทที่ 4

การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในประเทศไทย

ในการพิจารณาพิพากษาเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ศาลปกครองต้องพิจารณาใน 2 ประเด็นที่สำคัญคือ ประเด็นแรกพิจารณาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)¹ คือต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในลักษณะใดและการผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นสาระสำคัญหรือไม่ และเมื่อพบว่านิติกรรมทางปกครองที่ออกนั้นผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการแล้ว ศาลต้องพิจารณาในประเด็นที่สองต่อไปว่าหากเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นสาระสำคัญจะดำเนินการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่หากไม่ใช่สาระสำคัญศาลไม่จำเป็นต้องเพิกถอนในเหตุดังกล่าว ตามมาตรา 72² แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

4.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

ตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 ทำให้ทราบว่าความบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ เป็นเหตุประการหนึ่งของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลอาจอ้างเป็นเหตุเพิกถอนได้ แต่ทั้งนี้ยังคงต้องพิจารณาระดับของความบกพร่องประกอบกันด้วยโดยนิติกรรมทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางกฎหมายนั้น มีหลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของความบกพร่อง ดังนี้³

(1) นิติกรรมทางปกครองที่มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงมากและเป็นที่ยุติวิสัย ในกรณีนี้ ถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่เคยเกิดขึ้นเลยหรือถือว่าเป็นโมฆะโดยเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ศาลเพียงแต่วินิจฉัยถึงความเป็นโมฆะโดยไม่จำเป็นต้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว

(2) นิติกรรมทางปกครองที่มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับธรรมดาและไม่เป็นที่ยุติวิสัย ในกรณีนี้ ถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวคงมีผลทางกฎหมายอยู่จนกว่าจะถูก

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่นๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้ผู้ใดชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (5) หรือตามวรรคสี่ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในการพิพากษาคดี ให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี”

³ ความเห็นแย้งของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อย คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.33/2557

เพิกถอน ถ้าไม่มีผู้ใดหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวขึ้นมาโต้แย้งภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมมีผลทางกฎหมายอยู่ต่อไปและไม่อาจถูกเพิกถอนได้อีก ทั้งนี้ ตามหลักความมั่นคงของนิติฐานะและการคุ้มครองความเชื่อถือของผู้ที่สุจริตในนิติกรรมทางปกครอง

(3) นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของเนื้อหาสาระ แต่มีความบกพร่องในส่วนของรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีนี้กฎหมายยอมให้มีการย้อนกลับไปแก้ไขความบกพร่องดังกล่าวได้แต่จะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากได้มีการแก้ไขความบกพร่องดังกล่าวภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ก็ถือว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้หมดสิ้นไปโดยไม่จำเป็นต้องมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวอีกต่อไป เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมิได้จัดให้มีเหตุผลตามที่กฎหมายกำหนด ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลในภายหลัง

(4) นิติกรรมทางปกครองที่มีความบกพร่องในส่วนของรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ในกรณีนี้ ไม่จำเป็นต้องมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าไม่มีผู้ใดโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายและเป็นกรณีที่ไม่มีคามจำเป็นที่จะต้องถูกเพิกถอน ก็ยังมีผลใช้บังคับต่อไปได้

รูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการในการออกกฎหรือคำสั่งตามกฎหมายไทยมีหลากหลายตามแต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ แต่จุดมุ่งหมายที่แท้จริงคือ การมุ่งคุ้มครองสิทธิของกลุ่มหรือเอกชนผู้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหรือคำสั่งนั้น ควบคู่ไปกับการดำเนินงานของฝ่ายปกครองให้เป็นไปด้วยดีและบรรลุวัตถุประสงค์ได้ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ได้บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) ...การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ อันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำการนั้น...” จะเห็นได้ว่า ศาลจะพิจารณาเพิกถอนเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้น แต่ทั้งนี้มิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการว่ามีลักษณะอย่างไร ผู้เขียนจึงมุ่งพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ปรากฏในทางทฤษฎีควบคู่ไปกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

การทำนิติกรรมโดยผิดแบบหรือรูปแบบนั้นมีความแตกต่างจากทำนิติกรรมโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ โดยพิจารณาจากผลของการกระทำทั้งสองลักษณะ กล่าวคือ กรณีกระทำไปโดยไม่ถูกต้องตาม ขั้นตอนซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบต่อกระบวนการในการพิจารณาและออกนิติกรรมทางปกครอง และโดยทั่วไปศาลจะเพิกถอนนิติกรรมนั้น ด้วยเหตุผลที่ว่าตามหลักกฎหมายทั่วไป ขั้นตอนนั้นมีเพื่อให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้โดยไม่ขัดแย้งกับการดำเนินการทางปกครอง ส่วนกรณีกระทำไม่ถูกต้องตามแบบหรือรูปแบบนั้นเป็นเพียงเรื่องกำหนดรูปแบบภายนอกของนิติกรรมที่ออกมา ฉะนั้น แบบจึงเป็นเพียงภาชนะมิใช่ตัวเนื้อหาของนิติกรรม โดยทั่วไปศาลจะไม่ถือว่า การกระทำโดยผิดแบบหรือรูปแบบนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะไม่เพิกถอน แต่จะพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป⁴

ทั้งนี้ มีการผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่มีโอกาสเกิดได้บ่อยและพบได้มากในการออกนิติกรรมทางปกครอง ดังต่อไปนี้

4.1.1 นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ

การออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อสื่อสารไปยังบุคคลภายนอกนั้นต้องกระทำผ่านรูปแบบมีหลายลักษณะในกรณีของคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถทำได้ทั้งแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร วาจาหรือการสื่อความหมายประเภทอื่นๆ ส่วนของกฎหมายนั้นมิได้มีกฎหมายกำหนดว่าต้องจัดทำในรูปแบบใดแต่โดยสภาพแล้วย่อมต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้รับทราบกฎเป็นการทั่วไป ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้กำหนดลักษณะของการออกคำสั่งทางปกครองไว้หลายประการ จึงมีกรณีที่ฝ่ายปกครองอาจทำผิดรูปแบบได้ดังนี้

1) กรณีไม่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร นิติกรรมทางปกครองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไปหรือไม่ ศาลปกครองถือว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าต้องทำเป็นหนังสือย่อมทำได้ด้วยวาจาได้ ดังนั้น การไม่ทำเป็นหนังสือจึงไม่เป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵ ทั้งนี้ ในกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 34 คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ ดังนั้น รูปแบบของคำสั่งทางปกครองจึงมี 3 ลักษณะ คือทำเป็นหนังสือ ทำด้วยวาจาหรือทำโดยการสื่อความหมายรูปแบบอื่น แต่กรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่า ให้ต้องทำคำสั่งเป็นหนังสือในเรื่องใดเรื่องหนึ่งการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นจะต้องจัดทำเป็นหนังสือด้วยจะเลือกใช้วิธีการตามที่พระราชบัญญัติ

⁴ ประสาทพงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์. น. 263.

⁵ แหล่งเดิม. น. 264.

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติไว้ย่อมไม่ได้ มิฉะนั้น จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นขัดกฎหมายและเป็นโมฆะ เช่น มาตรา 38 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใดว่า ถ้ากฎหมาย ระเบียบ หรือคำสั่งนั้นหรือมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นหรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้ โดยการมอบอำนาจนี้ต้องทำเป็นหนังสือ เป็นต้น ในทางตรงกันข้าม หากกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องทำคำสั่งในรูปแบบใด ผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมมีสิทธิที่จะเลือกออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบใดๆตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 กำหนด โดยพิจารณาความเร่งด่วนและความจำเป็นของสถานการณ์เป็นสำคัญ⁶

2) กรณีไม่ระบุนายละเอียดของคำสั่งทางปกครอง

แบบที่ทำเป็นหนังสือ คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 36 กำหนดว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือนั้นจะต้องระบุนายละเอียด ดังนี้

รายการที่ 1 กรณีวัน เดือน ปี นั้น การระบุวัน เดือน ปี ก็เพื่อการใช้งานจริงในการติดต่อประสานงานกับเจ้าหน้าที่ เท่านั้น ทั้งนี้หากคำสั่งนั้นมีเลขที่คำสั่งแล้วความจำเป็นต้องอ้างวัน เดือน ปี ก็จะหมดไป การที่เจ้าหน้าที่ในกรณีนี้ได้ทำคำสั่งนี้เมื่อใดวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้รับคำสั่งทราบเท่านั้น หากคำสั่งดังกล่าวมิได้มีการระบุวันที่ผลจากการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบในกรณีนี้มีได้ร้ายแรงจนถึงขนาดทำให้คำสั่งนั้นเสียไป

รายการที่ 2 กรณีชื่อตำแหน่งของเจ้าหน้าที่นั้น ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจทราบความเป็นมาได้ เช่น เจ้าของบ้านได้รับคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่งแจ้งให้งดทำเสียงดังในวันอาทิตย์ โดยมีได้แจ้งว่าผู้ใดเป็นเจ้าของคำสั่งทางปกครอง ดังนี้ เจ้าของบ้านจะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นก็เพราะไม่อาจทราบได้ว่าใครสั่งหรือเป็นเพียงการล้อเล่นจากเพื่อนบ้าน อนึ่ง กรณีนี้ก็มิควรถือเป็นคำสั่งโดยสภาพและเป็นโมฆะ แต่บางกรณีก็รู้กันอยู่โดยปริยาย เช่น ผู้ไปยื่นคำขอคัดสำเนาทะเบียนบ้าน ผู้ยื่นคำขอรู้อยู่แล้วว่ายื่นต่อใครและตนต้องการอะไร การระบุชื่อตำแหน่งจึงไม่จำเป็นก็ได้⁷

⁶ มุลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง. (2552). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539. น. 118-119.

⁷ ชัยวัฒน์วงศ์วัฒนศักดิ์.(2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.น. 195.

รายการที่ 3 การลงลายมือชื่อ เป็นการแสดงให้เห็นผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจริง

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 38⁸ ให้อยู่ในรายการต่างๆ ทั้งสามนั้นรายการหนึ่งรายการใด หรือทั้งสามรายการก็ได้ โดยการออกเป็นกฎกระทรวง ยกเว้น ซึ่งจะทำให้สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ในรายละเอียดได้อีกมาก เพื่อให้เหมาะสมแก่กรณี จึงเห็นว่าในเรื่องรูปแบบนั้นมิได้เคร่งครัดมากนักสามารถผ่อนปรนได้บ้าง เนื่องรูปแบบบางอย่างนั้นมิขึ้นเพียงเพื่อความสะดวกในการดำเนินงานเท่านั้น เช่น การระบุวัน เดือน ปี ในคำสั่งทางปกครอง แต่แบบในบางเรื่องก็เป็นเรื่องที่สำคัญหากมีกฎหมายกำหนดแบบของคำสั่งทางปกครองไว้ว่าต้องออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบใด ด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยการสื่อความหมายรูปแบบอื่น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด หากมีกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การออกคำสั่งทางปกครองต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง ย่อมหมายความว่าแบบของคำสั่งทางปกครองในเรื่องดังกล่าวเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ต้องใช้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว โดยหลักคำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ⁹

ดังนั้นการพิจารณาแบบในกรณีไม่ระบุรายละเอียดนั้นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีถึงรายละเอียดที่บกพร่องจะส่งผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือไม่อย่างไร ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบดังกล่าวในลำดับต่อไป

3) กรณีไม่ระบุเหตุผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองต้องมีการให้เหตุผล คำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือต้องจัดให้มี “เหตุผล”(la motivation) ในการออกคำสั่งไว้ด้วย(duty to give reason)ซึ่งเหตุผลที่ระบุนี้จะทำให้ผู้กรณีสามารถทราบได้ว่าตนได้รับการปฏิบัติโดยถูกต้องหรือไม่ และจะเป็นประโยชน์แก่การควบคุมทางกฎหมายโดยการพิจารณาทบทวนในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อไป ไม่ว่าโดยผู้บังคับบัญชา คณะกรรมการอุทธรณ์ หรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง ทำให้ทราบว่าผู้ทำคำสั่งทางปกครองได้รับฟังข้อเท็จจริง ปรับข้อกฎหมาย และใช้ดุลพินิจอย่างไร การบังคับให้แสดงเหตุผลจะเป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ระมัดระวังในการทำคำสั่งอันมีผลไปในทางปกป้องกันไม่ให้ใช้อำนาจ

⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 38 บทบัญญัติตามมาตรา 36 และ 37 บรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁹ วรเจตน์ภิกษิณ. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. 154

โดยลำเอียง¹⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 37¹¹ ได้กำหนดให้ คำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือทั้งหมดต้องระบุเหตุผลด้วย และเหตุผลนั้นจะต้องประกอบด้วย

1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองได้นำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นมา ใช้ประกอบเพื่อจัดทำคำสั่งทางปกครอง

2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ได้แก่ บทกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดย ฝ่ายปกครองได้นำข้อกฎหมายที่อ้างอิงนั้นมาปรับใช้เพื่อประกอบการจัดทำคำสั่งทางปกครอง

3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ ได้แก่ สาเหตุและมูลเหตุจูงใจที่ฝ่าย ปกครองพิจารณาจากข้อเท็จจริงประกอบกับข้อกฎหมายจนฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทาง ปกครอง

ทั้งนี้ ได้มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ และการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือในกรณีต่อไปนี้ต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งหรือใน เอกสารแนบท้ายคำสั่ง ได้แก่

กรณีแรก คำสั่งทางปกครองที่เป็นการปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิของคู่กรณี เช่นการไม่ รับคำขอ ไม่อนุญาต ไม่อนุมัติ ไม่รับรอง ไม่รับอุทธรณ์ หรือไม่รับจดทะเบียน

กรณีที่สอง คำสั่งทางปกครองที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาต เพิกถอนการอนุมัติ เพิกถอนการรับรอง หรือการเพิกถอนการรับจดทะเบียน

¹⁰ ชัยวัฒน์วงศ์วัฒนสถานต์. เล่มเดิม.น. 196

¹¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 37 คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มี เหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

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

นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้คำสั่ง ทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

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

อักษรในเวลาอันควรหากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

กรณีี่สาม คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ

กรณีี่สี่ คำสั่งทางปกครองที่เป็นการวินิจฉัยอุทธรณ์

กรณีี่ห้า คำสั่งยกเลิกการสอบราคา การประกวดราคา หรือการประมูลราคา ที่มีผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาผลการดำเนินการดังกล่าวแล้ว

อย่างไรก็ดี การต้องจัดให้มีเหตุผลในคำสั่งทางปกครองนี้ มีข้อยกเว้น คือ

กรณีี่แรก ผลของคำสั่งทางปกครองตรงตามคำขอของกลุ่มกรณีี่และไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของผู้อื่น ทั้งนี้ เนื่องจากกลุ่มกรณีี่ได้รับคำสั่งทางปกครองตรงตามความประสงค์ของตนทั้งหมด หากแตกต่างแม้เพียงบางส่วนก็ไม่เข้าข้อยกเว้นนี้ ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งให้ปฏิบัติตามที่ขอแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องระบุเหตุผลให้อีก ตลอดจนเมื่อพิจารณาผลที่มีต่อบุคคลที่สามแล้ว ไม่ปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวกระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่สามแต่อย่างใด กล่าวอีกนัยหนึ่งคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง¹²

กรณีี่ที่สอง เหตุผลนั้นรู้อยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีก

กรณีี่สาม เป็นกรณีี่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32¹³ เมื่อเอกสารหรือข้อมูลบางอย่างเป็นความลับของทางราชการหากให้ระบุเหตุผลในการแจ้งคำสั่งทางปกครองให้เอกชนที่เกี่ยวข้องทราบ ย่อมกลายเป็นการเปิดเผยความลับโดยสภาพ ด้วยเหตุนี้ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีี่ไป

กรณีี่สี่ การออกคำสั่งด้วยวาจาหรือกรณีี่เร่งด่วน โดยสภาพ ย่อมไม่อาจจะทราบเหตุในทันทีขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น

เมื่อพิจารณาเงื่อนไขในการระบุเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองหากไม่เข้าข้อยกเว้น ฝ่ายปกครองจะต้องระบุเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองให้ครบถ้วนทั้งข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ หากไม่ครบถ้วนย่อมเป็นการทำนิติกรรมทางปกครองโดยผิดแบบ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.36/2547 เมื่อคำสั่งห้ามผู้ฟ้องคดีทั้งหกใช้อาคารพิพาทและให้รื้อถอนอาคารพิพาทเป็นคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ ผู้ถูกฟ้องคดี (นายกเทศมนตรีตำบลชมพู) ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งดังกล่าวต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วยและเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ (2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และ

¹² วรเจตน์ภิกษิรรัตน์. เล่มเดิม. น. 183.

¹³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 32 เจ้าหน้าที่อาจไม่อนุญาตให้ตรวจสอบเอกสารหรือพยานหลักฐานได้ ถ้าเป็นกรณีี่ที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับ

(3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ ทั้งนี้ ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เหตุผลที่ให้ไว้ในคำสั่งห้ามใช้อาคารพิพาท คือ อาคารพิพาทอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย ชีวิต และทรัพย์สินตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 41 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 โดยไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญให้เห็นว่าอาคารมีสภาพที่อาจเป็นอันตรายตามข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งห้ามใช้อาคารพิพาทอย่างไร และเหตุผลที่ใช้ในการออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารพิพาท คือ เจ้าของอาคารไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นและการกระทำนั้นไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ ได้ นั้น ก็ไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่แสดงให้เห็นว่าอาคารพิพาทมีลักษณะเช่นไรจึงไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ ตามข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารพิพาท

4) กรณีผิดแบบแต่ได้แก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองแล้ว

ความบกพร่องในเรื่องแบบเมื่อเกิดขึ้นในชั้นของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะในกรณี que เจ้าหน้าที่จะตรวจพบเอง หรือคู่กรณีแจ้งเหตุความบกพร่องในเรื่องดังกล่าว อาจแก้ไขเยียวยาได้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41¹⁴ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ ใน

¹⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

(1) การออกคำสั่งปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลในภายหลัง

(3) การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิม ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิม และต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

กรณีตาม (2) (3) (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้นหรือกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น

กรณีคำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลในภายหลัง จากบทบัญญัติดังกล่าวการทำนิติกรรมทางปกครองที่ผิดรูปแบบหรือแบบนั้นสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องได้เฉพาะกรณีคำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 แล้วไม่ได้มีการแสดงเหตุผล ต่อมาถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลในภายหลัง การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่จัดทำคำสั่งทางปกครองกล่าวคือจะต้องมีการระบุข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง และข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ ไม่แสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองซึ่งจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่หากผู้กรณีได้ทำการอุทธรณ์โต้แย้งหรือเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น เห็นความบกพร่องในตัวคำสั่งทางปกครองเองเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการแก้ไขให้การทำคำสั่งทางปกครองนั้นโดยการจัดให้มีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในภายหลัง ซึ่งจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นมีผลสมบูรณ์และชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ แก้ไขโดยการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองในภายหลังนี้ผลของคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีความแตกต่างไปจากคำสั่งทางปกครองเดิมที่เจ้าหน้าที่ได้พิจารณาทำไว้ กล่าวคือ จะต้องเป็นเพียงการแก้ไขรูปแบบเท่านั้น ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของเหตุผลว่ามีความถูกต้องหรือไม่

อย่างไรก็ตามการจัดให้มีเหตุผลในภายหลังนี้จะต้องกระทำเสียให้เสร็จสิ้นก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์หรือหากไม่มีการอุทธรณ์ก็ต้องทำให้เสร็จสิ้นก่อนที่จะมีการนำคำสั่งทางปกครองนั้นไปฟ้องคดียังศาลปกครอง ซึ่งหมายถึงการไม่ได้จัดให้มีเหตุผลไว้เลยหรือจัดให้มีเหตุผลไว้ แต่เหตุผลนั้นไม่สมบูรณ์และองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีเหตุผลไว้แล้ว แต่ต้องการเปลี่ยนแปลงเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้หนทางเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ดำเนินการได้¹⁵

ทั้งนี้ในกรณีออกคำสั่งทางปกครองโดยผิดพลาดหรือผิดหลงเล็กน้อยตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 43¹⁶ ได้วางหลักเกณฑ์การแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองไว้ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองบกพร่องเล็กน้อย เช่น พิมพ์ผิด กรณีนี้แม้ว่าจะถือ

¹⁵ วรเจตน์ภิกษิ์รัตน์. (2549,มกราคม-เมษายน). คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.

วารสารวิชาการศาลปกครอง.น.49.

¹⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 43 คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อยนั้น เจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองตามวรรคหนึ่งให้แจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบตามควรแก่กรณี ในการนี้เจ้าหน้าที่อาจเรียกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องจัดส่งคำสั่งทางปกครอง เอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมได้

ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องอยู่บ้าง แต่ก็ยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอไม่ว่าเวลาจะผ่านมานานเพียงใดก็ตาม และถ้าได้แก้ไขเพิ่มเติมอย่างใดแล้วต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบด้วย¹⁷ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.6/2552 การแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น โดยที่มาตรา 43 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดพลาดเล็กน้อยนั้น เจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ และวรรคสอง บัญญัติว่า ในการแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองตามวรรคหนึ่ง ให้แจ้งผู้ที่เกี่ยวข้องทราบตามควรแก่กรณี ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งที่ 242/2548 ลงวันที่ 9 มีนาคม 2548 แก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ โดยแก้ไขเลขที่ตำแหน่งของผู้ฟ้องคดีและปี พ.ศ. ของกฎหมายที่อ้างในคำสั่งดังกล่าวให้ถูกต้องตรงความเป็นจริง โดยมีได้เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของคำสั่งเดิมแต่อย่างใด และผู้ถูกฟ้องคดีได้แจ้งคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวให้ผู้ฟ้องคดีทราบแล้ว การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีจึงชอบด้วยบทกฎหมายดังกล่าวแล้ว ข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีฟังไม่ขึ้น

4.1.2 นิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ

ในกฎหมายไทยมิได้มีการให้นิยามความหมายของคำว่าขั้นตอนการทำนิติกรรมทางปกครองไว้อย่างชัดเจน ปรากฏแต่นิยามตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 คำว่า“การพิจารณาทางปกครอง หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง” และในทางคำรณิยามว่าขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครอง หมายถึง บรรดาปฏิบัติการทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจัดทำคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำก่อนที่จะแสดงเจตนาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทางปกครองกับบุคคลอื่นๆ¹⁸

ทั้งนี้ ในกระบวนการทำนิติกรรมทางปกครอง อันได้แก่ กฎและคำสั่งทางปกครองนั้น แตกต่างกันในแง่ของผู้ที่ฝ่ายปกครองมีนิติสัมพันธ์เฉพาะราย และทั่วไป แต่ในส่วนกระบวนการของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดนิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมเริ่มอย่างเป็นลำดับขั้นตอนเช่นเดียวกัน คือขั้นตอนในการเตรียมทำนิติกรรมทางปกครอง การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง

¹⁷ มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง. เล่มเดิม. น. 137.

¹⁸ วรพจน์วิศรุตพิชญ์. คำบรรยายวิชากฎหมายปกครอง และกฎหมายปกครองชั้นสูง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อ้างถึงใน เพลิง โชคเรืองสกุล. (2543). ระยะเวลาในฐานะที่เป็นขั้นตอนในการจัดทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะเจาะจง(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 15.

จนกระทั่งนิติกรรมทางปกครองนั้นออกมามีผลสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง โดยการดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ดังนั้น การดำเนินงานต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการทำตามขั้นตอนเสมอ แต่เนื้อหาของลักษณะการดำเนินการตามขั้นตอนย่อมแตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละลำดับ ฝ่ายปกครองจึงมีกฎหมายเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการทำตามขั้นตอน หากมีข้อบกพร่องจนมีคดีพิพาทสู่ศาลปกครอง ศาลปกครองต้องพิจารณาจากกฎหมายต่างๆ ว่าฝ่ายปกครองได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติศาลอาจอ้างเหตุผิดขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเพิกถอนได้ โดยต้องพิจารณาความเป็นสาระสำคัญประกอบกันด้วย กรณีผิดขั้นตอนหรือวิธีการของฝ่ายปกครองมีโอกาสเกิดได้ในหลายลักษณะ ดังนี้

1) กรณีผิดขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ

ขั้นตอนหรือวิธีการปรึกษาหารือมีเพื่อให้การดำเนินนิติกรรมทางปกครองนั้น ได้ผ่านการพิจารณาอย่างรอบคอบ เพื่อป้องกันผลกระทบหรือความเสียหายต่อเอกชน โดยศาลปกครองจะตรวจสอบเสมอว่ามีกฎหมายกำหนดให้การกระทำทางปกครองต่างๆ ต้องผ่านขั้นตอนหรือวิธีการปรึกษาหารือหรือไม่ หากไม่ดำเนินการย่อมเป็นการดำเนินนิติกรรมโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ กรณีที่ต้องหารือหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่เป็นรูปแบบคณะกรรมการก่อนนั้น ขั้นตอนเช่นนี้ถือเป็นสาระสำคัญ ถ้าไม่ปฏิบัติตามย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในการตรวจสอบศาลปกครองจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ฝ่ายปกครองอ้างในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นๆ ว่ามีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการบังคับให้ต้องมีการปรึกษาหารือหรือเป็นเพียงการปรึกษาหารือภาคสมัครใจ จึงพิจารณาลักษณะการผิดขั้นตอนการปรึกษาหารือเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

(1) กรณีกฎหมายบังคับให้ปรึกษาหารือแต่ออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ปรึกษาหารือ

ในกรณีที่กฎหมายบังคับให้ปรึกษาหารือการที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีการปรึกษาหารือเช่นนี้ เนื่องจาก เป็นเรื่องที่สำคัญ กระทบประชาชนจำนวนมาก หรือมีข้อยุ่งยากทางเทคนิค จึงต้องขอคำปรึกษาหารือจากองค์กรที่ปรึกษาที่จัดตั้งขึ้นมาโดยกฎหมายฉบับนั้น หรือกฎหมายฉบับอื่นตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อขอคำแนะนำหรือความเห็นจากคณะกรรมการที่มีความชำนาญเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ โดยตรงเพื่อป้องกันข้อผิดพลาดจากการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่กฎหมายบังคับให้ปรึกษาหารือแล้ว หากไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดย่อมส่งผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยในการพิจารณาหาเหตุเพิกถอนกรณีนี้ศาลจะตรวจสอบว่าการออกกฎหรือคำสั่งมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการ

ตามขั้นตอนนี้หรือไม่ซึ่งจะพิจารณาได้จากถ้อยคำในบทบัญญัติที่ว่า“ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของ” หรือ “ให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบโดยความเห็นของ ... ” หรือ “ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของ ... ” หากศาลพบว่ามิบบทบัญญัติดังกล่าวแล้วไม่ดำเนินการตามขั้นตอนนี้ย่อมเป็นการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการนิติกรรมทางปกครอง เช่น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 กำหนดให้การเพิกถอนรายชื่อยาเสพติดต้องผ่านการให้ความเห็นชอบของคณะกรรมการควบคุมยาเสพติดให้โทษตามมาตรา 8 บัญญัติว่าให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา(1) ระบุชื่อยาเสพติดให้โทษว่า ยาเสพติดให้โทษชื่อใดอยู่ในประเภทใดตามมาตรา 7 (2) เพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงชื่อหรือประเภทยาเสพติดให้โทษตาม (1) ประกอบมาตรา 9 บัญญัติว่าให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการควบคุมยาเสพติดให้โทษ” โดยต้องประกอบไปด้วยผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด หากปรากฏว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศยกเลิกยาเสพติดชนิดหนึ่งโดยมิได้ผ่านการเห็นชอบของคณะกรรมการดังกล่าว ประกาศนั้นเป็นการทำนิติกรรมที่ผิดขั้นตอนหรือวิธีการ เป็นต้น

ในการพิจารณาหาเหตุเพิกถอนในเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือศาลปกครองต้องพิจารณาจากกฎหมายแม้ว่ามีการระบุให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกกฎดังกล่าวหรือไม่ และกฎดังกล่าวมิบบทบัญญัติบังคับให้ต้องปรึกษาหารือ หากดำเนินการถูกต้องคำสั่งในขั้นตอนนี้ย่อมสมบูรณ์ แต่หากมิบบทบัญญัติบังคับให้ปรึกษาหารือแล้วไม่ได้ดำเนินการย่อมเป็นการผิดขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นเหตุให้เพิกถอนกฎดังกล่าวได้

(2) กรณีกฎหมายบังคับให้ปรึกษาหารือแต่ดำเนินการไม่ตรงตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษา

ในกรณีที่มีกฎหมายบังคับให้ฝ่ายปกครองจะต้องนำเรื่องที่ประสงค์จะออกนิติกรรมทางปกครองนั้นไปปรึกษาองค์กรตามที่กฎหมายบังคับ หากองค์กรที่ปรึกษาหารือมีความเห็นอย่างไรฝ่ายปกครองย่อมต้องผูกพันและต้องดำเนินการตามความเห็นขององค์กรที่ปรึกษา หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาย่อมเป็นการผิดขั้นตอน เช่นตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 กำหนดให้การเพิกถอนรายชื่อยาเสพติดต้องผ่านการให้ความเห็นชอบของคณะกรรมการควบคุมยาเสพติดให้โทษตามมาตรา 8 บัญญัติว่าให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา(1) ระบุชื่อยาเสพติดให้โทษว่า ยาเสพติดให้โทษชื่อใดอยู่ในประเภทใดตามมาตรา 7 (2) เพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงชื่อหรือประเภทยาเสพติดให้โทษตาม (1) ประกอบมาตรา 9 บัญญัติว่าให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการควบคุมยาเสพติดให้โทษ” โดยต้องประกอบไปด้วยผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนดหากปรากฏว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศมีความประสงค์จะยกเลิกยาเสพติด

ชนิดหนึ่งจึงได้ดำเนินการปรึกษาหารือต่อคณะกรรมการควบคุมยาเสพติด โดยคณะกรรมการยาเสพติดมีความเห็นว่า ยาเสพติดประเภทดังกล่าวยังไม่ควรยกเลิก หากรัฐมนตรีฝ่าฝืนความเห็นโดยประกาศยกเลิกย่อมเป็นการผิดขั้นตอน เป็นต้น

ดังนั้น ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการในขั้นตอนปรึกษาหารือ นั้น ฝ่ายปกครองจำต้องปรึกษาต่อองค์กรที่กำหนดตามกฎหมายและเมื่อองค์กรที่ปรึกษามีความเห็นประการใด ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามความเห็นนั้น หากฝ่าฝืนย่อมเป็นการผิดขั้นตอนอันเป็นเหตุให้ศาลปกครองตรวจสอบและอาจถูกเพิกถอนได้

ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.20/2551 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่ให้อำนาจออกกฎกระทรวงฉบับที่ 57 (พ.ศ. 2544) มาตรา 5 (3) กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้อำนาจออกกฎกระทรวง กำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 8 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร ตลอดจนการอื่นที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคาร มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนด” ตามมาตรา 8 (12) “หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาต การอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต การโอนใบอนุญาต การออกใบรับรอง และการออกใบแทนตามพระราชบัญญัตินี้” ไม่ปรากฏชัดว่าบทบัญญัติดังกล่าวให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขที่ไม่ต่อใบอนุญาตได้ แม้จะแปลความว่าก็มีกรณีต่าง ๆ ตามที่บัญญัติในมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่ฝ่ายปกครองจะไม่ต่ออายุใบอนุญาตให้ได้ ซึ่งก็ควรจะต้องมีการตรวจสอบพิสูจน์ว่า อาคารที่ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างนั้นจะก่อความเสียหายแก่กรณีที่กำหนดนั้นหรือไม่ก่อนซึ่งข้อกำหนดของกฎกระทรวง ฉบับที่ 57 พ.ศ. 2544 เพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาต่ออายุใบอนุญาตสำหรับเจ้าพนักงานท้องถิ่นแต่ละแห่งให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เป็นการกำหนดเงื่อนไขที่ได้ผ่านการปรึกษาหารือและผ่านการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งในภาคเอกชนและภาครัฐแล้ว จึงเป็นเงื่อนไขที่อยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติได้ ซึ่งถ้าผู้ได้รับใบอนุญาตปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ก็จะได้รับการต่ออายุใบอนุญาตและสามารถดำเนินการก่อสร้างอาคารต่อไปได้ การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวจึงไม่ถึงกับกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ดังนั้น ข้อกำหนดของกฎกระทรวงดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนเกินสมควร พิพากษายกฟ้อง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 187/2550 การที่เอกชนจะประกอบการค้าขายหรือจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะจะต้องดำเนินการตามที่มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535¹⁹ และมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535²⁰ กำหนด คือ ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นกับต้องมีประกาศผ่อนผันของเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วยความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจราจรให้ขายสินค้าบนถนนหรือที่สาธารณะดังกล่าว ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เช่าที่ของการรถไฟแห่งประเทศไทยเพื่อสร้างตลาด ซึ่งพื้นที่ของตลาดดังกล่าวยอมจำกัดไว้เพียงเฉพาะบริเวณที่ผู้ถูกฟ้องคดีขอเช่าจากการรถไฟแห่งประเทศไทยเท่านั้น ไม่รวมถึงบริเวณถนนรถไฟสาย 1 และสาย 2 และถนนจันทรานนท์ด้วย การที่ผู้ถูกฟ้องคดียอมให้มีการจำหน่ายสินค้าในบริเวณถนนสามสายข้างต้น จึงมีลักษณะเป็นการผ่อนผันให้ผู้ประกอบการค้าขายสามารถขายสินค้าใน

¹⁹ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

มาตรา 41 เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่ควบคุมดูแลที่ หรือทางสาธารณะ เพื่อประโยชน์ใช้สอยของประชาชนทั่วไป

ห้ามมิให้ผู้ใดจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการ จำหน่ายโดยลักษณะวิธีการจัดวางสินค้าในที่หนึ่งใดเป็นปกติ หรือเร่ขาย เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตาม มาตรา 56

ในการออกใบอนุญาตตามวรรคสอง ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นระบุนชนิดหรือ ประเภทของสินค้า ลักษณะวิธีการจำหน่ายสินค้า และสถานที่ที่จะจัดวางสินค้า เพื่อจำหน่ายกรณีที่จะมีการจัดวางสินค้าในที่หนึ่งใดเป็นปกติรวมทั้งจะกำหนด เงื่อนไขอย่างใดตามที่เห็นสมควรไว้ในใบอนุญาตด้วยก็ได้

การเปลี่ยนแปลงชนิดหรือประเภทของสินค้าลักษณะวิธีการจำหน่ายสินค้า หรือ สถานที่จัดวางสินค้า ให้แตกต่างไปจากที่ระบุไว้ในใบอนุญาตจะกระทำได้ ต่อเมื่อผู้รับใบอนุญาตได้แจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นและเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้จัดแจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไว้ในใบอนุญาตแล้ว

²⁰ พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535

มาตรา 20 ห้ามมิให้ผู้ใด

(1) ปรงอาหาร ขายหรือจำหน่ายสินค้าบนถนน หรือในสถานสาธารณะ

(2) ใช้รถยนต์หรือล้อเลื่อนเป็นที่ปรงอาหารเพื่อขายหรือจำหน่าย ให้แก่ประชาชนบนถนนหรือใน

สถานสาธารณะ

(3) ขายหรือจำหน่ายสินค้าซึ่งบรรทุกบนรถยนต์ รถจักรยานยนต์ หรือล้อเลื่อน บนถนนหรือในสถาน

สาธารณะ

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับแก่การปรงอาหารหรือการขายสินค้า

ตาม (1) หรือ (2) ในถนนส่วนบุคคลหรือในบริเวณที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือ พนักงานเจ้าหน้าที่ประกาศผ่อนผันให้กระทำได้ในระหว่างวัน เวลาที่กำหนด ด้วยความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจราจร

บริเวณนั้นได้ โดยไม่ปรากฏว่ามีการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 การผ่อนผันของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ค้าขายบนถนนดังกล่าวที่จะทำการจำหน่ายสินค้าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 187/2550 เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นกรณีที่จะต้องมีการอนุญาตจากทั้งเจ้าพนักงานท้องถิ่นและเจ้าพนักงานจราจรจึงจะปรุงอาหารหรือขายสินค้าบริเวณทางเท้าได้ แต่คดีนี้มิได้มีการให้ความเห็นชอบจากพนักงานจราจรด้วย จึงเป็นการไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ แต่เมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนเห็นว่าการใช้ถ้อยคำว่าให้ความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจราจรนั้นมิได้มีลักษณะเป็นการขอความเห็นในลักษณะปรึกษาหารือ แต่ควรเป็นเรื่องการมีอำนาจในการอนุญาตหรือไม่อนุญาต ทั้งนี้จะนำไปวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

ส่วนกรณีเป็นการปรึกษาหารือภาคสมัครใจและออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ได้ปรึกษาหารือในการไม่ดำเนินการในขั้นตอนนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะปรึกษาหารือองค์กรที่กำหนดไว้หรือไม่ก็ได้ จึงมีลักษณะเป็นการปรึกษาหารือภาคสมัครใจไม่มีสภาพบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือก่อนออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น หากไม่ได้มีการปรึกษาหารือก่อนก็มีได้ส่งผลต่อความสมบูรณ์ของกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น แม้ศาลตรวจสอบพบว่าไม่ได้มีการปรึกษาหารือย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการผิดขั้นตอนหรือวิธีการ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติหอการค้าไทย พ.ศ.2509 ได้บัญญัติให้หอการค้ามีหน้าที่ให้คำปรึกษาหารือแก่รัฐบาลเกี่ยวกับการพัฒนาประเทศ ดังนั้นมาตรา 28 หอการค้ามีหน้าที่ดังต่อไปนี้ (3) ให้คำปรึกษาและเสนอข้อแนะนำแก่รัฐบาลเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ หากปรากฏว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับการดำเนินนโยบายเพื่อส่งเสริมการค้าขายระหว่างประเทศโดยไม่ได้ผ่านการปรึกษาหารือต่อหอการค้าไทย กฎกระทรวงดังกล่าวไม่เป็นกรณีที่ผิดขั้นตอนหรือวิธีการเนื่องจากกฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้บังคับว่าจะต้องปรึกษาหารือกับหอการค้า

2) กรณีผิดขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

ในขั้นตอนการออกนิติกรรมทางปกครองเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎและรวมถึงการดำเนินการ

ใดๆในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้จากบทนิยามดังกล่าวในการดำเนินการทางปกครองหรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงแบ่งได้ 3 ขั้นตอน²¹ คือ

ขั้นตอนแรกคือ ขั้นตอนการเตรียมการหรือเตรียมการ ตามมาตรา 5 แห่งบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่า “การพิจารณาทางปกครอง หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง” ขั้นตอนนี้จึงเป็นกระบวนการภายในของฝ่ายปกครองที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐยังไม่ได้ใช้อำนาจทางปกครอง เพียงแต่มีการดำเนินการเพื่อนำไปสู่การจัดให้มีคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จึงยังไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอันมีผลกระทบต่อสถานะสิทธิและหน้าที่ของประชาชนแต่อย่างใด เช่น การตอบข้อหาหรือ การตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย เป็นต้น

ขั้นตอนที่สอง คือ ขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” จากบทนิยามดังกล่าวขั้นตอนนี้จึงเป็นขั้นตอนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีการใช้อำนาจตามกฎหมาย อันมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร เมื่อฝ่ายปกครองมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตย่อมส่งผลต่อผู้ขอรับใบอนุญาตในทันที

ขั้นตอนที่สาม คือ การดำเนินการภายหลังออกคำสั่งทางปกครอง เป็นขั้นตอนที่คำสั่งทางปกครองมีผลออกสู่ภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งจะมีผลผูกพันตามกฎหมายต่อผู้รับคำสั่ง ตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไปและจะมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือเหตุอื่น และหากผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิที่จะขอให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ใน 3 ลักษณะ คือ การขอให้พิจารณาใหม่ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง หรือการฟ้ององค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

²¹ มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, เล่มเดิม.น. 26 -29.

แม้มิได้มีคำขอของผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ตามและในท้ายที่สุดก็มีสิทธิที่จะนำคดีเข้าสู่การวินิจฉัยขององค์กรวินิจัยชี้ขาด คือ ศาลปกครองได้

ในการดำเนินการเพื่อให้คู่กรณีได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานนั้น สามารถเกิดได้ในช่วงของการดำเนินการออกนิติกรรมทางปกครอง แต่จะกล่าวถึงเฉพาะในขั้นตอนการเตรียมการและการออกคำสั่งทางปกครอง หากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการตามขั้นตอนโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานย่อมเป็นการผิดขั้นตอนหรือวิธีการ

ในการพิจารณาว่าผิดขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านหรือไม่นั้น ศาลปกครองต้องพิจารณาจากกฎหมายเฉพาะของการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นลำดับแรกว่า กำหนดขั้นตอนการดำเนินการโต้แย้งคัดค้านไว้หรือไม่อย่างไร หากกฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดจึงจะพิจารณาขั้นตอนการดำเนินการโต้แย้งคัดค้านตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ขั้นตอนการดำเนินการโต้แย้งคัดค้านสามารถมีในขั้นตอนการออกนิติกรรมทางปกครองได้ ดังนี้

(1) กรณีไม่ได้ให้โต้แย้งคัดค้านในขั้นเตรียมการออกนิติกรรมทางปกครอง

ขั้นตอนหรือวิธีการในขั้นเตรียมการนั้นโดยปกติฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการออกกฎหรือคำสั่งย่อมเป็นผู้ดำเนินการเอง เช่น ในการที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการในหน่วยงานย่อมต้องมีขั้นตอนในการตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย การดำเนินการสอบสวนทางวินัยโดยทั่วไปจะดำเนินการโดยฝ่ายปกครองนั้นๆเองที่มีอำนาจในการดำเนินการในขั้นเตรียมการ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.293/2550 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการครู ตำแหน่งอาจารย์ 2 ระดับ 7 เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งที่ 55/2544 ลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าในการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงมีการตั้งข้อกล่าวหาผิดจากความเป็นจริง และในขณะสอบสวนพยาน มีบุคคลซึ่งมิได้เป็นคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงได้เข้าร่วมในการสอบสวนพยานด้วยภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ 55/2544 ลงวันที่ 9 มีนาคม 2544 ซึ่งเห็นชอบโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รับฟังแต่เพียงข้อเท็จจริงตามบันทึกสรุปความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงแล้วมีคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดี โดยมีได้ดำเนินการสอบสวนและแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ฟ้องคดีทราบ รวมทั้งมิได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา จึงเป็นกรณีที่ยังไม่ได้ดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่ทั้งนี้ ไม่ตัดอำนาจผู้บังคับบัญชาที่จะดำเนินการให้ถูกต้องตามบทบัญญัติมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันต่อไป ดังนั้น แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเป็นผู้มีอำนาจสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีได้ตามที่กฎหมาย

กำหนด แต่เมื่อการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากได้ดำเนินการโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญแล้ว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีตามคำสั่งที่ 55/2544 ลงวันที่ 9 มีนาคม 2544 จึงเป็นการออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีตามคำสั่งที่ 55/2544 ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามนัยมาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีนั้น คณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงได้ดำเนินการสอบปากคำพยานบุคคลและให้ผู้ฟ้องคดีชี้แจงโดยมิได้มีการแจ้งสิทธิและหน้าที่ให้ผู้ฟ้องคดีทราบตามความจำเป็น และมิได้ให้ผู้ฟ้องคดีได้ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องที่ถูกร้องเรียนและพยานหลักฐานที่สนับสนุนการร้องเรียนอย่างเพียงพอ ทำให้ไม่มีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน ตลอดจนผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับสิทธิในการตรวจเอกสารที่จำเป็นต้องรู้อันได้แก่บันทึกปากคำพยานบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตนได้ จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 27 มาตรา 30 และมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้พิจารณารายงานการสอบสวนข้อเท็จจริงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว แล้วมีคำสั่งที่ 55/2544 ลงวันที่ 9 มีนาคม 2544 ลงโทษภาคทัณฑ์ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

แต่มีบางกรณีที่มีการดำเนินการในขั้นตอนเตรียมการและขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองมิใช่เกิดจากองค์กรฝ่ายปกครองนั้น แต่เป็นการสอบสวนจากองค์กรอื่น ได้แก่ กรณีการชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92²² โดยขั้นตอนเตรียมการเพื่อออก

²² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตประกอบ พ.ศ. 2542 มาตรา 92 ในกรณีมีมูลความผิดทางวินัย เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้พิจารณาพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดแล้วมีมติว่าผู้ถูกกล่าวหาผู้ใดได้กระทำความผิดวินัย ให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นเพื่อพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก ในการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหา ให้ถือว่ารายงานเอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัย ตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหาเหล่านั้นแล้วแต่กรณี

กรณีผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ข้าราชการตุลาการศาลปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือ

คำสั่งทางปกครองในกรณีสอบสวนความผิดทางวินัยกรณีนี้ เป็นการสอบสวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และมีระเบียบอันเกี่ยวกับขั้นตอนการสอบสวนที่สำคัญ ได้แก่ ระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวนข้อเท็จจริงของพนักงานไต่สวน พ.ศ. 2550 และระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุกรรมการไต่สวน พ.ศ. 2547 ทั้งนี้ ระเบียบทั้งสองฉบับถูกยกเลิกตามข้อ 3 ของระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการไต่สวนข้อเท็จจริง พ.ศ. 2555 ในปัจจุบันรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ เกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านจะต้องปฏิบัติตามระเบียบฉบับดังกล่าว

ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.405/2551 กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (ผู้บัญชาการ กองบัญชาการตำรวจนครบาล) แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดีนั้น เมื่อได้พิจารณา ส่วนคดีที่ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 จัดส่งสำนวนการสอบสวนทางวินัย ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้ว ก็ไม่ปรากฏหลักฐานอันใดที่แสดงให้เห็นว่าคดีนี้คณะกรรมการสอบสวนทางวินัยได้ดำเนินการ ประชุมปรึกษาเพื่อพิจารณามีมติว่าพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อกล่าวหาไม่น่าหนักพอสันนิษฐาน ข้อกล่าวหาหรือไม่ ตามข้อ 15 วรรคหนึ่ง ของกฎ ก.พ.ฉบับที่ 16 (พ.ศ. 2540) ออกตามความใน พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณาแต่อย่างใดการดำเนินการ สอบสวนทางวินัยดังกล่าวจึงไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวนที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญอันจะทำให้เสียความเป็นธรรม ส่วนสำนวนการสอบสวนพิจารณาโทษทาง วินัยที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติส่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ถือเป็นการ สอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยซึ่งเป็นหลักสำคัญที่ผู้บังคับบัญชาจะต้อง

ข้าราชการอัยการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ ให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มี อยู่ พร้อมทั้งความเห็นไปยังประธานคณะกรรมการตุลาการ ประธานคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง หรือ ประธานคณะกรรมการอัยการ แล้วแต่กรณี เพื่อพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่าย ตุลาการ กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบ ข้าราชการฝ่ายอัยการ โดยเร็ว โดยให้ถือเอารายงานและเอกสารของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นส่วนหนึ่งของ สำนวนการสอบสวนด้วย และเมื่อดำเนินการได้ผลประการใดแล้วให้แจ้งให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบภายใน สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้นำคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือวันที่ได้มีคำวินิจฉัยว่าไม่มีความผิดวินัย

สำหรับผู้ถูกกล่าวหาซึ่งไม่มีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับเกี่ยวกับวินัยเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มี มติว่าผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวได้กระทำความผิดในเรื่องที่ถูกกล่าวหาให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไปยังผู้บังคับบัญชา หรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนเพื่อดำเนินการ ตามอำนาจหน้าที่ต่อไป”

นำมาประกอบการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยแต่เมื่อไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการไต่สวนขอคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ดำเนินการพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีที่คัดค้านอนุกรรมการไต่สวนและแจ้งผลการพิจารณาคำขอดังกล่าวให้ผู้ฟ้องคดีทราบตามระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการไต่สวน พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นกระบวนการสำคัญของหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวน ดังนั้น การดำเนินการสอบสวนและมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จึงไม่ถูกต้องในสาระสำคัญอันจะทำให้เสียความเป็นธรรมเช่นกัน เมื่อการดำเนินการของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยและคณะกรรมการไต่สวนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติไม่ชอบด้วยกฎหมายดังวินิจฉัยแล้ว การออกคำสั่งที่ 533/2547 ลงวันที่ 30 สิงหาคม 2547 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ที่ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ จึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ อันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 (คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ) ได้พิจารณาอุทธรณ์แล้ว มีมติ ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

(2) กรณีไม่ได้ให้โต้แย้งคัดค้านในขั้นตอนการออกนิตินกรรมทางปกครอง

ในขั้นตอนการออกนิตินกรรมทางปกครองนี้ ฝ่ายปกครองจะดำเนินการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อเอกชนในทันที ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองจะส่งผลกระทบต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมต้องดำเนินการให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานการที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการในขั้นตอนนี้ย่อมเป็นการผิดขั้นตอนหรือวิธีการ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 121/2555 คำสั่งย้ายชื่อผู้ฟ้องคดีออกจากทะเบียนบ้านของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายทะเบียนอำเภอโพธิ์ประทับช้าง) เป็นคำสั่งทางปกครอง จึงต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง²³ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ด้วย เมื่อกรณีนี้ปรากฏว่า ก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะมีคำสั่งย้ายชื่อผู้ฟ้องคดีออกจาก

²³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้นิ่งช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) ...

ทะเบียนบ้าน มิได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ที่จะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงไม่ชอบด้วยมาตรา 30 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ทั้งนี้การออกคำสั่งทางปกครองข้างต้นไม่ใช่กรณีมีความจำเป็นเร่งด่วน อันเข้าข้อยกเว้นที่ไม่ต้องให้ผู้กรณีมีโอกาสทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนตามมาตรา 30 วรรคสอง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เนื่องจากก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะออกคำสั่งย้ายชื่อผู้ฟ้องคดีออกจากทะเบียนบ้าน ได้จัดให้มีการประชุมประชาคมหมู่บ้าน โดยมีหนังสือแจ้งให้เจ้าบ้านมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งได้สอบปากคำพยานบุคคลบางกลุ่ม จึงเห็นได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีเวลาเพียงพอที่จะเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นๆ มีโอกาสทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานได้ ยกเว้นผู้ฟ้องคดี กรณีนี้จึงไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

3) กรณีผิดขั้นตอนหรือวิธีการอื่นๆ

นอกจากขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือและขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานที่ได้กล่าวในเบื้องต้นแล้ว ยังมีขั้นตอนอันเป็นรายละเอียดปลีกย่อยเพื่อจัดทำนิติกรรมทางปกครองอีกเป็นจำนวนมาก เช่น ก่อนการออกคำสั่งทางปกครองในคำสั่งบางประเภทจะต้องมีขั้นตอนการริเริ่ม ก่อนการทำคำสั่งทางปกครองกล่าวคือต้องมีการยื่นคำขอของเอกชนต่อฝ่ายปกครอง หรือขั้นตอนระยะเวลาในการจัดทำนิติกรรมทางปกครอง หรือขั้นตอนการไต่สวน หรือขั้นตอนการดำเนินการขององค์กรที่เป็นองค์คณะ รวมถึงขั้นตอนการประกาศราชกิจจานุเบกษา ขั้นตอนดำเนินการให้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ เป็นต้น ขั้นตอนอื่นๆเหล่านี้ หากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการให้ครบถ้วนสมบูรณ์ ย่อมเป็นการออกนิติกรรมทางปกครองที่ผิดขั้นตอน และอาจถูกเพิกถอนโดยศาลปกครองได้เช่นเดียวกับการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนเกี่ยวกับการปรึกษาหารือหรือขั้นตอนเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.320/2549 การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญและการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. 2518 ในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญในตำแหน่งที่ต้องมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่ง จะต้องดำเนินการให้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่งเสียก่อนแล้วจึงดำเนินการแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งใหม่หรือไม่ พิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 227 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่าพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือนตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี

และเทียบเท่า และทรงให้พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่กรณี queพ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย จากบทบัญญัติดังกล่าวมีผลทำให้การดำเนินการให้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง และให้พ้นจากตำแหน่ง เป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ คือในกรณีที่จะให้พ้นจากตำแหน่ง ผู้มีอำนาจจะมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งโดยไม่ได้ดำเนินการกราบบังคมทูลให้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่งให้ครบถ้วนตามขั้นตอนดังกล่าวก่อนไม่ได้

4) กรณีผิดขั้นตอนหรือวิธีการแต่ได้แก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองแล้ว

ดังที่ได้กล่าวมาในกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ทำโดยผิดแบบบางกรณีสามารถแก้ไขเยียวยาในชั้นเจ้าหน้าที่ได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 บทบัญญัติดังกล่าวมีกรณีแก้ไขเยียวยากรณีบกพร่องในเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการด้วย แบ่งออกเป็น 3 กรณี กล่าวคือ

ก. กรณีขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ

คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ โดยจะต้องรับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อน จึงจะออกคำสั่งทางปกครองได้นั้น ความบกพร่องในขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (4) กำหนดให้การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง กรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ต้องการความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะได้มีการออกคำสั่งทางปกครองด้วยการให้เจ้าหน้าที่ขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นในภายหลังจากที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว โดยจะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ตามที่บัญญัติในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ข. กรณีขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน

เมื่อฝ่ายปกครองบกพร่องในขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน โดยมีได้ให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งแสดงหลักฐานหรือมิได้จัดให้มีการรับฟัง ซึ่งเป็นขั้นตอนสำคัญที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องให้ดำเนินการเพื่อให้โอกาสรับฟังคู่กรณีและให้โอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน และรวมถึงการรับฟังคู่กรณีและให้โอกาสในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานตามกฎหมายเฉพาะอื่นๆด้วย หากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยบกพร่องในขั้นตอนนี้ คำสั่งทางปกครองนั้นถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดย

การจัดให้มีการรับฟังในภายหลังนั้น ตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องโดยการรับฟังภายหลังนั้นจะต้องไม่ใช่เพียงการรับฟังข้อเท็จจริงมาใหม่โดยที่ข้อเท็จจริงนั้นมิได้มีผลต่อการพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเดิม โดยเมื่อเจ้าหน้าที่นำข้อเท็จจริงมาพิจารณาแล้วหากมีความเห็นเช่นเดิมก็ถือว่าได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยการรับฟังแล้ว แต่หากรับฟังแล้วมีความเห็นแตกต่างไปจากเนื้อหาของคำสั่งเดิมที่ได้ออกไปโดยไม่ได้รับฟัง เจ้าหน้าที่ที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมและเริ่มพิจารณาคำสั่งทางปกครองนั้นใหม่

คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการบางประการ แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อได้แก้ไขเยียวยาความบกพร่องในภายหลังตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถือว่ามีความบกพร่องเพราะเหตุดังกล่าวอีกต่อไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะนำความบกพร่องดังกล่าวมาอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ และข้อกล่าวอ้างที่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องจากเหตุดังกล่าวย่อมตกไป²⁴

ค. กรณีขั้นตอนอื่นๆ

กรณีคู่กรณีมิได้ยื่นคำขอ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (1) กำหนดวิธีการแก้ไขเยียวยาหากออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว ทั้งนี้ ในการแก้ไขเยียวยากรณีรูปแบบหรือแบบ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการในกรณีขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการพิจารณาหรือและกรณีขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านนั้น จะต้องดำเนินการก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือหากเป็นกรณีไม่ต้องมีการอุทธรณ์ก็ต้องดำเนินการก่อนนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 วรรคสาม

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 376/2555 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้อำนวยการสำนักงานสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อมเทศบาลนครยะลา) ไม่ได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบถึงการไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือนพร้อมด้วยเหตุผลที่ไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดี และไม่เปิดโอกาสให้ชี้แจง ให้ความเห็น หรือคำปรึกษาเกี่ยวกับการประเมินและผลการประเมินดังกล่าวก่อนมีคำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนพร้อมด้วยเหตุผลที่ไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดี และไม่เปิดโอกาสให้

²⁴ วรเจตน์ภิกษิรต์. เล่มเดิม. น. 45.

ชี้แจง ให้ความเห็น หรือคำปรึกษาเกี่ยวกับการประเมินและผลการประเมินดังกล่าวก่อนมีคำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนตามข้อ 225 วรรคสองของประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดยะลา จึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด แต่หลังจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกเทศมนตรีนครยะลา) ได้รับคำร้องทุกข์จากผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีให้ส่งเอกสารหลักฐานว่ามีผลงานตามที่กล่าวอ้างภายใน 15 วัน เพื่อนำเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาทบทวนการเลื่อนขึ้นเงินเดือนผู้ฟ้องคดี ทั้งได้นัดหมายให้ผู้ฟ้องคดีเข้าปรึกษาหารือหรือแก้ไขความคับข้องใจ แต่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีก็ไม่ได้เข้าพบตามวันนัดหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงได้สรุปความเห็นว่าการร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดีไม่มีมูลความจริงและผู้ฟ้องคดีไม่มีผลการปฏิบัติงานตามที่กล่าวอ้าง และผู้ฟ้องคดีไม่มีเหตุคับข้องใจแต่อย่างใด กรณีจึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้จัดให้มีการรับฟังผู้ฟ้องคดีและได้ดำเนินการก่อนสิ้นกระบวนการพิจารณาคำร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว อันเป็นการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องของตนให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดีและมีคำสั่งยกคำร้องทุกข์จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง

เมื่อได้ทราบถึงลักษณะของการผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เกิดขึ้นในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เมื่อศาลตรวจสอบพบเหตุไม่ถูกต้องดังกล่าวแล้ว ยังไม่อาจอ้างเหตุเพิกถอนได้ในทันที ศาลยังต้องพิจารณาในลำดับต่อไปอีกว่ากรณีการผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เกิดขึ้นนั้นเป็นสาระสำคัญหรือไม่ด้วย

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 บัญญัติไว้ว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการออกกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นซึ่งศาลปกครองจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ หากแต่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แต่มิได้บัญญัติถึงบทนิยามความหมายของความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ รวมถึงไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ ในเบื้องต้นจึงควรศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาต่อไป

4.2 แนววินิจฉัยเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองเพราะเหตุผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

ในการวินิจฉัยเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ศาลปกครองจะพิจารณาก่อนว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บกพร่องนั้นเป็นสาระสำคัญหรือไม่ และหากเป็นสาระสำคัญของศาลปกครองจะเพิกถอนโดยให้มีผลอย่างไร โดยมีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

4.2.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการดำเนินกระบวนการทางปกครองมีได้หลากหลาย ซึ่งรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางประเภทฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นมาเพียงเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางประเภทมีไว้เพื่อคุ้มครองการถูกระงับสิทธิของประชาชน ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความ เป็นสาระสำคัญของรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ ดังนั้น จึงควรศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงความ เป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นเหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการ ซึ่งศาลปกครองไทยได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญไว้หลายกรณี ดังนี้

1) หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ตามที่ได้ศึกษาบ่อเกิดแห่งกฎหมายในบทที่ 2 พบว่าในการกำหนดรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการเพื่อให้ฝ่ายปกครองดำเนินการนั้นมีที่มาจากกฎหมายหลายลักษณะและหลายลำดับชั้น โดยศาลปกครองได้นำรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ปรากฏในกฎหมายต่างๆ เพื่อพิจารณาหาเหตุ ความบกพร่อง โดยมีแนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องดังนี้

(1) กรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยพบว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการมีได้จำกัดอยู่แต่เพียงใน กฎหมายระดับรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติเท่านั้น หากยังปรากฏในกฎหมายลำดับรองประเภท อื่นๆอีกเป็นจำนวนมากการพิจารณาถึงความ เป็นสาระสำคัญของศาลปกครองก็มีได้จำกัดแต่เพียงว่า รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่สำคัญต้องกำหนดในรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติเท่านั้น จึงมี แนวคำวินิจฉัยในหลายกรณีดังนี้

ก. รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และเป็นแม่บทของกฎหมายทั้งหลาย ดังนั้น กฎหมายทุกประเภทจะออกมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ โดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 67 วรรคสอง บัญญัติว่าการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพจะกระทำมิได้เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อนรวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติหรือด้านสุขภาพให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว

จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่าเป็นขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน โดยในการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพจะต้องมีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชนและจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อนดังนั้นหากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวย่อมเป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ

ข. รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติในพระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติเป็นกฎหมายที่เกิดจากกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐสภาที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นกฎหมายที่ออกมาโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรง เพราะฉะนั้นรัฐสภาจะตราพระราชบัญญัติให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้

รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติในพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 มาตรา 46-51 กำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนและวิธีการของการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ตัวอย่างรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัติ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.184/2550 ขั้นตอนสำคัญของการพิจารณาอนุญาตคำขอประทานบัตรเหมืองแร่ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 แห่ง พ.ร.บ. แร่ พ.ศ. 2510 คือ ได้มีการปิดประกาศ คำขอประทานบัตร ณ สถานที่ที่กำหนดตามกฎหมายแล้ว ทั้งนี้เพื่อให้โอกาสราษฎร ที่จะได้รับผลกระทบได้มีโอกาสทราบและคัดค้านคำขอ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ที่ประชุมสภาตำบลแห่งท้องที่ ขณะที่ได้มีการขอประทานบัตรเหมืองแร่หินปูน เพื่ออุตสาหกรรมเคมีและโพลิเมดิคส์ไลน์

สโตนได้ยืนยันว่ามีการปิดประกาศการขอประทานบัตรให้ผู้เกี่ยวข้องทราบแล้วไม่มีใครคัดค้าน รวมทั้งนายอำเภอได้มีหนังสือรายงานไปยังอธิบดีกรมทรัพยากรธรณียืนยันว่าได้ปิดประกาศการขอประทานบัตรที่ว่าการอำเภอแล้ว นอกจากนี้ยังปรากฏอีกว่า ก่อนการอนุญาตคำขอประทานบัตร ได้มีราษฎรรวมตัวกันไปร้องเรียนต่อผู้มีอำนาจออกประทานบัตร ถือว่าได้ทราบ การปิดประกาศการขอประทานบัตรแล้ว

ค. รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติในกฎหมายลำดับรอง (กฎหมายบริหารบัญญัติ)

กฎหมายในปัจจุบันบางฉบับกำหนดในบทนิยามเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “กฎ” เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 นิยาม “กฎ” ให้หมายความว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” การออกกฎหมายลำดับรองนั้นจะต้องอาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือกฎหมายลำดับรองจะมีข้อความหรือ บทบัญญัติที่ขัดกับกฎหมายแม่บทหรือเกินไปกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจมิได้ โดยส่วนใหญ่ รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการมักจะถูกบัญญัติในกฎหมายลำดับนี้เนื่องจากเป็นเรื่องของการกำหนดรายละเอียดที่มีเป็นจำนวนมากเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ เช่น ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม และหลักเกณฑ์ วิธีการ ระเบียบปฏิบัติ และแนวทางการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ซึ่งประกาศดังกล่าวอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 มาตรา 46-49 และมาตรา 51 โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ในการกำหนดประกาศหลักเกณฑ์ดังกล่าว เป็นต้น

ตัวอย่างรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในระเบียบ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2555 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า มิใช่กรณีที่ไม่สามารถหาตัวเกษตรกรซึ่งจะแจ้งการสิ้นสุดสิทธิโดยมิต้องมีการเตือนตามข้อ 8 วรรคสอง ของระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยการให้เกษตรกรและสถาบันเกษตรกรผู้ได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าทำประโยชน์ในที่ดินพ.ศ.2535²⁵

²⁵ ระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยการให้เกษตรกรและสถาบันเกษตรกรผู้ได้รับที่ดินจากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าทำประโยชน์ในที่ดิน พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยระเบียบฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 ข้อ 8 หากเกษตรกรหรือสถาบันเกษตรกรกระทำการฝ่าฝืนข้อ 7 ให้

แต่คณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมได้มีมติให้ผู้ฟ้องคดีสันติธิการเข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดินโดยไม่มีหนังสือแจ้งเตือนจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนด

ตัวอย่างรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 372/2554 การที่คณะกรรมการเลือกได้มีมติให้ทำการตรวจนับคะแนนใหม่ เนื่องจากมีการคัดค้านเกี่ยวกับการนับคะแนนและการวินิจฉัยบัตรเสียในการนับคะแนนครั้งแรกและเนื่องจากบัตรออกเสียงมีจำนวนเกินกว่าจำนวนผู้มาใช้สิทธิในการนับคะแนนครั้งที่สองแม้จะเป็นการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 20 วรรคหนึ่งและวรรคสอง²⁶ ของข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการเลือกผู้ใหญ่บ้าน พ.ศ. 2535 อันเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชอบก็ตาม แต่โดยที่การนับคะแนนทั้งสามครั้งได้ผลคะแนนแตกต่างกันและไม่อาจถือได้ว่าผลการนับคะแนนครั้งใดถูกต้อง อีกทั้งคณะกรรมการเลือกได้ยกเลิกการนับคะแนนในครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 และดำเนินการนับคะแนนใหม่จากนั้นประกาศให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับเลือกเป็นผู้ใหญ่บ้านตามผลการนับคะแนนครั้งที่ 3 แต่ต่อมากลับมีการประกาศให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 เป็นผู้ได้รับการเลือกเป็นผู้ใหญ่บ้านตามผลการนับคะแนนครั้งที่ 1 นอกจากนี้ การที่คณะกรรมการเลือกนำหีบบัตรไปเก็บรักษาไว้ที่สถานีตำรวจภูธรกิ่งอำเภอสาทเหล็ก โดยสภาพของหีบบัตรที่ไม่มีการปิดเทปกาวโดยรอบฝาหีบ บัตรติดถูกมัดรวมกันไว้ 242

ปฏิรูปที่ดินจังหวัดมีหนังสือเตือนให้เกษตรกรหรือสถาบันเกษตรกรละเว้นการกระทำหรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือทำให้ที่ดินกลับสู่สภาพเดิมภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าผู้นั้นยังคงฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามโดยไม่มีเหตุอันสมควรก็ให้ดำเนินการตามข้อ 11 ต่อไป

ในกรณีที่เกษตรกรหรือสถาบันเกษตรกรได้ออกรับทำประโยชน์ในที่ดินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนไปยังบุคคลอื่นหรือกระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกรณีหนึ่งกรณีใดในข้อ 7 และไม่สามารถหาตัวได้พบให้ดำเนินการตามข้อ 11 ได้โดยมิต้องมีการเตือน

²⁶ ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการเลือกผู้ใหญ่บ้าน พ.ศ. 2535

ข้อ 20 ถ้าการลงคะแนนหรือการนับคะแนนไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากการเกิดจลาจล อุทกภัย อัคคีภัย หรือเหตุนอกอำนาจอย่างอื่น ให้คณะกรรมการเลือกประกาศลงคะแนน หรือนับคะแนนตามแบบ ผ.ญ. 9 ให้นายอำเภอกำหนดวันลงคะแนนใหม่ภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับทราบเหตุนั้นได้สงบแล้ว และต้องประกาศให้ราษฎรได้ทราบล่วงหน้าก่อนวันลงคะแนนไม่น้อยกว่าสามวัน ตามแบบ ผ.ญ. 10 ท้ายข้อบังคับนี้

การตรวจนับคะแนน ให้กรรมการกรอกคะแนนตามแบบ ผ.ญ. 6 ท้ายข้อบังคับนี้ ถ้าปรากฏว่ามีบัตรเลือกเกินจำนวนผู้มาใช้สิทธิเลือก คณะกรรมการเลือกต้องจัดให้มีการลงคะแนนใหม่ หรือดำเนินการตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม แต่ถ้าจำนวนบัตรออกเสียงเท่ากันหรือน้อยกว่าจำนวนผู้มาใช้สิทธิเลือก ให้ถือว่าการเลือกนั้นสมบูรณ์ ...

ใบ บัตรเสียคณะกรรมการเลือกมิได้สักระยะคำว่า “เสีย” ในบัตรทุกๆ ใบ และไม่มีการลงชื่อกรรมการกำกับในบัตรเสีย บัตรเลือกไม่ได้ใส่ซองปิดผนึกไว้ การกระทำของคณะกรรมการเลือกดังกล่าวเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อข้อ 23²⁷ ของข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการเลือกผู้ใหญ่บ้านฯ และเป็นการกระทำที่ไม่ได้ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ง. รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติในกฎหมายลำดับรอง (กฎหมายองค์การบัญญัติ) ได้แก่ ข้อบัญญัติท้องถิ่นต่างๆ เช่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติจังหวัด ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเหล่านี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ.27/2553 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (สภาเทศบาลเมืองหนองคาย) นำร่างเทศบัญญัติงบประมาณมาลงมติในวาระที่สามว่าจะให้ตราเป็นเทศบัญญัติหรือไม่ โดยไม่มีการพิจารณาในวาระที่สองขึ้นแปรญัตติ จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญในการจัดทำร่างเทศบัญญัติงบประมาณ การตราเทศบัญญัติงบประมาณดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) กรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแห่งกฎหมายพบว่ากฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรบางอย่างก็มีค่าบังคับเทียบเท่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยในกรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ศาลได้มีแนวคำวินิจฉัยในเรื่องกฎหมายประเพณี มีดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ฟ.12/2546 การออกกฎกระทรวงเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง โดยไม่ได้บัญญัติและไม่มีการบัญญัติให้ต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีไว้ก็ตาม แต่ก่อนที่รัฐมนตรีจะออกกฎกระทรวงจะต้องส่งร่างกฎกระทรวงดังกล่าวไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบและปฏิบัติสืบทอดกันตลอดมา จึงพอถือได้ว่าได้มีกฎหมายจารีตประเพณีกำหนดให้การออกกฎกระทรวง กฎทรวง หรือกฎอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากฎกระทรวง จะต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้ว ดังนั้น การฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

²⁷ ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการเลือกผู้ใหญ่บ้าน พ.ศ. 2535

ข้อ 23 เมื่อการนับคะแนนสิ้นสุดลงแล้ว ให้คณะกรรมการเลือกเก็บบัตรเลือกที่ใช้คะแนนแล้วบันทึกการเลือกตามแบบผ.ญ. 11 ประกาศผลการเลือกหนึ่งฉบับตามแบบ ผ.ญ. 7 และแบบกรอคะแนนตามแบบ ผ.ญ. 6 ท้ายข้อบังคับนี้ ที่ใช้กรอคะแนนแล้วบรรจุในหีบบัตรเลือก ส่วนบัตรเสียนั้นให้บรรจุของ หรือห่อไว้เป็นส่วนต่างหาก โดยมีให้กระดษปิดทับช่องใส่บัตรเลือก โดยลงชื่อคณะกรรมการเลือกกำกับไว้บนกระดษนั้นด้วย ทั้งนี้ให้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าประชาชนซึ่งอยู่ ณ ที่นั้น และนำหีบบัตรเก็บรักษาไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอ

กระทำการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติภาษสรรพสามิต พ.ศ. 2527 ว่าด้วยสินค้าที่ผู้ประกอบการจะขอลดหย่อนภาษีได้ ซึ่งเป็นกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีออกมาใช้บังคับโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วน ขอให้แก้ไขหรือเพิกถอนกฎกระทรวงดังกล่าวจึงเป็นการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำพิพากษาดังกล่าวเห็นว่าการออกกฎกระทรวงต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นกฎหมายประเพณี จึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหมายประเพณีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติกันมานานจนถือเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายประการหนึ่ง แต่เมื่อพิจารณาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองคือ ฝ่ายปกครองต้องกระทำการต่างๆโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย และจะกระทำการใดๆที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” และ “ข้อจำกัด” อำนาจของฝ่ายปกครอง กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการต่างๆของฝ่ายปกครองหรืออีกนัยหนึ่ง คือ กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคล ได้แก่ กฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ฯลฯ ส่วนกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการซึ่งฝ่ายปกครองมีอยู่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ฯลฯ นั้น นอกจากกฎหมายฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจนั้นเองแล้ว ยังได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความได้สัดส่วน(หลักความพอสมควรแก่เหตุ) หลักความเสมอภาค (หลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล) กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป บรรดากฎหมายเหล่านี้เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองโดยทั่วไป ไม่ว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจออกกฎ คำสั่งทางปกครอง คำสั่งอื่นหรือการกระทำอื่นใดก็ตาม ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายเหล่านี้²⁸ โดยหลักแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆได้นั้น ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์การฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองประเพณี

²⁸ วรพจน์วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช*

นั้น²⁹ หากฝ่ายปกครองดำเนินการไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการรูปแบบตามกฎหมาย ประเพณีนั้น ศาลปกครองสามารถอ้างเหตุดังกล่าวเพิกถอนได้หรือไม่

นอกจากนี้ยังมีข้อพิจารณาต่อไปว่ากรณีข้อบังคับ ข้อกำหนดหรือหนังสือเวียนบางประเภทที่มีได้มีสถานะเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพียงแต่หน่วยงานมิได้กำหนดให้มีข้อบังคับ ข้อกำหนดหรือหนังสือบางอย่างมาบังคับใช้กับประชาชน ซึ่งโดยสภาพแล้ว เป็นการดำเนินงานภายในฝ่ายปกครองไม่ได้มีฐานทางกฎหมายที่รองรับอย่างชัดเจนหากฝ่ายปกครองบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ศาลจะอ้างเป็นเหตุเพิกถอนได้หรือไม่

ตัวอย่างรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในหนังสือเวียน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.103/2551 คณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในระบบเปิดในการพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนข้าราชการชั้น เพื่อให้การพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนข้าราชการมีความเป็นธรรม โปร่งใส สามารถอธิบายและตรวจสอบได้ ทั้งนี้ ตั้งแต่การพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนประจำปีงบประมาณ 2541 (1 ตุลาคม 2540) เป็นต้นไป ดังนั้นผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะผู้ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ส่งเลื่อนขึ้นเงินเดือน และผู้อำนวยการ โรงพยาบาลตะกั่วทุ่งที่เป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของผู้ฟ้องคดีจะต้องถือปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามแล้ว ย่อมถือว่าการพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนได้กระทำไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น และมีผลทำให้การพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนครั้งนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่ศาลตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นศาลมิได้พิจารณาแต่เพียงรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ปรากฏในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่ยังตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ปรากฏในกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ข้อบังคับ แม้กระทั่งรูปแบบ ขั้นตอนที่ปรากฏในลักษณะกฎหมายประเพณีหรือแม้แต่หนังสือศาลก็ตรวจสอบด้วย

ในกรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองกำหนดในหนังสือเวียน รวมถึงแนวปฏิบัติภายในต่างๆ แม้มิได้มีลักษณะเป็นกฎหมายอย่างชัดเจน แต่ย่อมถือเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามที่ได้กำหนดขึ้นซึ่งเป็นไปตามหลักคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้นและรวมไปถึงเอกสารแนวปฏิบัติภายในหน่วยงาน³⁰

เมื่อได้ศึกษารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการตามประเภทแห่งกฎหมายแล้วพบว่าปรากฏในกฎหมายทุกประเภท ทุกลำดับชั้น จึงยังมีอาจสรุปได้ว่ารูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการดังกล่าวนี้

²⁹ วรเจตน์ภิกษิรต์. เล่มเดิม.น. 52.

³⁰ ปิยนุตร แสงกนกกุล. (2556). *กฎหมายปกครองของประเทศไทย*. น. 130

จำเป็นต้องบัญญัติในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายแม่บทอย่างพระราชบัญญัติ เท่านั้นที่จะเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ แต่จะต้องพิจารณาในหลักเกณฑ์ประการอื่นๆ ประกอบกันด้วย

2) หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อคู่กรณีในคดี

เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองบุคคลที่เข้าเกี่ยวข้องในคดี จึงได้แก่ ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดี และรวมถึงบุคคล หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยการร้องสอด ไม่ว่าจะเป็นโดยความสมัครใจเอง หรือโดยถูกคำสั่งศาลปกครองเรียกเข้ามาในคดี ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้นและเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินการกระบวนการพิจารณา ให้รวมถึงผู้มีสิทธิกระทำการแทนด้วย³¹ การพิจารณาว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น เป็นสาระสำคัญหรือไม่ ศาลปกครองย่อมต้องพิจารณาถึงผลกระทบของคู่กรณีในคดีเป็นหลัก ซึ่งการพิพาทในคดีปกครองเป็นการพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง ดังนั้น การพิจารณาผลกระทบในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการจำต้องพิจารณาจากทั้งด้านสิทธิเอกชน และด้านการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้กล่าวในบทที่ 2 ว่า ขั้นตอนบางกรณีเช่นขั้นตอนในการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของคู่กรณีนั้นเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดขั้นตอนหนึ่งในการเป็นหลักประกันการกระทบสิทธิของเอกชน โดยมีเจตนารมณ์สำคัญ 2 ประการ³² คือ ประการแรก เพื่อประกันความเป็นธรรมให้กับบุคคลที่เป็นคู่กรณีโดยการให้โอกาสคู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของตน และประการที่สอง เพื่อประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการเปิดโอกาสจะทำให้เจ้าหน้าที่ได้รับทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องที่จะออกคำสั่งอย่างรอบด้านและสมเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันถือเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพ ขณะเดียวกันก็กระทบกับสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของปัจเจกชนน้อยที่สุด ในการพิจารณาของศาลจึงมีการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้ หลายกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีผลกระทบต่อการตัดสินใจของคู่กรณีที่เป็นฝ่ายปกครอง

รูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ นั้น จะต้องมิลักษณะเป็นเหตุผลสำคัญ หรือปัจจัยสำคัญที่จะส่งผลต่อการตัดสินใจในการออกกฎหรือคำสั่ง ซึ่งหากฝ่ายปกครองมิได้ทำตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวนี้จะส่งผลให้ฝ่ายปกครองออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง เปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิง มิใช่เพียงส่งผลเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย ตัวอย่างเช่น

³¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 3.

³² มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, เล่มเดิม, น. 99.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.410/2555 ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (เทศบาลเมืองนครพนม) มีมติที่ประชุมสมัยวิสามัญ สมัยที่ 2 ประจำปี 2540 ครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2540 อนุมัติให้เทศบาลเมืองนครพนมจัดทำโครงการก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสียในพื้นที่รับผิดชอบในเขตเทศบาลเมืองนครพนม และบริเวณที่สาธารณประโยชน์ดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สภาองค์การบริหารส่วนตำบลอาจสามารถ) มีมติที่ประชุมสมัยวิสามัญ ประจำปี พ.ศ. 2540 ครั้งที่ 3/2540 เมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2540 ให้เทศบาลเมืองนครพนมก่อสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียบริเวณที่สาธารณประโยชน์ดังกล่าว เนื้อที่ประมาณ 90 ไร่ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ผู้ว่าราชการจังหวัดนครพนม) มีคำสั่งลงวันที่ 3 กันยายน 2540 อนุมัติให้เทศบาลเมืองนครพนมทำกิจการนอกเขตเพื่อดำเนินการก่อสร้างระบบรวบรวมและบำบัดน้ำเสีย ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเห็นว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 กับคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งต่อมาได้มีคำพิพากษายกฟ้อง ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบอุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุด อุทธรณ์ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้นำข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับที่ดิน ที่จะทำโครงการให้ที่ประชุมทราบว่าเป็นที่ดินประเภทใด ได้ขอความเห็นชอบจากประชาชน ในพื้นที่ก่อนแล้วหรือไม่ ซึ่งเป็นสาระสำคัญที่ต้องแจ้งให้ที่ประชุมทราบเพื่อการตัดสินใจลงมติ เมื่อมิได้แจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวให้ทราบ มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย เห็นว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดังกล่าว เป็นเพียงการเห็นชอบให้เทศบาลเมืองนครพนมทำกิจการนอกเขต ซึ่งแม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะมีมติอนุมัติการทำกิจการในที่ดินดังกล่าวก็ยังมีขั้นตอนการดำเนินการอีกหลายขั้นตอนเป็นต้นว่า ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องได้รับการอนุมัติจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ในฐานะผู้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย รวมทั้งต้องยื่นคำร้องต่ออธิบดีกรมที่ดินเพื่อขอใช้ที่ดินดังกล่าว ซึ่งมีขั้นตอนการตรวจสอบโครงการ ความจำเป็นและเหตุผลในการขอใช้ที่ดินต้องทำการสอบสวนประวัติความเป็นมาของที่ดิน ตลอดจนขอความเห็นจากหน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแล ดังนั้น ในการประชุมเพื่อลงมติให้เทศบาลเมืองนครพนมทำกิจการนอกเขต เมื่อได้แจ้งให้ที่ประชุมทราบถึงความจำเป็นที่ต้องทำโครงการรวบรวมและบำบัดน้ำเสีย ตลอดจนความเหมาะสมของการใช้พื้นที่สาธารณประโยชน์ดังกล่าว ซึ่งอยู่นอกเขตในการทำกิจการดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าที่ประชุมได้พิจารณารายละเอียดและความจำเป็นของโครงการที่เป็นสาระสำคัญแล้ว มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมิได้ขัดต่อกฎหมายเช่นกัน

ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบอุทธรณ์ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้ออกคำสั่งอนุมัติให้เทศบาลเมืองนครพนมทำกิจการนอกเขตโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะก่อนการออกคำสั่งดังกล่าว มิได้ปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ พ.ศ. 2539 โดยจัดทำประชาพิจารณ์ภายหลังจากที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบกับพวกได้มี

หนังสือคัดค้านโครงการดังกล่าวแล้ว และในวันจัดทำประชาพิจารณ์ ไม่มีประชาชนในพื้นที่ที่เกี่ยวข้องกับโครงการเข้าร่วมประชาพิจารณ์ด้วยโดยเฉพาะประชาชนบ้านคำแก้ม เห็นว่า จากข้อ 7 ข้อ 8 ข้อ 11 และข้อ 21 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ โดยวิธีประชาพิจารณ์ พ.ศ. 2539 เห็นได้ว่า โครงการใดจะมีการจัดทำประชาพิจารณ์หรือไม่ขึ้นอยู่กับความเห็นสมควรของรัฐมนตรี หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เพราะแม้ผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำขอให้ทำประชาพิจารณ์ แต่หากรัฐมนตรีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่าไม่จำเป็นก็อาจสั่งมิให้มีประชาพิจารณ์ได้และการสั่งการดังกล่าวถือว่างถึงที่สุด ส่วนในกรณีที่เห็นสมควรจะทำประชาพิจารณ์ การทำประชาพิจารณ์จะมีขึ้นในช่วงเวลาใดก็ได้ และสุดท้ายผลการประชาพิจารณ์จะเป็นเช่นใดย่อมเป็นเพียงแนวทางหรือข้อมูลประกอบการตัดสินใจเท่านั้น มิใช่บังคับว่าต้องดำเนินการตามผลที่ได้จากการประชาพิจารณ์

(2) กรณีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มที่เป็นเอกชน

ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ว่าขั้นตอนหรือวิธีการบางอย่างมีวัตถุประสงค์โดยมีเจตนารมณ์สำคัญ เพื่อประกันความเป็นธรรมให้กับบุคคลที่เป็นกลุ่ม โดยการให้โอกาสกลุ่มได้ทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของตน รวมทั้งประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการเปิดโอกาสจะทำให้เจ้าหน้าที่ได้รับทราบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับเรื่องที่จะออกคำสั่งอย่างรอบด้านและสมเจตนารมณ์ของกฎหมาย ขณะเดียวกันก็กระทบกับสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของปัจเจกชนน้อยที่สุด

รูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการนั้น จึงต้องมีลักษณะเป็นการปกป้องคุ้มครองสิทธิของกลุ่มมิให้ถูกระงับ หากฝ่ายปกครองนั้นมิได้ทำตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวนี้ จะส่งผลให้ฝ่ายปกครองออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของกลุ่มจนยากที่จะแก้ไขเยียวยา ในการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญ ศาลปกครองจึงต้องพิจารณาผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มที่เป็นเอกชนควบคู่ไปด้วยตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.117/2548 ระหว่าง นางสาวผ่องศรี อินหลู่ กับพวก ผู้ฟ้องคดี และกรมการปกครอง ที่ 1 จังหวัดเชียงใหม่ ที่ 2 นายอำเภอแม่เมาะ ที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดีคดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้มีประกาศให้จำหน่ายชื่อและรายการบุคคลรวม 1243 คน ซึ่งรวมทั้งผู้ฟ้องคดีออกจากทะเบียนบ้าน การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดังกล่าวเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งอันมีผลกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลเป็นการถาวร ซึ่งก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะดังกล่าว เจ้าหน้าที่ต้องให้กลุ่มมีโอกาสดังกล่าวได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนเสียก่อนตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539เมื่อ

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มิได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งหมดทราบว่าต้องถูกเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนบ้าน และจะต้องเปลี่ยนสถานะจากสัญชาติไทยไปเป็นชนกลุ่มน้อย ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสได้โต้แย้งหรือแสดงพยานหลักฐานใดๆ ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการมีคำสั่งทางปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.197/2548 ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์การสอบสวน กล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงโดยต้องหาคดีอาญา และมีคำสั่งที่ 334/2543 ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2543 ลงโทษปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ โดยระบุว่าผู้ฟ้องคดีมีความผิดเพราะเมาสุรายังป็นด้วยความคึกคะนองหรือยังป็นด้วยความคึกคะนอง ซึ่งปรากฏว่าไม่มีการแจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ฟ้องคดีว่าเมาสุรายังป็นด้วยความคึกคะนองหรือยังป็นด้วยความคึกคะนอง คงตั้งข้อกล่าวหาเพียงว่าต้องหาคดีอาญายังป็น ซึ่งใช้ดินระเบิดโดยใช่เหตุในเมืองฯ เท่านั้น ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานของตน เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า การออกคำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการนั้น ไม่ได้แจ้งข้อกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีเมาสุรายังป็นด้วยความคึกคะนองหรือยังป็นด้วยความคึกคะนอง ซึ่งเท่ากับว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงในข้อกล่าวหาอันนำไปสู่การลงโทษได้เพียงพอ และไม่มีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน อีกทั้งไม่ปรากฏว่ามีเหตุจำเป็นต้องไม่ปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น คำสั่งปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการจึงขัดต่อมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3) หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อบุคคลภายนอกคดีหรือประโยชน์สาธารณะ

นอกจากคู่กรณีในคดีที่ศาลต้องพิจารณาผลกระทบของทั้งฝ่ายเอกชนและฝ่ายปกครองแล้ว ในการพิจารณาเพิกถอนนั้นศาลยังต้องคำนึงด้วยว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นหากไม่ดำเนินการจะส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นๆ ที่มิได้เข้ามาเป็นคู่กรณีหรือไม่ และยังต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น กระทบต่อชุมชน กระทบต่อสภาพแวดล้อม เป็นต้น โดยมีแนวคำวินิจฉัยในการพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าว เป็นต้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.86/2552 มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และข้อ 9(3)ของระเบียบกรมทรัพยากรธรณี

ว่าด้วยการดำเนินการคำขอประทานบัตร การต่ออายุประทานบัตร และการโอนประทานบัตร พ.ศ. 2531 กำหนดให้การดำเนินการทำเหมืองแร่ที่อาจกระทบต่อสิ่งแวดล้อมให้มีการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (นายดุสิตฯ) ได้จัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมเสนอต่อสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งหน่วยงานดังกล่าวได้มีมติเห็นชอบกับรายงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แล้ว โดยกำหนดพื้นที่ให้ทำเหมืองได้เฉพาะตอนกลางของแปลงคำขอประทานบัตรด้านทิศตะวันตกเท่านั้น จึงเห็นได้ว่าการออกประทานบัตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม) ได้คำนึงถึงผลกระทบสิ่งแวดล้อม และเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ยื่นคำขอประทานบัตรต่อเจ้าพนักงานอุตสาหกรรมแร่ประจำท้องที่ โดยเจ้าพนักงานอุตสาหกรรมแร่ฯ ได้ตรวจคำขอของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แล้วเห็นว่าถูกต้องตามขั้นตอน จึงจดทะเบียนคำขอประทานบัตรแล้วดำเนินการตามคำขอต่อไป รวมทั้งได้มีการปิดประกาศคำขอประทานบัตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยปิดประกาศไว้ในที่เปิดเผย เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียได้แจ้งคัดค้านภายใน 20 วันนับแต่ปิดประกาศ ซึ่งเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วไม่มีผู้ใดได้แจ้งเจ้าพนักงานอุตสาหกรรมแร่ฯ จึงดำเนินการสำหรับการขอประทานบัตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต่อไป ซึ่งแม้ว่าต่อมาผู้ฟ้องคดีทั้ง 393 คน จะได้มีหนังสือคัดค้านการตั้งโรงโม่หิน แต่เมื่อกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่พิจารณาแล้วเห็นว่าคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีทั้ง 393 คน ไม่มีเหตุผลเพียงพอ เนื่องจากพื้นที่การขอประทานบัตรดังกล่าวเป็นพื้นที่ป่าไม้ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมป่าไม้ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้รับอนุญาตจากกรมป่าไม้ให้ใช้พื้นที่ดังกล่าวแล้ว ผู้ฟ้องคดีทั้ง 393 คน จึงมิใช่ผู้มีส่วนได้เสียในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในพื้นที่เขตการขอประทานบัตรดังกล่าว และถือว่าผู้ฟ้องคดีได้มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาการออกประทานบัตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แล้ว ดังนั้น การออกประทานบัตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงเป็นการดำเนินการตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่มาตรา 59 ประกอบกับมาตรา 60 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดไว้แล้ว

4) หลักเกณฑ์การพิจารณากรณีการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครอง

การทำให้รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 ถือเป็นรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ แต่หากได้รับการแก้ไขเยียวยา แล้วคำสั่งนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมาย ศาลไม่อาจอ้างเหตุผลบกพร่องดังกล่าวเพื่อเพิกถอนกฎ คำสั่งนั้นได้อีกดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.133/2548 ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอุทธรณ์ว่า คำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีทั้งสี่เป็นคำสั่งทางปกครองแม้จะออกโดยไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม ก็ไม่ได้ทำให้คำสั่งดังกล่าวไม่สมบูรณ์ ตามมาตรา 41 (4) แห่ง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อ อ.ก.พ.กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงมติเห็นชอบกับความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ก็ไม่ได้มีความจำเป็นที่จะต้องสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง กลับเข้ารับราชการเพื่อให้มีสถานะเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญเสียก่อนแต่อย่างใดนั้น ในกรณีนี้ เห็นว่า อ.ก.พ.กระทรวงฯ มิใช่องค์กรที่จะให้ความเห็นชอบตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ อ.ก.พ.กระทรวงฯ เป็นองค์กรที่มีหน้าที่พิจารณาความผิดและกำหนดโทษข้าราชการที่มี กรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงและคณะกรรมการสอบสวนหรือผู้มีอำนาจตาม มาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เห็นว่า ผู้ถูกกล่าวหากระทำ ผิดวินัยอย่างร้ายแรง ซึ่งการพิจารณาดังกล่าว อ.ก.พ.กระทรวงฯ มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างใด ก็ได้ภายในกรอบของกฎหมาย ซึ่งอาจจะเห็นแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการสอบสวน หรือผู้มีอำนาจ ตามมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ได้ กรณีนี้จึงมิใช่กรณีตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ตามข้ออ้างในอุทธรณ์ของผู้ถูก ฟ้องคดีทั้งสองเนื่องจากผู้พิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองไม่มีอำนาจหน้าที่พิจารณา ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว และไม่มีกรณีเข้าข้อยกเว้น ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน จึงต้องเพิกถอนคำสั่งลงโทษปลดออก

5) หลักเกณฑ์การพิจารณากรณีฝ่ายปกครองมีข้อบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือ วิธีการอันเป็นสาระสำคัญบางส่วนแต่ไม่กระทบถึงขั้นตอนหลัก

หากมิได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญบางส่วนแต่ ส่วนที่บกพร่องไม่กระทบถึงขั้นตอนหลัก ก็ไม่จำเป็นต้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.916/2555 คณะกรรมการสอบสวนไม่ได้แจ้ง ประเด็นที่จะทำการสอบสวนเพิ่มเติม และไม่ได้แจ้งสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาให้ ผู้ฟ้องคดีทราบ เพื่อให้สิทธิผู้ฟ้องคดีที่จะให้ถ้อยคำหรือชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาเพิ่มเติม แต่เมื่อพิจารณา จากประเด็นและข้อเท็จจริงที่ได้จากการสอบสวนเพิ่มเติมดังกล่าวไม่ได้มีข้อเท็จจริงใหม่หรือ พยานหลักฐานใหม่ที่เป็นผลเสียหายต่อผู้ฟ้องคดีที่ต้องให้ผู้ฟ้องคดีได้รับทราบและมีโอกาส ได้แย้งแสดงหลักฐาน ข้อเท็จจริงในประเด็นพิพาทเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีรู้และให้การต่อสู้ไว้ แล้วกรณีจึงไม่ขัดต่อหลักการให้สิทธิได้แย้งตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 และไม่ทำให้กระบวนการสอบสวนซึ่งได้ดำเนินการมาโดยชอบแล้วเสื่อมเสีย ไป

ทั้งนี้ รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในกรณีอื่น ๆ นั้น อาจมีเพื่อความสะดวกรวดเร็วในการ ปฏิบัติงาน มีลักษณะเป็นงานในทางธุรการ เช่น การทำคำสั่งทางปกครองโดยมิได้ระบุวันที่ ตาม มาตรา 36 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือการไม่ได้ปฏิบัติตาม

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ.2526 ซึ่งในระเบียบดังกล่าวกำหนดขั้นตอนทางธุรการต่างๆของบริหารงานเอกสาร ที่เริ่มตั้งแต่การรับ การส่ง การเก็บรักษา การยืม จนถึงการทำลายเอกสาร เช่น เจ้าหน้าที่อาจรับหนังสือโดยมิได้ลงทะเบียนรับตามข้อ 37 ของระเบียบดังกล่าว การไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในกรณีมิได้กระทบต่อเนื้อหาสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเหล่านี้ย่อมไม่ใช่รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

4.2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

เมื่อพิจารณาได้แล้วว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการโดยบกพร่องนั้นเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณาในลำดับต่อไปถึงความชอบด้วยกฎหมายหากรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นสาระสำคัญหากไม่ดำเนินการนิติกรรมทางปกครองนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและศาลสามารถเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ แต่หากรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการไม่เป็นสาระสำคัญแม้นิติกรรมทางปกครองนั้นมีความบกพร่องแต่ก็ไม่จำเป็นต้องเพิกถอน

1) กรณีไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ไม่เป็นสาระสำคัญ เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.86/2551 ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองอุทธรณ์ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่เคยแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองมีโอกาสดำเนินการขอเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน จึงเป็นการไม่ชอบด้วยมาตรา 30 และมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ.2539 นั้น เห็นว่า เมื่อข้อเท็จจริงฟังยุติตามที่กล่าวข้างต้นแล้วว่า กรรมการบริษัทของผู้ฟ้องคดีทั้งสองบางคนเป็นบุคคลเดียวกับกรรมการของบริษัท ที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการให้เป็นผลเสียหายแก่การค้าระหว่างประเทศ การแจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองทราบและให้โอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก็ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 การให้โอกาสผู้ฟ้องคดีทั้งสองเช่นนี้ จึงมิใช่กระบวนการที่เป็นสาระสำคัญตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อีกทั้งเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องระบุอีก อันเป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 37 วรรคสาม (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ฉะนั้นแม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้แจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองทราบและให้โอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานและไม่ได้ระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งก็ไม่มีผลทำให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองใช้ดวงตราสัญลักษณ์ข้าวไทยเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองออกคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองใช้ดวงตราสัญลักษณ์ข้าวไทยโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงฟังไม่ได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจงใจกระทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองเสียหาย จึงไม่เป็นละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสอง เมื่อได้วินิจฉัยดังนี้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นอื่นอีก พิพากษากลับเป็นให้ยกฟ้อง

2) กรณีไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ได้แก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองแล้ว

การแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองนั้นจะเกิดขึ้นในกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางประการ หากศาลปกครองตรวจสอบแล้วพบว่าได้มีการดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองโดยสมบูรณ์แล้ว ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีความสมบูรณ์และศาลปกครองไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 376/2555 การร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดีไม่มีมูลความจริงและผู้ฟ้องคดีไม่มีผลการปฏิบัติงานตามที่กล่าวอ้าง และผู้ฟ้องคดีไม่มีเหตุคับข้องใจแต่อย่างใด กรณีจึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้จัดให้มีการรับฟังผู้ฟ้องคดีและได้ดำเนินการก่อนสิ้นกระบวนการพิจารณาร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว อันเป็นการดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องของตนให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 41 วรรคหนึ่ง (3) และวรรคสามแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่มีคำสั่งไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดีและมีคำสั่งยกคำร้องทุกข์จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง

3) กรณีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้น เป็นสาระสำคัญ

เมื่อพิจารณาได้แล้วว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการเป็นสาระสำคัญ ย่อมส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองสามารถออกคำสั่งในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

ในระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้นการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่จำเป็นต้องเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง โดยอาจเพิกถอนให้มีผลไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตก็ได้ โดยให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี³³

³³ ความเห็นแย้งของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อย คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.33/2557.

ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2549 เมื่อปรากฏว่าขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญก่อนการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน)ฯ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมมีผลถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยฯ ด้วย เมื่อการดำเนินการในขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญในการเปลี่ยนทุนของ กฟผ. เป็นหุ้นของ บมจ. กฟผ. ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทได้เสียไปทั้งหมดหรือไม่มีผลตามกฎหมาย ย่อมมีผลทำให้การดำเนินการต่อมา รวมทั้งมติของคณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5) ที่มีมติอนุมัติเปลี่ยนทุนของ กฟผ. เป็นหุ้นและจัดตั้ง บมจ. กฟผ. ตลอดจนการออกพระราชกฤษฎีกาพิพากษาทั้งสองฉบับ อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน)ฯ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยฯ เสียไปด้วยเช่นกัน พิพากษาให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับข้างต้นตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2548 ซึ่งเป็นวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว

4) กรณีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้น เป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ โดยศาลหยาบยกเหตุเพิกถอนขึ้นวินิจฉัยเอง

ในปัจจุบันมีแนวคำวินิจฉัยแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางที่หนึ่ง เป็นแนวในทางปฏิบัติของศาลปกครองไทย โดยศาลเห็นว่าเป็นหลักทั่วไปที่ศาลมีดุลพินิจในการหยาบยกเหตุเพิกถอนทั้ง 5 เหตุเองได้ โดยคู่กรณีไม่ต้องกล่าวอ้างเหตุเพิกถอนนั้นมาในคดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือศาลเห็นว่าเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทุกเหตุเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ดังนั้น เหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการศาลย่อมมีอำนาจหยาบยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2546 คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมการค้าต่างประเทศ) ตำแหน่งนิติกร 7 ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งที่ 113/2543 เรื่อง ให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายความรับผิดชอบทางละเมิด ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตั้งกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดกรณี นายนคร มิ่งมงคล ข้าราชการในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดี

ที่ 1 ยื่นขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ สำนักงานบังคับคดีจังหวัดอุบลราชธานี ไม่ครบตามจำนวนเงินที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะพึงได้รับตามคำพิพากษา สำหรับหนี้ที่ไม่ยื่นขอรับชำระหนี้ไว้นั้นเป็นหนี้ในส่วนของคุณดอกเบี้ย ค่าฤชาธรรมเนียม และค่าทนายความ รวมเป็นเงิน 47,506.90 บาท ต่อมา นายนครได้โอนไปรับราชการที่สำนักงานอัยการสูงสุด คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบของลูกหนี้ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เห็นว่า ไม่มีผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (กระทรวงการคลัง) เห็นว่า ผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของนายนครมิได้ดำเนินการหรือมอบหมายให้แก่ผู้ใดยื่นคำขอรับชำระหนี้เพิ่มเติมภายในกำหนดเวลาตามกฎหมาย อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการ ดังนั้น ผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของนายนครจึงเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย และให้ดำเนินการเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ทางราชการ โดยด่วน จึงให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของนายนครชดใช้เงินจำนวน 47,506.90 บาท ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ภายในกำหนดหกสิบวัน ทั้งนี้ นายนครได้โอนไปรับราชการที่สำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว โดยขณะพ้นจากตำแหน่งเดิมไม่ได้ส่งมอบงานในหน้าที่และงานที่ได้รับมอบหมายที่ยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จให้แก่ผู้ใด แต่ได้แจ้งด้วยวาจาต่อผู้ฟ้องคดีว่างานที่ตนเองรับผิดชอบทั้งหมดอยู่ในตู้เหล็กเก็บเอกสาร โดยไม่ได้ทำหลักฐานหรือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบเกี่ยวกับงานสำคัญซึ่งดำเนินการไม่แล้วเสร็จจนกระทั่งวันที่ 15 มิถุนายน 2541 สำนักงานบังคับคดีจังหวัดอุบลราชธานีได้ออกหมายนัดสอบสวนพยานหลักฐานประกอบคำขอรับชำระหนี้ถึงนายนครตามที่อยู่ของนายนคร และนายนครได้นำส่งหมายนัดส่งให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2541 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมอบหมายให้นายทศนิยม ชุมชาติ ตำแหน่งนิติกร เป็นผู้ยื่นขอรับชำระหนี้และดำเนินการเกี่ยวกับคดีนี้ และได้รับแจ้งจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ว่า ไม่สามารถยื่นขอรับชำระหนี้เพิ่มเติมได้ เนื่องจากครบกำหนดระยะเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้แล้วตั้งแต่วันที่ 7 มิถุนายน 2541 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 การที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในทางละเมิดจะต้องปรากฏว่าได้กระทำการด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ในกรณีนี้ยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของนายนครได้กระทำการใดอันเป็นการกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงแต่ประการใด ฉะนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายความรับผิดชอบทางละเมิดดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นพิเคราะห์แล้วเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นจึงพิพากษาให้เพิกถอนความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามหนังสือ ที่ กค 0526.6/668 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2543 และเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ 113/2543 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่งดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่ง ที่ 113/2543 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 ให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินจำนวน 47,506.90 บาท ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามข้อเสนอของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามหนังสือ ที่ กค 0526.6/668 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2543 โดยผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน กรณีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ 113/2543 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย

จากคดีตัวอย่างพบว่าไม่ปรากฏข้อต่อสู้ในเรื่องการบกพร่องในขั้นตอนการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน แต่ศาลปกครองหยิบยกเหตุผลดังกล่าววินิจฉัยเอง

คำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา ที่ 344/2553 เมื่อปรากฏว่าคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบละเมิดเพียงแต่ตรวจสอบสรุปยอดรายได้และนำส่งคลังในปี พ.ศ. 2543 และ พ.ศ. 2544 ตรวจสอบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม และได้มีหนังสือเรียกให้คู่สัญญาในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่มีข้อสงสัยมาให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมดังกล่าวโดยมิได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานแต่อย่างใด คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามหนังสือ ที่ อบ 0019/12661 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2546 และหนังสือ ที่ อบ 0019/893 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2546 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทางราชการเป็นจำนวนเงิน 249,931 บาท ที่ออกตามความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงข้างต้น จึงเป็นคำสั่งที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในปัญหานี้ แม้ผู้ฟ้องคดีจะมีได้ยกขึ้นเป็นประเด็นในคำฟ้องให้ศาลวินิจฉัย ศาลก็ยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพราะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามหนังสือ ที่ อบ 0019/12661 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2546 และหนังสือ ที่ อบ 0019/893 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2546 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามหนังสือ ถบ ค่วนที่สุด ที่ อบ 0019/172 ลงวันที่ 19 มีนาคม 2547 โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่ง

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นในประเด็นที่เห็นว่าคำสั่งที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธี

พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 นั้น ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 428/2556 (ประชุมใหญ่) ซึ่งเป็นลักษณะของแนวทางที่สองกล่าวคือ

แนวทางที่สอง ถือตามแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ที่จะหยิบยกได้เฉพาะกรณีเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่ทุกกรณีที่ศาลจะหยิบยกได้เอง โดยเหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส เช่น เหตุเกี่ยวกับการทำนิติกรรมไปโดยปราศจากอำนาจ (CE, 15 févr. Rec.CE, p.114) เหตุเกี่ยวกับการฝ่าฝืนเนื้อหาหรือขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมาย (CE, sect., 30 avr. 1976, Lacorne Rec. CE, p.224) การออกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลบังคับย้อนหลัง (CE, 25 juin 1998, GAJA NO 62) การฝ่าฝืนคำบังคับในคำพิพากษาของศาล (CE, 6 juin 1958, Rec. CE. P.315) ความไม่มีตัวตนอยู่ของนิติกรรมทางปกครองเป็นเรื่องที่ศาลต้องหยิบยกขึ้นมา ฉะนั้นศาลจะพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่มีตัวตนอยู่ไม่ได้ (CE, sect., 10 déc. 1971, Quetin. Rec.CE, p. 757) ความเป็นโมฆะของสัญญาที่ดี การสิ้นสุดข้อผูกพันเพราะสัญญาโมฆะหรือการเรียกถามิควรได้จากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมสัญญาที่เป็นโมฆะก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (CE, 6 mai 1985, Rec. CE, p. 241) เป็นต้น

ส่วนกรณีที่เกี่ยวกับเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัย ดังนี้

1) ผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งในเรื่องมิได้ทำตามรูปแบบขั้นตอนไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

2) ศาลตีความว่าการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการปรึกษาหารือดังกล่าวเป็นข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงที่ศาลหยิบยกมาเพิกถอนได้เอง โดยระดับร้ายแรงคล้ายกับกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (C.E.Ass., juin 1978, SCI du Boulevard Arogo) ทั้งนี้ ถ้ามีกรณีฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือ แต่หน่วยงานไม่ปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวศาลเห็นว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเช่นกัน (C.E. 8 juin 1994 Mmc Laurent)

จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่ร้ายแรงจนไม่อาจเยียวยาได้ ศาลจึงมีอำนาจหยิบยกได้แม้ผู้กรณีมิได้กล่าวมาในชั้นศาล

ตัวอย่างเช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 428/2556 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ไม่ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ศาลปกครองมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้หรือไม่ เห็นว่า ตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดว่า ในการพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี ศาลจะยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาหรือมีคำสั่งไปก็ได้ การที่ศาลจะยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยเองนั้น ศาลย่อมกระทำได้เมื่อเห็นสมควร มิใช่ว่าถ้าเห็นเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วแม้กรณีไม่ยกขึ้นว่ากล่าว ศาลจะต้องยกขึ้นเองเสมอ ข้อเท็จจริงคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ทบทวนคำสั่งทางปกครองและให้มีการแก้ไขราคาประเมินที่ดินตามหลักฐาน น.ส.3 เลขที่ 37 หมู่ที่ 12 ตำบลนาจะหลวยให้ถูกต้องตามที่ผู้ฟ้องคดีประเมินไว้ ซึ่งจะเป็นผลให้การคำนวณค่าธรรมเนียม ค่าภาษี และค่าอากรลดลงตามที่ผู้ฟ้องคดีเรียกเก็บและจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทางราชการ โดยผู้ฟ้องคดีขอผ่อนชำระค่าสินไหมทดแทนเป็นรายเดือน จำนวน 40 งวด หรือตามที่ตกลงกันใหม่กับกระทรวงการคลัง โดยในคำฟ้องไม่มีประเด็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการไม่ให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม เห็นว่า การให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหายได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรมหรือไม่ มิใช่เป็นกรณีเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฉบับดังกล่าว เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้โต้แย้งประเด็นนี้ไว้ในคำฟ้องศาลปกครองชั้นต้น ก็ไม่อาจยกขึ้นวินิจฉัยได้ เพราะย่อมเป็นการวินิจฉัยนอกเหนือจากคำฟ้อง การที่ศาลปกครองชั้นต้นยกประเด็นดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยและมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามหนังสือลับด่วนที่สุด ที่ อบ 0019/172 ลงวันที่ 19 มีนาคม 2547 โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่งคำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก กรณีจึงถือได้ว่าศาลปกครองชั้นต้นมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือระเบียบในส่วนที่ว่าด้วยการทำคำพิพากษา จึงมีเหตุผลควรอาศัยอำนาจตามข้อ 112 วรรคหนึ่ง (1) แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ยกคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นดังกล่าว แล้วส่งสำนวนคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้นเพื่อให้ทำคำพิพากษาใหม่ พิกษายกคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น และส่งสำนวนคดีนี้คืนไปให้ศาลปกครองชั้นต้นเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ถูกต้องแล้วมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใหม่ตามรูปคดีต่อไป