

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งด้วยเหตุ ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และแนวทางแก้ไขปัญหา

เมื่อได้ศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องรวมถึงการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง พบว่ายังมีปัญหาเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญดังนี้

5.1 ปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาการแยกแยะความแตกต่างระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดย ปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

ตามที่ได้ศึกษาถึงเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยอ้างเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในบทที่ 2 นั้น ทำให้ทราบว่านิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจ และนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ต่างก็เป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบภายนอก เหตุความบกพร่องในเรื่องอำนาจจึงมีความใกล้เคียงและคล้ายคลึงกับความบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ โดยความบกพร่องในเรื่องอำนาจนั้น เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองไปโดยบุคคลผู้มีกฎหมายกำหนดให้รับผิดชอบ ได้กระทำลงภายในระยะเวลาและในเขตพื้นที่ที่กำหนด ซึ่งฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจหรือมีดุลพินิจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นได้โดยไม่ต้องผ่านองค์กรอื่นๆ แต่ในกรณีเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นเรื่องการดำเนินงานของฝ่ายปกครองเพื่อที่จะให้นิติกรรมทางปกครองมีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นมีเป็นจำนวนมากตั้งแต่ขั้นตอนการริเริ่มทำนิติกรรมทางปกครอง ในลักษณะการยื่นคำขอ จนถึงขั้นตอนระหว่างพิจารณาโดยอาจแยกย่อยได้ออกเป็นขั้นตอนเกี่ยวกับการโต้แย้ง หรือขั้นตอนเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ เป็นต้น แตกต่างไปตามเรื่องและวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองนั้น จาก

การศึกษาพบว่าความใกล้เคียงของเหตุเพิกถอนทั้งสองกรณี ก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายอันส่งผลต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง กล่าวคือ

5.1.1 ปัญหาการแยกแยะความแตกต่างระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดยปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

เมื่อได้ศึกษาทฤษฎีเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยอ้างเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ทราบว่าเรื่องอำนาจและรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองทั้งสิ้น และเป็นเรื่องที่เกิดจากการดำเนินการเพื่อกฎหรือคำสั่งที่เป็นลักษณะเป็นรูปธรรม ดังนั้น จึงมีความใกล้เคียงกันอย่างมากแต่ก็มีใช้กรณีเดียวกันโดยการกระทำไม่ถูกต้องตามรูปแบบแม้ว่าจะคาบเกี่ยวกับการกระทำที่ปราศจากอำนาจ เช่น การลงนามและการลงนามกำกับหรือรับสนองพระบรมราชโองการ(contreseing) ถ้ามองรูปแบบภายนอกกว่ามีการลงนามหรือลงนามรับสนองพระบรมราชโองการก็ถือเป็นเรื่องแบบ(forme) แต่ถ้าเป็นปัญหาการพิจารณาว่าการลงนามนั้นกระทำโดยผู้มีอำนาจ หรือการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการกระทำโดยผู้มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ ย่อมเป็นเรื่องของการกระทำโดยปราศจากอำนาจ(incompétence)¹

ทั้งนี้ เหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองปรากฏในกฎหมายไทย ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ” จากบทบัญญัติดังกล่าว พบว่ามีข้อบกพร่องสองประการกล่าวคือ

ประการแรก ไม่มีการกำหนดลักษณะหรือนิยามความหมายในเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในแต่ละเหตุ และประการที่สอง ไม่มีการกำหนดดุลพินิจหรือลำดับในการเลือกเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ศาลจะใช้อ้างข้อบกพร่องดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อปัญหาการ

¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.

แยกแยะความแตกต่างระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดยปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยมีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเนื่องจากเหตุฉุกเฉินทั้งสองประการมีความคล้ายคลึงกันอย่างยิ่ง

แม้จะคล้ายคลึงกันแต่มีความแตกต่างกันในผลทางกฎหมายบางประการ เช่น เรื่องการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางประการนั้น บทบัญญัติในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้สามารถแก้ไขได้ แต่ความบกพร่องในเรื่องอำนาจนั้นตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ปรากฏบทบัญญัติใดกำหนดให้แก้ไขเยียวยาได้ ทั้งนี้ ในประเทศฝรั่งเศสการอ้างเหตุฉุกเฉินด้วยเหตุกระทำโดยปราศจากอำนาจจะมีผลแตกต่างกับการอ้างเหตุฉุกเฉินโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเช่นเดียวกับประเทศไทย โดยสภาแห่งรัฐได้วางแนวคำวินิจฉัยว่าการอ้างเหตุฉุกเฉินด้วยเหตุกระทำโดยปราศจากอำนาจ นิติกรรมนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจให้สัตยาบันได้(vailde) หรือแก้ไขโดยยอมรับในภายหลังได้ (C.E.,15 juin.1958, Bonanni, Rec.447)

ทั้งนี้ปัญหาดังกล่าวส่งผลในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 187/2550 การที่เอกชนจะประกอบการค้าขายหรือจำหน่ายสินค้าในที่หรือทางสาธารณะจะต้องดำเนินการตามที่มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 และมาตรา 20² แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 กำหนด คือ ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นกับต้องมีประกาศผ่อนผันของเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วยความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจราจร ให้ขายสินค้าบนถนนหรือที่สาธารณะดังกล่าว ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้เช่าที่ของการรถไฟแห่งประเทศไทยเพื่อสร้างตลาด ซึ่งพื้นที่ของตลาดดังกล่าวยอมจำกัดไว้เฉพาะบริเวณที่ผู้ถูกฟ้องคดี

² พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535

มาตรา 20ห้ามมิให้ผู้ใด

(1) ประดูอาหาร ขายหรือจำหน่ายสินค้าบนถนน หรือในสถานสาธารณะ

(2) ใช้รถยนต์หรือล้อเลื่อนเป็นที่ประดูอาหารเพื่อขายหรือจำหน่ายให้แก่ประชาชนบนถนนหรือในสถานสาธารณะ

(3) ขายหรือจำหน่ายสินค้าซึ่งบรรทุกบนรถยนต์ รถจักรยานยนต์ หรือล้อเลื่อน บนถนนหรือในสถานสาธารณะ

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับแก่การประดูอาหารหรือการขายสินค้าตาม (1) หรือ (2) ในถนนส่วนบุคคลหรือในบริเวณที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ประกาศผ่อนผันให้กระทำได้ในระหว่างวันเวลาที่กำหนด ด้วยความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจราจร

ขอเช่าจากการรถไฟแห่งประเทศไทยเท่านั้น ไม่รวมถึงบริเวณถนนรถไฟสาย 1 และสาย 2 และถนนจันทรานนท์ด้วย การที่ผู้ถูกฟ้องคดียอมให้มีการจำหน่ายสินค้าในบริเวณถนนสามสายข้างต้น จึงมีลักษณะเป็นการผ่อนผันให้ผู้ประกอบการค้าขายสามารถขายสินค้าในบริเวณนั้นได้ โดยไม่ปรากฏว่ามีการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 การผ่อนผันของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ค้าขายบนถนนดังกล่าวที่จะทำการจำหน่ายสินค้าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

จากตัวอย่างคำพิพากษานี้เป็นกรณีที่ตามกฎหมายระบุว่าจะต้องมีการอนุญาตจากทั้งเจ้าพนักงานท้องถิ่นและเจ้าพนักงานจราจรจึงจะปรุงอาหารหรือขายสินค้าบริเวณทางเท้าได้ โดยถ้อยคำตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 20 ใช้คำว่า “ด้วยความเห็นชอบของเจ้าพนักงานจราจร” แต่คดีนี้มีได้มีการให้ความเห็นชอบจากพนักงานจราจรด้วย ศาลปกครองจึงเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำ “ด้วยความเห็นชอบของ...” ในกรณีนี้ เป็นถ้อยคำที่มีความคล้ายคลึงกับเนื้อหาของกฎหมายฉบับต่างๆ ที่ใช้คำว่า “ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของ” หรือ “ให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบโดยความเห็นของ ...” หรือ “ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของ ...” หรือ ใช้คำอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายกัน ซึ่งจากถ้อยคำดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งประสงค์เป็นการบังคับฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองว่า ก่อนที่จะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่ ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการ ถ้อยคำในบริบทดังกล่าวจึงจะมีลักษณะเป็นการให้คำแนะนำในขั้นตอนหรือวิธีการปรึกษาหารือ เพื่อประกอบการตัดสินใจออกกฎหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองโดยองค์กรที่ให้คำปรึกษาที่มีได้มีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั่นเองจึงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นการขอคำแนะนำหรือความเห็นเพื่อประกอบการตัดสินใจของฝ่ายปกครองจากองค์กรที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะด้าน หรือเป็นเรื่องของอำนาจในการให้สิทธิในการค้าขายซึ่งการอนุญาตนั้นจะต้องประกอบไปด้วยพนักงานท้องถิ่นและพนักงานจราจร

จากแนวคำวินิจฉัยแสดงถึงปัญหาการเลือกเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นยังไม่เหมาะสมเนื่องจากขาดบทบัญญัติที่ชัดเจน ส่งผลต่อปัญหาข้อพิจารณาถึงการแยกแยะความแตกต่างระหว่างเหตุปราศจากอำนาจและเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

5.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายขาดความชัดเจนและไม่มีการกำหนดลำดับหรือการเลือกเหตุในการอ้างเหตุเพิกถอน หากไม่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดยปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นได้จะส่งผลต่อการอ้างเหตุที่ใช้ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันในสองประการคือ

ประการแรกข้อแตกต่างในการพิจารณาเรื่องการแก้ไขเยียวยาในชั้นเจ้าหน้าที่ หากศาลอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุปราศจากอำนาจ ศาลไม่จำเป็นต้องตรวจสอบหรือพิจารณาในเรื่องการแก้ไขเยียวยาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 กล่าวคือ เมื่อพบเหตุออกนิติกรรมทางปกครองไปโดยปราศจากอำนาจแล้ว ศาลสามารถอ้างเหตุเพิกถอนได้ทันที แต่หากเป็นเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ศาลยังคงต้องพิจารณาในลำดับต่อไปอีกว่านิติกรรมทางปกครองนั้นหากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ทำโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น เป็นกรณีตามมาตรา 41 และหากได้มีการดำเนินการการแก้ไขเยียวยาในชั้นเจ้าหน้าที่แล้ว เหตุบกพร่องนั้นย่อมหมดสิ้นไปและไม่อาจเพิกถอนด้วยเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการจากข้อบกพร่องนั้นได้อีก

ประการที่สอง ข้อแตกต่างในเรื่องการหยิบยกเหตุเพิกถอนขึ้นวินิจฉัยเองของศาล ในกรณีที่คู่กรณีมิได้กล่าวอ้างเหตุเพิกถอนบางประการ เป็นปัญหาว่าศาลสามารถหยิบยกเหตุเพิกถอนเองได้ในทุกกรณีหรือหยิบยกได้เฉพาะเรื่องในปัจจุบันศาลมีแนวคำวินิจฉัยใน 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรก ศาลเห็นว่าเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทุกกรณีเป็นเหตุที่ศาลสามารถหยิบยกขึ้นเพิกถอนได้เองส่วนแนวทางที่สอง คือ ถ้อยตามแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส ที่วางหลักว่าศาลจะหยิบยกเหตุเพิกถอนนิติกรรมได้เฉพาะกรณีเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเท่านั้น โดยเหตุเกี่ยวกับการทำนิติกรรมทางปกครองไปโดยปราศจากอำนาจเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลหยิบยกได้เอง ส่วนกรณีผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในบางกรณีเท่านั้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 9 ที่ขาดความชัดเจนและไม่กำหนดลำดับการเลือกเหตุเพิกถอนที่ส่งผลให้มีการปรับใช้หรือเลือกเหตุที่ไม่เหมาะสมประกอบกับตัวอย่างคำวินิจฉัยที่กล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาดังนั้น เป็นกรณีที่องค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจออกกฎหรือคำสั่งนั้นประกอบไปด้วยสององค์กรคือ เจ้าพนักงานท้องถิ่นและเจ้าพนักงานจราจร แม้ตามกฎหมายจะใช้คำว่าด้วยความเห็นชอบ โดยลักษณะแล้วจะต้องเป็นการอนุญาตจากเจ้าหน้าที่จราจร ส่วนการปรึกษาหารือที่เป็นเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการเป็นการให้ข้อคิดเห็น

ประกอบการตัดสินใจของฝ่ายปกครองกล่าวคือ ยังต้องมีขั้นตอนการตัดสินใจของฝ่ายปกครองในอีกขั้นตอน ผู้เขียนจึงเห็นว่าข้อเท็จจริงตามคำวินิจฉัยข้างต้น มีลักษณะเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจ ในลักษณะการล่วงล้ำอำนาจของเจ้าหน้าที่คนหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ทั้งสองไม่ได้มีความสัมพันธ์กันทั้งในแง่บังคับบัญชาและการควบคุม กล่าวคือ เจ้าพนักงานท้องถิ่นอนุญาตให้มีการค้าขายเพียงองค์กรเดียวโดยมิได้อีกองค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจร่วมกันใช้อำนาจอีกส่วนหนึ่ง ลักษณะดังตัวอย่างจึงเป็นกรณีการปราศจากอำนาจมิใช่กรณีไม่ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอน ศาลจึงควรอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวด้วยเหตุนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ มิใช่เพิกถอนโดยอ้างเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ โดยการอ้างเหตุเพิกถอนในเรื่องปราศจากอำนาจนั้น หากกรณีดังกล่าวผู้ฟ้องคดีมิได้กล่าวอ้างมาในคดีศาลปกครองสามารถหยิบยกเหตุดังกล่าวได้เอง และศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องการแก้ไขเยียวยาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาตรา 41 อีก

ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีบทบัญญัติที่มีความชัดเจนในการแยกแยะความแตกต่างของเหตุเพิกถอนทั้งสองประการ เพื่อให้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองมีการอ้างเหตุเพิกถอนระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดยปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ถูกต้องเหมาะสม

โดยการแยกแยะความแตกต่างระหว่างการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุปราศจากอำนาจและเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการให้ชัดเจน ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง เพื่อแยกแยะว่าในกรณีที่บกพร่องจากเหตุปราศจากอำนาจ เป็นข้อบกพร่องจากการใช้อำนาจของผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจออกกฎหรือทำคำสั่งได้ทันที เช่นกรณีการให้ความเห็นชอบตามตัวอย่างคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้น แต่หากเป็นการบกพร่องในการดำเนินการบางอย่างที่บทบัญญัติกฎหมายอันเป็นที่มาแห่งอำนาจกำหนดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่หรือองค์กรนั้นในลักษณะที่ยังไม่อาจตัดสินใจได้ในทันที เช่น กฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษาหารือต่อคณะกรรมการในการออกกฎ กฎหมายมักใช้คำว่าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ... เป็นต้น กรณีนี้องค์กรคณะกรรมการ..เป็นองค์กรที่ให้คำปรึกษาหรือให้ความเห็นชอบ โดยในประเทศฝรั่งเศสรูปแบบองค์กรที่ให้คำปรึกษาเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากลักษณะขององค์กรที่ปรึกษาในการจัดตั้งขึ้นโดยแม้มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ในเรื่ององค์ประกอบและบทบาทหน้าที่ก็จะแตกต่างกันด้วย แต่มีลักษณะร่วมกันประการเดียวขององค์กรเหล่านี้คือการให้ความเห็นโดยปราศจากอำนาจการตัดสินใจ³ ดังนั้นหากในกรณีเจ้าหน้าที่ยัง

³ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2535,มกราคม). องค์กรที่ปรึกษาในฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่11,ตอนที่1. น.4.

ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจออกกฎหรือคำสั่งในทันที แต่ต้องปรึกษารัฐธรรมนูญหรือคณะกรรมการเสียก่อน หากไม่ได้ขอคำปรึกษาหารือจากคณะกรรมการ จึงจะเป็นเรื่องผิดขั้นตอนหรือวิธีการ

เมื่อกำหนดหลักเกณฑ์และลักษณะของเหตุเพิกถอนดังกล่าวข้างต้นได้ชัดเจนแล้ว จะส่งผลให้ศาลสามารถพิจารณาแยกแยะเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในเหตุปราศจากอำนาจ และเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ได้อย่างถูกต้องเหมาะสม อันจะส่งผลต่อลำดับการเลือกใช้เหตุต่างๆ เพื่ออ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

เรื่องปราศจากอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครอง ควรพิจารณาเพิกถอนโดยอ้างเหตุปราศจากอำนาจเสียก่อนเป็นลำดับแรก เช่น เมื่อตรวจพบว่าไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจทำให้มีเหตุที่จะเพิกถอนกฎทั้งฉบับ กรณีนี้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎได้เลยโดยอาศัยเหตุที่ออกโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจส่วนข้ออ้างอื่นที่ว่าออกโดยไม่ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญหรือเลือกปฏิบัตินั้นไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยต่อไป เพราะเพียงเหตุที่ว่ากฎออกโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจก็เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่ากฎทั้งฉบับไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพียงพอที่จะเพิกถอนแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอีก เพราะเหตุปราศจากอำนาจเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีความรุนแรงและไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ แต่หากไม่ใช่เหตุบกพร่องในเรื่องอำนาจ จึงจะพิจารณาถึงเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในลำดับต่อไป ส่วนกรณีรูปแบบบางอย่างที่มีลักษณะใกล้เคียงกันกับเหตุปราศจากอำนาจศาลควรอ้างเหตุปราศจากอำนาจเป็นเหตุเพิกถอนเนื่องจากเป็นความบกพร่องที่ร้ายแรงและประจักษ์ชัด ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือแม้ศาลมีอำนาจเลือกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น ตามที่ศาลจะเห็นว่าเหมาะสม และถ้าพบเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายเหตุศาลจะยกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเหตุเดียวขึ้นอ้างเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นก็ได้ เพื่อเป็นไปตาม “หลักการประหยัดเหตุผลในการพิพากษา” (le principe de l'économie des moyens)⁵

กล่าวโดยสรุป ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ หลักเกณฑ์เรื่องความแตกต่างระหว่างเหตุปราศจากอำนาจและเหตุผิดรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ กล่าวคือ

⁴ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2547, 19 พฤษภาคม). คำบรรยายวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไป. โครงการพัฒนาความรู้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของพนักงานคดีปกครอง. น. 8-9

⁵ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2553). เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง หลักกฎหมายที่สำคัญบางประการในการพิพากษาคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. หลักสูตรนักบริหารการยุติธรรมทางปกครองระดับสูง รุ่นที่ 1 สำนักงานศาลปกครอง. น. 5.

กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หมายถึง เป็นข้อบกพร่องอันเกิดจากการผู้ที่มีกฎหมายกำหนดให้รับผิดชอบและมีอำนาจตัดสินใจในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้ในทันที ไม่ว่าจะเป็นเหตุอันเกิดจากตัวเจ้าหน้าที่ เขตพื้นที่ หรือเวลา

ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหมายถึงข้อบกพร่องในดำเนินการบางอย่างก่อนออกกฎหรือคำสั่ง หรือเป็นการบกพร่องในระหว่างการจัดทำกฎหรือคำสั่ง

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องปราศจากอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจในพิจารณาเพิกถอนโดยอ้างเหตุปราศจากอำนาจก่อนเป็นลำดับแรก โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอีก

ดังนั้น จึงควรนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวบัญญัติเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 จะส่งผลให้ศาลสามารถแยกแยะเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในความแตกต่างระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดยปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น เมื่อพบเหตุปราศจากอำนาจทำให้ศาลมีหลักเกณฑ์ประกอบการใช้ดุลพินิจและสามารถเลือกเหตุเพิกถอนที่เหมาะสมส่งต่อการพิจารณาคดีที่จะดำเนินไปตามลำดับขั้นตอนโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาหาเหตุเพิกถอนประการอื่นอีก เป็นการสอดคล้องต่อหลักการประหยัดเหตุผลในการพิพากษา” (le principe de l'économie des moyens) และเกิดความรวดเร็วในการพิจารณาคดีมากขึ้น รวมถึงเป็นการวางแนวทางปฏิบัติราชการที่ดีให้แก่ฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบถึงอำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องก่อนที่จะดำเนินการออกนิติกรรมทางปกครอง

5.2 ปัญหาและแนวทางแก้ไขกรณีผู้ฟ้องคดีอ้างเหตุบกพร่องโดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งเกิดขึ้นในขั้นตอนเตรียมการ

เมื่อสามารถแยกแยะข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นในการออกนิติกรรมทางปกครองระหว่างเหตุปราศจากอำนาจและเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการแล้ว จึงต้องมาพิจารณาในลำดับต่อไปว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นดำเนินการโดยองค์กรใด ตามปกติรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการย่อมต้องดำเนินการโดยฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นโดยตรง แต่บางกรณีมีความเกี่ยวพันกันในขั้นตอนการออกนิติกรรมทางปกครอง ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือในขั้นตอนเตรียมการนั้นดำเนินการโดยองค์กรตาม

รัฐธรรมนูญ แต่ในชั้นออกคำสั่งทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองเป็นผู้ออกคำสั่งโดยต้องผูกพันตามข้อเท็จจริงที่เกิดจากการดำเนินการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หากองค์กรตามรัฐธรรมนูญทำผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ศาลปกครองสามารถตรวจสอบเหตุผลปกครองนั้นได้หรือไม่ โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

5.2.1 ปัญหากรณีผู้ฟ้องคดีอ้างเหตุผลปกครองโดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งเกิดขึ้นในขั้นตอนเตรียมการ

ดังที่กล่าวถึงในบทที่ 2 ถึงขั้นตอนเตรียมการอันเป็นขั้นตอนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการออกนิติกรรมทางปกครองที่จะไปกระทบสิทธิประชาชน เช่น ขั้นตอนในการตั้งคณะกรรมการสอบสวนความผิดทางวินัย เป็นต้น โดยปัญหาในกรณีนี้เกี่ยวข้องกับระหว่างสององค์กรที่ต่างกัน ตามกรณีการชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดำเนินการสอบสวนความผิดทางวินัย แต่ผู้ออกคำสั่งลงโทษเป็นผู้บังคับบัญชาที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองโดยผู้ออกคำสั่งมิได้ดำเนินการในขั้นตอนการเตรียมการออกคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁶ คณะกรรมการ ป.ป.ช.มีอำนาจหน้าที่ตาม มาตรา 250 ในการไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป ร่ำรวยผิดปกติ กระทำ ความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่า ที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวหรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นสมควร ดำเนินการด้วย ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 มาตรา 19 (2) (3) และ (4) บัญญัติว่า“คณะกรรมการ

⁶ ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลงชั่วคราว ตามข้อ 1 แห่ง ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 5/2555 แต่ศาลและองค์กรอิสระยังปฏิบัติหน้าที่ต่อไปตาม ข้อ 4 และ ข้อ 5 แห่งประกาศฉบับเดียวกัน โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ยังคงมีผลใช้บังคับตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 24/2555 และยังไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับถาวรบังคับใช้ ดังนั้น การวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ ผู้เขียนจึงยังคงวิเคราะห์ปัญหาตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเป็นหลักประกอบการกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ที่ยังคงมีผลบังคับใช้ รวมถึงระเบียบที่เกี่ยวข้อง

ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (1) ... (2) ไล่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเพื่อส่งไปยังอัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามหมวด 6 การดำเนินคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามมาตรา 275 ของรัฐธรรมนูญ (3) ไล่สวนและวินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่นซึ่งมิใช่บุคคลตาม (2) และเจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติเพื่อร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ (4) ไล่สวนและวินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่นซึ่งมิใช่บุคคลตาม (2) หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมหรือความผิดที่เกี่ยวข้องกัน รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่าที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว หรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรดำเนินการด้วย ตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการไล่สวนการกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมหรือความผิดที่เกี่ยวข้องกันโดยมีมติชี้มูลความผิดทางวินัยแล้ว⁷ จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติ

⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

มาตรา 92 ในกรณีที่มีมูลความผิดทางวินัย เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้พิจารณาพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดแล้วมีมติว่าผู้ถูกกล่าวหาผู้ใดได้กระทำความผิดวินัย ให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นเพื่อพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก ในการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหา ให้ถือว่ารายงานเอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัย ตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหา นั้น ๆ แล้วแต่กรณี

กรณีผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ข้าราชการตุลาการศาลปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือข้าราชการอัยการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ ให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นไปยังประธานคณะกรรมการตุลาการ ประธานคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง หรือประธานคณะกรรมการอัยการ แล้วแต่กรณี เพื่อพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ โดยเร็ว โดยให้ถือเอารายงานและเอกสารของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นส่วนหนึ่งของสำนวนการ

ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตประกอบ พ.ศ. 2542 มาตรา 92 และมาตรา 93⁸ ซึ่งผู้บังคับบัญชาจะต้องมีคำสั่งลงโทษทางวินัยตามฐานความผิดโดยมีต้องตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอีก โดยขั้นตอนเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองในกรณีสอบสวนความผิดทางวินัยกรณีนี้ เป็นการสอบสวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และมีระเบียบอันเกี่ยวกับขั้นตอนการสอบสวนที่สำคัญ ได้แก่ ระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวนข้อเท็จจริงของพนักงานไต่สวน พ.ศ. 2550 ระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุกรรมการไต่สวน พ.ศ. 2547 ทั้งนี้ ระเบียบทั้งสองฉบับถูกยกเลิกตามข้อ 3 ของระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ว่าด้วยการไต่สวนข้อเท็จจริง พ.ศ. 2555 ในปัจจุบันรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการไต่สวนจึงดำเนินการตามระเบียบฉบับดังกล่าว

การชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เมื่อมีมติชี้มูลความผิดว่าผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดทางวินัย หรือในกรณีที่ต้องดำเนินการเพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐพ้นจากตำแหน่ง ประธานกรรมการ ป.ป.ช. ก็จะส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่พร้อมทั้งความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้ถูกกล่าวหา หรือดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามมติคณะกรรมการ ป.ป.ช. ต่อไป

จากการศึกษาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการสอบสวนเพื่อชี้มูลความผิดทางวินัย ไม่ปรากฏบทบัญญัติใดระบุว่า การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจโดยตรง

สอบสวนด้วย และเมื่อดำเนินการได้ผลประการใดแล้วให้แจ้งให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ให้มีคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือวันที่ได้มีคำวินิจฉัยว่าไม่มีความผิดวินัย

สำหรับผู้ถูกกล่าวหาซึ่งไม่มีกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับเกี่ยวกับวินัยเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่าผู้ถูกกล่าวหาดังกล่าวได้กระทำความผิดในเรื่องที่ถูกกล่าวหาให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่พร้อมทั้งความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไปยังผู้บังคับบัญชา หรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนเพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

⁸ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

มาตรา 93 เมื่อได้รับรายงานตามมาตรา 92 วรรคหนึ่งและวรรคสามแล้ว ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนพิจารณาลงโทษภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง และให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนส่งสำเนาคำสั่งลงโทษดังกล่าวไปให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้ออกคำสั่ง

ตามรัฐธรรมนูญหรือเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ส่งผลให้ศาลปกครองดำเนินการตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากลักษณะองค์กรจะเห็นได้ว่าคณะกรรมการป.ป.ช. มีช่องว่างฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยโดยตรง หากแต่เป็นองค์กรในลักษณะพิเศษที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และจากการไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนถึงอำนาจตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงมีกรณีพิพาทในการพิจารณาของศาลซึ่งผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างความบกพร่องในขั้นตอนการสอบสวนของคณะกรรมการป.ป.ช. ปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังนี้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 405/2551 กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (ผู้บัญชาการกองบัญชาการตำรวจนครบาล) แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดีนั้น เมื่อได้พิจารณาสำนวนคดีที่ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 จัดส่งสำนวนการสอบสวนทางวินัย ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแล้ว ก็ไม่ปรากฏหลักฐานอันใดที่แสดงให้เห็นว่าคดีนี้คณะกรรมการสอบสวนทางวินัยได้ดำเนินการประชุมปรึกษาเพื่อพิจารณามีมติว่าพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อกล่าวหาไม่น่าหนักพอสนับสนุนข้อกล่าวหาหรือไม่ ตามข้อ 15 วรรคหนึ่ง ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 16 (พ.ศ. 2540) ออกตามความใน พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณาแต่อย่างใด การดำเนินการสอบสวนทางวินัยดังกล่าวจึงไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวนที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญอันจะทำให้เสียความเป็นธรรม ส่วนสำนวนการสอบสวนพิจารณาโทษทางวินัยที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติส่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ถือเป็นการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยซึ่งเป็นหลักสำคัญที่ผู้บังคับบัญชาจะต้องนำมาประกอบการออกคำสั่งลงโทษทางวินัย แต่เมื่อไม่ปรากฏว่าคณะอนุกรรมการไต่สวนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ดำเนินการพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีที่คัดค้านอนุกรรมการไต่สวนและแจ้งผลการพิจารณาคำขอดังกล่าวให้ผู้ฟ้องคดีทราบตามระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุกรรมการไต่สวน พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นกระบวนการสำคัญของหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวน ดังนั้น การดำเนินการสอบสวนและมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จึงไม่ถูกต้องในสาระสำคัญอันจะทำให้เสียความเป็นธรรมเช่นกัน เมื่อการดำเนินการของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยและคณะอนุกรรมการไต่สวนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติไม่ชอบด้วยกฎหมายดังวินิจฉัยแล้วการออกคำสั่งที่ 533/2547 ลงวันที่ 30 สิงหาคม 2547 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ที่ลงโทษให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ จึงไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ อันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้

คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 (คณะกรรมการข้าราชการตำรวจ) ได้พิจารณาอุทธรณ์แล้วมีมติ ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

จากตัวอย่างคำพิพากษาเมื่อพิจารณาประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่รัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เวรคสอง บัญญัติว่าอำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจึงเห็นได้ว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่ใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญจะไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญปรากฏตามหมวด 11 มาตรา 229-258 จะได้รับยกเว้นไม่อยู่ในการตรวจสอบในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่มี 2 ส่วนได้แก่ ส่วนที่ 1 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ คือ คณะกรรมการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และส่วนที่ 2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ คือ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

จึงเป็นปัญหาของอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 250 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 และมาตรา 93 ที่กำหนดอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการไต่สวนทางวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยผู้บังคับบัญชาจะต้องมีคำสั่งลงโทษทางวินัยตามฐานความผิดโดยมิต้องตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย เป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญและไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

5.2.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าการออกคำสั่งทางปกครองลงโทษทางวินัยในกรณีนี้มีความเกี่ยวพันกันระหว่างสององค์ กล่าวคือ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่เป็นองค์กรตาม

รัฐธรรมนูญ ในหมวด 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นต้นสังกัดของผู้ถูกกล่าวหา โดยในการสอบสวนเป็นการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อดำเนินการไต่สวนทางวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยผู้บังคับบัญชาจะต้องมีคำสั่งลงโทษทางวินัยตามฐานความผิดโดยไม่มีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอันมีลักษณะเป็นการเกี่ยวเนื่องกับการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น และไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจในการตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเกี่ยวกับการไต่สวนเพื่อชี้มูลความผิดทางวินัย รวมถึงไม่มีอำนาจในการตรวจสอบดุลพินิจในการชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เนื่องจากเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจในการไต่สวนดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่มีได้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

จากการศึกษากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสพบว่า มีการจัดองค์กรบริหารราชการแผ่นดินในหลายลักษณะ เป็นไปตามหลักการรวมอำนาจและหลักกระจายอำนาจ โดยองค์กรบริหารราชการส่วนกลาง แบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ องค์กรที่มีอำนาจทั่วไปทางปกครอง หน่วยงานด้านการอำนวยความยุติธรรม และองค์กรที่ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจ มีหน้าที่เพียงให้ความเห็นในโครงการต่างๆ นอกจากนี้ยังมีองค์กรที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชา ได้แก่ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (les autorités administratives indépendantes) เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระจากรัฐบาลและอำนาจบังคับบัญชามีอำนาจหลากหลายลักษณะ เช่น อำนาจในการให้ความเห็น อำนาจในการออกคำสั่งต่างๆ อำนาจในการแนะนำ ลงโทษหรือวางกฎเกณฑ์ต่างๆ แม้ไม่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรี⁹ แต่ยังคงเป็นองค์กรปกครอง (l'autorités administrative) คำสั่งขององค์กรดังกล่าวถือเป็นคำสั่งทางปกครอง¹⁰ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ใช้คำว่า l'organisation des pouvoirs publics เช่น คณะกรรมการตุลาการ ศาลอาญาแห่งสาธารณรัฐ และสภาเศรษฐกิจสังคม เป็นต้น โดยองค์กรเหล่านี้จัดตั้งนอกเหนือจากองค์กรของรัฐตามโครงสร้างปกติ ถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรเหล่านี้ต่างก็มีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ที่ออกมาขยายความ

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์.(2551). หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.น. 31-32.

¹⁰ วิษณุ วรัญญู. (2538). องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ. รายงานวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปเมืองไทย.

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ¹¹ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศสมีได้มีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันกับองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ทำให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศส เป็นการใช้อำนาจทางปกครองและอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองทุกกรณี แต่ถ้าเป็นกรณีการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เช่น การใช้อำนาจของคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาได้ ซึ่งเป็นตามหลักที่ว่า การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้¹²

ข้อบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในกรณีการไต่สวนเพื่อชี้มูลความผิดทางวินัยอันเกิดจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 เมื่อพิจารณาตามแนวกฎหมายฝรั่งเศสองค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าศาลปกครองยังไม่มีฐานที่มาของกฎหมายในการให้อำนาจพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยอ้างเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเนื่องจากข้อบกพร่องในการสอบสวนชี้มูลความผิดทางวินัยที่กระทำโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช.

อย่างไรก็ดี ในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยยังคงเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่เป็นผู้ต้องออกคำสั่งลงโทษทางวินัย โดยผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนเจ้าหน้าที่ผู้ถูกกล่าวหา นั้น ต้องพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก คำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นย่อมกระทบสิทธิและมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้ศาลปกครองต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามการชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองสามารถตรวจสอบในเนื้อหาการกระทำนั้นได้แม้จะไม่สามารถอ้างเหตุเพิกถอนด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการได้ แต่ศาลปกครองสามารถใช้อำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 54 ระบุว่า เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีมีคำขอศาลมีอำนาจออกคำสั่งเรียกคู่กรณี หน่วยงานทางปกครอง

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2544). วิธีพิจารณาศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. น. 89.

¹² วรณกร บานชื่น.(2553). ปัญหาข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง: ศึกษากรณีการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องส่งเอกสารหรือพยานหลักฐานใดๆ ให้แก่ศาล รวมถึงบทบัญญัติอื่นๆ ในส่วนที่ ว่าด้วยการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลตามระเบียบฉบับเดียวกัน เพื่อพิจารณาหาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบภายในต่อไป

ดังนั้น จึงควรแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในเรื่องอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้มีความชัดเจน จากเดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 250 บัญญัติว่า “คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้(1) ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเกี่ยวกับการถอดถอนออกจากตำแหน่งเสนอต่อวุฒิสภาตามมาตรา 272 และมาตรา 279 วรคสาม(2) ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองส่งไปยังศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามมาตรา 275(3) ไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่าที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวหรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นสมควรดำเนินการด้วยทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต(4) ตรวจสอบความถูกต้องและความมีอยู่จริง รวมทั้งความเปลี่ยนแปลงของทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 259 และมาตรา 264 ตามบัญชี และเอกสารประกอบที่ได้ยื่นไว้ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนด(5) กำกับดูแลคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง(6) รายงานผลการตรวจสอบและผลการปฏิบัติหน้าที่พร้อมข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ทุกปีทั้งนี้ ให้ประกาศรายงานดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาและเปิดเผยต่อสาธารณะด้วย(7) ดำเนินการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ...”

โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ไต่สวนและวินิจฉัยในการชี้มูลความผิดทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการ พร้อมทั้งส่งความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นเพื่อพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยหน่วยงานต้นสังกัดไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก

เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนว่าการไต่สวนและการชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและเป็นการใช้อำนาจ

โดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และจะส่งผลให้ศาลปกครองไม่ก้าวล่วงในการตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการได้ส่วนเพื่อชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นองค์กรลักษณะพิเศษ ที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงมิใช่ลักษณะของการออกนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายปกครองที่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง

5.3 ปัญหาและแนวทางแก้ไขกรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันจะอ้างเป็นเหตุเพิกถอนนั้นต้องกำหนดขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือฝ่ายปกครองสามารถกำหนดขึ้นมาได้เองโดยระเบียบภายในหรือขั้นตอนภายใน

ดังที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 และบทที่ 4 ทำให้ทราบว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการของฝ่ายปกครองนั้นปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายลำดับชั้น แต่ในการพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติว่า “ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดสำหรับการกระทำนั้น” จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ศาลจะนำมาพิจารณาหาเหตุเพิกถอนนั้น ควรกำหนดแต่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทอันเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองเท่านั้นหรือสามารถกำหนดได้จากระเบียบภายในหรือขั้นตอนภายในของฝ่ายปกครอง โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

5.3.1 ปัญหารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันจะอ้างเป็นเหตุเพิกถอนนั้นต้องกำหนดขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือฝ่ายปกครองสามารถกำหนดขึ้นมาได้เองโดยระเบียบภายในหรือขั้นตอนภายใน

จากการศึกษาพบว่าในการอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นศาลปกครองไทยตรวจสอบทั้งรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎประเภทต่างๆ และกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่นการออกกฎกระทรวงเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง โดยไม่ได้บัญญัติและไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้ต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีไว้ก็ตาม แต่ก่อนที่รัฐมนตรีจะออกกฎกระทรวงจะต้องส่งร่างกฎกระทรวงดังกล่าวไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบและปฏิบัติสืบทอดกันตลอดมา จึงพอถือได้ว่าได้มีกฎหมายจารีตประเพณีกำหนดให้การออกกฎกระทรวง กฎทบวง หรือกฎอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากฎกระทรวง จะต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้ว ดังนั้น การฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ

ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 31 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 ว่าด้วยสินค้าที่ผู้ประกอบการจะขอลดหย่อนภาษีได้ซึ่งเป็นกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีออกมาใช้บังคับโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วน ขอให้แก้ไขหรือเพิกถอนกฎกระทรวงดังกล่าวจึงเป็นการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลเห็นว่าเป็นขั้นตอนตามกฎหมายจารีตประเพณี¹³ นอกจากนี้ ยังมีการอ้างหนังสือเวียนคณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในระบบเปิดในการพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนข้าราชการขึ้น เพื่อให้การพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนข้าราชการมีความเป็นธรรม โปร่งใส สามารถอธิบายและตรวจสอบได้ ทั้งนี้ ตั้งแต่การพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนประจำปีงบประมาณ 2541 (1 ตุลาคม 2540) เป็นต้นไป ดังนั้นผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะผู้ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ส่งเลื่อนขึ้นเงินเดือน และผู้อำนวยการโรงพยาบาลตะกั่วทุ่งที่เป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของผู้ฟ้องคดีจะต้องถือปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามแล้ว ย่อมถือว่าการพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนได้กระทำไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น และมีผลทำให้การพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนครั้งนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁴โดยถือว่าเป็นรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ

จึงเป็นปัญหาในการศึกษาว่ากรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันจะอ้างเป็นเหตุเพิกถอนนั้นต้องกำหนดขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือฝ่ายปกครองสามารถกำหนดขึ้นมาได้เองโดยระเบียบภายในหรือขั้นตอนภายใน ทั้งนี้ ในการวินิจฉัยของศาลบางกรณีได้นำหนังสือเวียน หรือแนวปฏิบัติของหน่วยงานมาอ้างประกอบคำวินิจฉัยโดยเห็นว่าเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ โดยที่รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นๆ ประชาชนหรือบุคคลภายนอกฝ่ายปกครองอาจมิได้รับรู้หรือรับทราบหลักเกณฑ์ดังกล่าวแต่ประการใด เมื่อพิจารณาด้อยคำตามกฎหมายไทยแล้วพบว่าเหตุเพิกถอนนิติกรรมที่ออกโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดสำหรับการกระทำนั้น” แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมิได้มุ่งประสงค์จะบังคับแต่เฉพาะรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติตามกฎหมายเท่านั้น จึงอาจตีความไปในทางที่ว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ศาลจะนำมาพิจารณาค้นหาเหตุเพิกถอนในกรณีนั้นอาจจะปรากฏในลักษณะของจารีตประเพณี แนวปฏิบัติของหน่วยงาน หรือหนังสือเวียนต่างๆ ก็ได้ แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่กฎหมายจะต้องเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจ ที่มาในการที่ฝ่าย

¹³ โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.12/2546 หัวข้อ 4.2.1

¹⁴ โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.103/2551 หัวข้อ 4.2.1

ปกครองจะใช้อำนาจกระทบสิทธิของประชาชนจะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากที่มาของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ 2 พบว่า บ่อเกิดแห่งกฎหมายทั้งประเภทที่เป็นลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ต่างเป็นหลักการในการกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินงานตาม แต่เมื่อพิจารณาในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มิได้มีการบ่งบอกถึงความชัดเจนว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการต้องถูกกำหนดในบทบัญญัติลักษณะใดจึงจะถือว่าเป็นสาระสำคัญที่หากฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติตามแล้วจะเป็นข้อบกพร่องให้ศาลหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น จึงเป็นข้อพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญในการอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นตามที่ปรากฏในกฎหมายลำดับต่างๆ

5.3.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนเห็นว่าในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกนิติกรรมทางปกครองศาลจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายอันเป็นที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองในการดำเนินการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น ในเมื่อศาลปกครองจะอ้างเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการออกนิติกรรมทางปกครอง จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายอันเป็นที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองด้วยโดยแยกได้เป็น 3 กรณีดังนี้

กรณีที่หนึ่ง กรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นมีกฎหมายแม่บทบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ศาลจะนำมาพิจารณาเพิกถอนได้ต่อเมื่อได้มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจในการออกกฎอย่างชัดเจนซึ่งเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจของการกระทำทางปกครองที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้แก่ พระราชบัญญัติ และกฎหมายที่มีผลใช้บังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติ โดยปกติกฎหมายในลำดับนี้จะกำหนดหลักการสำคัญ ส่วนรายละเอียดอื่นๆจะระบุไว้ให้ดำเนินการออกเป็นกฎกระทรวงหรือกฎหมายลำดับรองอื่นๆ รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะนี้มีลักษณะเป็นสาระสำคัญที่ศาลจะต้องนำมาพิจารณาประกอบหลักการพิจารณาประการอื่นต่อไป

กรณีที่สอง กรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ เป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการตามกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป สำหรับกรณีกฎหมายจารีตประเพณี กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวเกิดขึ้นจากการประพฤติปฏิบัติของฝ่ายปกครอง กฎหมายปกครองที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีนั้น โดยลักษณะของ

กฎหมายปกครองนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายเทคนิคที่มีได้เกี่ยวข้องกับความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของประชาชนในสังคม จึงยากต่อการเข้าถึงหรือรับรู้ได้ของประชาชนที่มีได้เป็นผู้ปฏิบัติงานในฝ่ายปกครอง และการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็ส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน เมื่อเป็นการยากที่ประชาชนจะเข้าถึงหรือรับรู้ถึงประเพณีปฏิบัติของฝ่ายปกครอง ศาลจึงไม่ควรนำรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการตามกฎหมายจารีตประเพณี มาอ้างเป็นเหตุเพิกถอนได้ หากแต่เห็นว่ารูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการตามกฎหมายจารีตประเพณี นั้นเป็นเรื่องสำคัญที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม โดยเคร่งครัดในการออกนิติกรรมทางปกครอง ผู้เขียนเสนอให้นำกฎหมายจารีตประเพณีต่างๆ อันเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการมาบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนในกฎหมายอันเป็นที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองต่อไป เนื่องจากโดยหลักแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์การฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมารองรับกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย¹⁵

กรณีหลักกฎหมายทั่วไป ที่พิจารณาและค้นหาได้จากหลักการที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการตามหลักกฎหมายทั่วไป เป็นหลักกฎหมายที่สามารถพิจารณาและค้นหาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้และยังอยู่ภายใต้เหตุผลที่ประชาชนสามารถรับรู้และเข้าใจได้พอสมควร แต่การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปก็ไม่ใช่ว่าเรื่องง่าย หลักกฎหมายทั่วไปมักจะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความเสมอภาค ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปบางประการอาจต้องสืบสาวออกมาจากการอ่านบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายมาตราหรือหลายฉบับประกอบกัน เช่น หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่ง ดังเช่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 ถึงมาตรา 53 เป็นต้น¹⁶ นอกจากนี้ ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับขั้นตอนการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ได้แก่ หลักการฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (audi alteram partem) ที่เป็นการให้สิทธิแก่บุคคลในอันที่จะปกป้องนิติฐานะของตนจากการใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง ก่อนที่จะตัดสินใจใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใดหาก

¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2554).กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป.น. 52

¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เล่มเดิม.น. 35-36

การออกคำวินิจฉัยสั่งการเช่นนี้มีมูลเหตุจูงใจมาจากการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลนั้นฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่ตนใช้เป็นเหตุผลในการออกคำวินิจฉัยสั่งการให้บุคคลนั้นทราบ และให้มีโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้นและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน การใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการไปโดยไม่เคารพและไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไปนี้ ย่อมทำให้คำวินิจฉัยสั่งการไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁷ โดยหลักกฎหมายทั่วไปกรณีนี้ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30 แต่เนื่องจากตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ บังคับใช้เฉพาะคำสั่งทางปกครอง จึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่าหากเป็นกรณีคำสั่ง หรือกฎนั้น กระบอบสิทธิของเอกชน หากฝ่ายปกครองไม่ได้ดำเนินการในการให้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ศาลปกครองสามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องการไม่ดำเนินการตามหลักการฟังความอีกฝ่ายหนึ่งเพิกถอนโดยอ้างเหตุนิติกรรมทางปกครองโดยผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีของหลักกฎหมายทั่วไปกรณีนี้ รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในกรณีอื่น เป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมายไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร โดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่จะนำมาอ้างเป็นเหตุเพิกถอนนั้นควรต้องมีความชัดเจนโดยการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นเป็นที่รับรู้ และรับทราบจากฝ่ายเอกชนด้วย ศาลไม่ควรอ้างเหตุเพิกถอนด้วยเหตุออกนิติกรรมโดยผิดแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ หากแต่ศาลควรนำหลักกฎหมายทั่วไปไปพิจารณาเพื่ออ้างเหตุเพิกถอนในส่วนองค์ประกอบภายในต่อไป

อย่างไรก็ตาม หากไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการในขั้นตอนโต้แย้ง ก็ไม่อาจอ้างเหตุเพิกถอนด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการได้ เว้นแต่จะได้กำหนดเป็นขั้นตอนการโต้แย้งคัดค้านไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในปัจจุบัน ศาลยังสามารถพิจารณาข้อบกพร่องเรื่องหลักการโต้แย้งดังกล่าวและเพิกถอนได้ด้วยเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบภายในต่อไปซึ่งผู้เขียนเห็นด้วย และเห็นว่าในกรณีที่ศาลไม่อาจอ้างเหตุเพิกถอนในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ปรากฏในกฎหมายประเภทต่าง ๆ นั้น มิได้เป็นบทสรุปว่านิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย หากแต่ศาลยังคงต้องพิจารณาหาเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนองค์ประกอบภายในต่อไป

กรณีที่สามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในลักษณะหนังสือเวียน หรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองเองนั้น กล่าวคือ มิได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายแม่บท หรือกฎหมายลำดับ

¹⁷ วรพจน์วิศรุตพิชญ์. เอกสารประกอบการฝึกอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 15.

รองใดๆไว้อย่างชัดเจน หากแต่เป็นการกำหนดขั้นตอนการดำเนินงานของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพมากขึ้น เมื่อพิจารณาจากความเห็น Maurice Hauriou แห่งมหาวิทยาลัย Toulouse กล่าวว่า ขั้นตอนหรือวิธีการเป็นระเบียบแบบแผนของทางราชการหรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในแง่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองหมายถึง การใช้สิทธิต่างๆของบุคคลมหาชนที่มีการจัดระเบียบภายใต้กระบวนการต่างๆที่กำหนดขึ้นไว้¹⁸ จึงเป็นเรื่องการให้ความสำคัญแก่กระบวนการในการดำเนินการทางปกครองหรือ “ระเบียบแบบแผนทางราชการ” หรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ฝ่ายปกครองต้องเคารพในระเบียบแบบแผนทางราชการเพราะถือเป็นหลักประกันที่ประชาชนจะพึงได้รับ มิเช่นนั้นแล้วฝ่ายปกครองก็อาจทำตามอำเภอใจได้ ขั้นตอนหรือวิธีการมีเพื่อกำหนดแนวทางในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ต้องแยกออกจากกระบวนการพิจารณาทางศาลเนื่องกระบวนการพิจารณาทางศาลเป็นวิธีพิจารณาในลักษณะข้อพิพาท ในขณะที่ระเบียบแผนทางราชการเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการปกครองอันได้แก่ การพิจารณาออกคำสั่งต่างๆทางปกครอง Hauriou ยังกล่าวอีกว่า การดำเนินการปกครองย่อมก่อให้เกิดขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งจะถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือแม้กระทั่งหนังสือเวียน¹⁹ ในกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่า แม้หนังสือเวียนเป็นเพียงมาตรการภายในหรือการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หนังสือเวียนจึงมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือกระทบสิทธิของประชาชน หนังสือเวียนมิใช่ที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่หนังสือเวียนก่อให้เกิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตาม²⁰ ในปัจจุบันศาลปกครองฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัยในคดี Mme Duvignères ค.ศ. 2002 โดยเห็นว่าหนังสือเวียนใดแม้เป็นการตีความกฎหมายหรืออธิบายกฎหมายก็ตาม แต่ถ้ามีลักษณะบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามหนังสือเวียนดังกล่าว หนังสือเวียนที่มีลักษณะเช่นนี้อาจถูกนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อเพิกถอนได้²¹ และตามระบบกฎหมายไทย

¹⁸ Auby et Drago , *Tratité de contentieux admonostratif*, T.II 2^e éd., 1975, p.83 อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545, มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์. น. 267.

¹⁹ ประสาท พงษ์สุวรรณ.(2545, มิถุนายน). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์. น. 267.

²⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์.(2555).คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. น. 194-195

²¹ คำบรรยายของศาสตราจารย์ Sophie Théron เรื่อง การนำมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมาฟ้องต่อศาลปกครองในฝรั่งเศสทำได้เพียงใด. ณ สำนักงานศาลปกครอง วันที่ 15 ธันวาคม 2553 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์.(2555).คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. น. 195.

เห็นว่า โดยปกติหนังสือเวียนไม่ใช่กฎ เว้นแต่ในหนังสือเวียนมีเนื้อหาซึ่งเข้าหลักเกณฑ์ตามคำนิยามของกฎ กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยหนังสือเวียนที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ามีลักษณะเป็นกฎที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 550/2547 หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0526.6/ว.22 ลงวันที่ 21 มีนาคม 2543 ซึ่งปลัดกระทรวงการคลังได้แจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการจัดทำสัญญาอนุญาตให้ข้าราชการไปศึกษาฝึกอบรมหรือปฏิบัติการวิจัย ณ ต่างประเทศเพิ่มเติมทุกครั้งเมื่อมีการอนุมัติให้ขยายระยะเวลาศึกษา เป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงมีลักษณะเป็นกฎ เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองกำหนดในหนังสือเวียน รวมถึงแนวปฏิบัติภายในต่างๆ แม้มิใช่บ่อเกิดแห่งกฎหมาย แต่หนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัติต่างๆ ที่ถูกกำหนดขึ้น โดยฝ่ายปกครอง ย่อมผูกพันให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องดำเนินการตาม ย่อมถือเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในหนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัติจึงมีความสำคัญที่อาจก่อให้เกิดการกระทบสิทธิต่อประชาชน

โดยหลักแล้ว เมื่อกฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้แล้วไม่ได้รับการปฏิบัติตามก็จะถือว่านิติกรรมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุที่เป็นการกระทำที่ผิดขั้นตอน และเป็นกรณีที่ไม่อาจกลับทำให้ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะการทำให้ถูกต้องขั้นตอนในภายหลังนั้น ไม่มีความหมายแต่อย่างใด หรือเป็นการไร้ประโยชน์²² แต่การที่ฝ่ายปกครองดำเนินการตามหนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัตินั้นๆ แม้ไม่ใช่กฎหมาย แต่ฝ่ายปกครองผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดขึ้นซึ่งเป็นไปตามหลักคุ้มครองความเชื่อถือว่าไว้วางใจโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้นและรวมไปถึงเอกสารแนวปฏิบัติภายในหน่วยงาน²³ ศาลจึงมีหน้าที่ต้องเข้าไปตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองนั้นกำหนดขึ้นด้วย โดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นควรจะต้องถูกกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่มีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในลักษณะนี้ยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอที่จะเกิดผลกระทบต่อเอกชนหรือเกิดผลผูกพันต่อฝ่ายปกครอง จึงมิใช่รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ หากมีการ

²² C.E. 20 fév. 1952, Hutin, p.754 อ้างถึงใน บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2533). *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. น. 153.

²³ ปิยบุตร แสงกนกกุล. (2556). *กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป*. น. 130

กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรศาลยังคงต้องพิจารณาก่อนว่าหนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัตินั้นๆ สอดคล้องกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้นหรือไม่ ถ้ามีความ สอดคล้องไม่ขัดกับกฎหมายแม่บท ศาลสามารถนำมาพิจารณาหาเหตุบกพร่องเพื่อเพิกถอนในเรื่อง รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ โดยต้องนำหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญประการอื่น ประกอบด้วย แต่หากแนวปฏิบัติหรือหนังสือเวียนนั้นขัดต่อกฎหมายแม่บทศาลย่อมไม่มีผลบังคับ ใช้ และต้องพิจารณาหาเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุประการอื่นต่อไป

ส่วนรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เกี่ยวกับหรือเกิดขึ้นจากกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์ อักษรอื่นๆ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรนำมาเป็นเหตุในการพิจารณาได้ รูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ ควรต้องถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนจึงจะสอดคล้องตามหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (le principe de sécurité juridique) และหลักหลักความเชื่อถือไว้วางใจ (le principe de confiance légitime) ที่เรียกครอง องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนให้รับประกันแก่ปัจเจกบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจในสองประการ ประการ แรก องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนต้องรับประกันเสถียรภาพของสถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนตราขึ้นใช้บังคับต้องมีสถานะที่มั่นคงพอสมควรเมื่อ เทียบกับเวลา กฎเกณฑ์เหล่านั้นต้องไม่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบ่อยครั้งหรือง่ายจนเกินไป ประการที่สอง องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนต้องรับประกันความแน่นอนและชัดเจนของกฎเกณฑ์และ สถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ กฎเกณฑ์และคำสั่งทั้งหลายต้องมีความชัดเจน เข้าใจง่าย และเข้าถึงได้ง่าย²⁴ ทำให้ประชาชนทราบและสามารถตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือ วิธีการจากบทบัญญัตินั้นได้ในอีกทางหนึ่งด้วย หากจารีตประเพณีใดหรือแนวปฏิบัติใดที่ฝ่าย ปกครองเห็นว่ามีมีความสำคัญต่อการดำเนินงานควรนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ เกิดความชัดเจนต่อไป

ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพิ่มเติม ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือระเบียบของที่ ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 โดยกำหนดว่า รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่จะมาเป็นเหตุในการพิจารณาได้นั้นต้องเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือ วิธีการที่กำหนดขึ้นในกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระดับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมาย ลำดับรองที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจในการกำหนดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ รวมถึงรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในลักษณะหนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองเองที่เป็น ลายลักษณ์อักษรทั้งนี้ รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นต้องเป็นที่รับรู้รับทราบของประชาชน

²⁴ ปิยบุตร แสงกนกกุล. (2556). เล่มเดิม. น. 123

การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะส่งผลให้ศาลปกครองมีกรอบแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาค้นหาที่มาของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการจากบทบัญญัติต่างๆ ได้อย่างเหมาะสม กล่าวคือ รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการใดมิได้ถูกกำหนดในกฎหมายลำดับต่างๆ รวมถึงหนังสือเวียน หรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองเองที่เป็นลายลักษณ์อักษร หากฝ่ายปกครองไม่ได้ดำเนินการหรือดำเนินการโดยมีข้อบกพร่องย่อมมิใช่รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

5.4 ปัญหาและแนวทางแก้ไขกรณีการจำแนกว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการใดเป็นสาระสำคัญหรือไม่เป็นสาระสำคัญ

เมื่อพิจารณาพบว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่จะนำมาเป็นเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นจะต้องปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือปรากฏในหนังสือเวียนที่มีความชัดเจนเป็นที่รับรู้รับทราบของประชาชน แต่ยังไม่อาจเป็นข้อสรุปได้ว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นสาระสำคัญ ศาลต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ประการอื่นประกอบด้วยตามข้อวิเคราะห์ต่อไปนี้

5.4.1 ปัญหาการจำแนกว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการใดเป็นสาระสำคัญ หรือไม่เป็นสาระสำคัญ

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 บัญญัติว่า“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...”

ในบทบัญญัติดังกล่าว มิได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหา ดังนี้

ประการแรก รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการปรากฏอยู่ในกฎหมายทุกลำดับชั้น และมีจำนวนมากมาย การที่ศาลจะวินิจฉัยโดยพิจารณาแต่เพียงว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการบกพร่องเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติในกฎหมายจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ จะส่งต่อการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ในทุกการดำเนินงาน เนื่องจากในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางอย่างเป็นเพียงเรื่องทางธุรการ และได้ส่งผลกระทบต่อนิติกรรมทางปกครองนั้นให้เสียไป เป็น

ข้อบกพร่องเพียงเล็กน้อย เช่น ในกรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในทางธุรการ การรับส่งเอกสารที่กำหนดในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ.2526 หรือกรณีที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยผิดพลาดหรือผิดหลงเล็กน้อย ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 43²⁵ ได้วางหลักเกณฑ์การแก้ไขข้อบกพร่องของคำสั่งทางปกครองไว้ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองบกพร่องเล็กน้อย เช่น พิมพ์ผิด กรณีนี้แม้ว่าจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องอยู่บ้าง แต่ก็ยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอไม่ว่าเวลาจะผ่านมานานเพียงใดก็ตาม และถ้าได้แก้ไขเพิ่มเติมอย่างใดแล้วต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบด้วย²⁶ รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวต่างก็บัญญัติในกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้นจึงต้องมีการพิจารณาหลักเกณฑ์ประการอื่นในการพิจารณาความเป็นสาระสำคัญประกอบกันดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 4

ประการที่สอง การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง หรือคำฟ้องกรณีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง นี้มีความสำคัญอย่างมากซึ่งเปิดโอกาสให้ศาลปกครองได้สร้างหลักกฎหมายในเรื่องของคำสั่งทางปกครอง กฎ คุลพินิจของฝ่ายปกครอง เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ผู้มีส่วนได้เสีย ในการฟ้องคดี ตลอดจนขอบเขตการควบคุมของศาลปกครอง²⁷ ศาลจึงมีบทบาทสำคัญในการวางแนวทางการปฏิบัติราชการทางปกครอง หากปล่อยให้การพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลปกครองในแต่ละคดีเพียงอย่างเดียว อาจทำให้เกิดการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกันไม่เป็นไปในบรรทัดฐานเดียวกัน อีกทั้งคำพิพากษาของศาลในคดีก่อน ก็มีได้ผูกพันให้ศาลในคดีหลังต้องวินิจฉัยตาม

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงควรมีความชัดเจนหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความ เป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นเหตุที่ศาลจะนำมาพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

²⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 43 คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดเล็กน้อยหรือผิดหลงเล็กน้อยนั้น เจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอในการแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งทางปกครองตามวรรคหนึ่งให้แจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบตามควรแก่กรณี ในการนี้เจ้าหน้าที่อาจเรียกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องจัดส่งคำสั่งทางปกครอง เอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมได้

²⁶ มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนกฤษฎีการทางปกครอง. (2552). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539. น. 137.

²⁷ ปิยนุตร แสงกนกกุล. เล่มเดิม. น. 175.

5.4.2 แนวทางแก้ไขปัญห

ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้มีกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ชัดเจน ซึ่งในการที่ศาลจะนำบทบัญญัติ แห่งกฎหมายดังกล่าวเพื่อวินิจฉัยอย่างเหตุเกิดอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุไม่ถูกต้องตาม รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ มีอาจอ้างการตรวจสอบว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นจะต้อง บัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่เพียงประการเดียว หากจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ประการ อื่นในการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ศาลสามารถเพิกถอน ได้ประกอบด้วย ดังปรากฏให้เห็นตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ดังนี้

ประการแรก หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อคู่กรณีที่เป็นฝ่ายปกครอง²⁸ ประการที่สอง หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อคู่กรณีที่เป็นเอกชน²⁹ ประการที่สาม หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อบุคคลภายนอกคดีหรือประโยชน์สาธารณะ³⁰

อย่างไรก็ดี ในกรณีของการทำคำสั่งทางปกครอง แม้พบว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ นั้นเป็นสาระสำคัญ แต่หากได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาตามมาตรา 41 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมาย ศาลไม่อาจ เพิกถอนด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการได้อีก และหากพิจารณาได้ว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญนั้นบกพร่องแต่ในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางส่วน แต่ไม่ กระทบถึงขั้นตอนหลักที่ได้ดำเนินการมาย่อมไม่เป็นเหตุให้เพิกถอน

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับเกณฑ์การพิจารณาที่ปรากฏในกฎหมายฝรั่งเศส พบว่า ในกฎหมายฝรั่งเศสเอง ก็มิได้พิจารณาแต่เพียงว่า รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นบัญญัติใน กฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว ยังมีหลักเกณฑ์ประการอื่นประกอบการพิจารณาด้วยหลายประการ³¹ ดังนี้

ประการแรก เกณฑ์ว่าด้วยความสำคัญอย่างยิ่งของรูปแบบ ตามแนวคำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat ได้แยกลักษณะของแบบที่เป็นสาระสำคัญ (formalité substantielle) ศาลจะดูว่าการ ไม่ทำตามแบบนี้มีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่ได้รับรองไว้หรือไม่ ถ้าไม่กระทบศาลจะไม่

²⁸ โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.410/2555 ในหัวข้อ 4.2.1

²⁹ โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.117/2548 ในหัวข้อ 4.2.1

³⁰ โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.86/2552 ในหัวข้อ 4.2.1

³¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). รายงานการวิจัย เรื่อง หลัก กฎหมายปกครองฝรั่งเศส. น. 245.

เพิกถอนหรือกรณีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าถึงไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบแล้ว การกระทำนั้นเป็นอันใช้ไม่ได้ และแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ (formalité non substantielle) รูปแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญนั้น หากฝ่ายปกครองไม่ได้ปฏิบัติแล้วจะไม่เกิดผลต่อความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครองถ้ากฎหมายกำหนดแบบไว้หรือกำหนดขั้นตอนกระบวนการไว้ ฝ่ายปกครองก็ต้องเคารพ ถ้าไม่เคารพ โดยหลักศาลจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น เว้นแต่ แบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นไม่สำคัญ ไม่กระทบถึงการตัดสินใจในเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองหรือฝ่ายปกครองมิได้มีเจตนาในการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณียอมไม่จำเป็นต้องเพิกถอน

ประการที่สอง วัตถุประสงค์ของรูปแบบถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อให้หลักประกันอันเป็นประโยชน์ต่อประชาชน ประชาชนย่อมกล่าวอ้างการผิดรูปแบบนี้ได้ แต่ประชาชนย่อมไม่อาจยกคำกล่าวอ้างรูปแบบที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองเองแต่อย่างใด

ประการที่สาม ผลอันอาจเกิดขึ้นได้จากรูปแบบ กล่าวคือ ต้องดูว่าหากรูปแบบขั้นตอนนั้นอาจมีผลเปลี่ยนแปลงแนวคำตัดสินของฝ่ายปกครอง การไม่ทำตามรูปแบบนั้นก็ถือว่าเป็นการทำผิดรูปแบบขั้นตอน

ประการที่สี่ คุณูปการแห่งข้อเท็จจริงที่ประกอบหรือที่เกิดขึ้นภายหลังจากการก่อนิติกรรมทางปกครองนั้นๆ การทำผิดรูปแบบขั้นตอนอาจไม่มีผลใดในบางสถานการณ์ กล่าวคือ กรณีฉุกเฉินเร่งด่วนซึ่งต้องเป็นสถานการณ์พิเศษที่ทำให้การกระทำตามแบบพิธีเป็นไปได้ยาก หรืออาจเป็นกรณีที่ไม่อาจทำตามแบบพิธีได้นั้น เนื่องจากการกระทำของประชาชนเอง เช่น กรณีที่ประชาชนละเว้นไม่ระบุที่อยู่ ทำให้ฝ่ายปกครองส่งจดหมายแจ้งเหตุไปไม่ได้ ท้ายที่สุดการทำแบบพิธีนั้นอาจทำให้สมบูรณ์ภายหลังได้ในบางสถานการณ์ ในส่วนนี้ต่างจากกรณีที่การกระทำทางปกครองทำไปโดยไม่มีอำนาจ

ส่วนในประเทศอังกฤษนั้น ได้แบ่งการพิจารณาตรวจสอบเพื่อหาเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยมีการแบ่งขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ มี 2 ลักษณะ ลักษณะแรก ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ (mandatory procedural requirements) และลักษณะที่สอง ขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นเพียงแนวปฏิบัติ (directory procedural requirements) เฉพาะกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยไม่เคารพขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้นจึงจะส่งผลให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเกณฑ์ที่ศาลใช้พิจารณาว่ากระบวนการใดถือเป็นกระบวนการขั้นตอนที่สำคัญคือ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้นแล้ว จะส่งผลกระทบต่อสิทธิของเอกชน กระบวนการขั้นตอนนั้นย่อมถือเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ และขั้นตอนหรือวิธีการที่มีลักษณะเป็นการสนับสนุนให้เอกชนบังคับการตามสิทธิที่ตนมีได้ ขั้นตอนหรือ

วิธีการนั้นก็ถือเป็นสาระสำคัญเช่นกันซึ่งมีคำพิพากษาของศาลได้วางแนวไว้ว่า ขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ ระยะเวลาการอุทธรณ์และองค์กรผู้พิจารณาอุทธรณ์และกระบวนการขั้นตอน ที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย เป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญรวมถึงกรณีการปรึกษาหารือหากมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงขั้นตอนการปรึกษาหารือ เช่น การไม่ดำเนินการหารือกับบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดศาลอังกฤษก็เห็นว่าเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญหากไม่ดำเนินการคำสั่งที่ออกมาย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาหลักกฎหมายในต่างประเทศ เห็นได้ว่าการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญนั้นได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ประการอื่นนอกเหนือจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ รวมถึงการพิจารณากระทบที่จะเกิดขึ้นต่อเอกชนด้วย

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายต่างประเทศ ประกอบแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทย ทำให้สามารถจำแนกการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ได้หลายหลักเกณฑ์ การที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในกฎหมายไทยเป็นจำนวนมากและการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการมีอย่างหลากหลาย ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางแก้ไขปัญหามา เพื่อให้การพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการเป็นไปในบรรทัดฐานเดียวกัน และมีความชัดเจนจึงควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 โดยกำหนด หลักเกณฑ์พิจารณาความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการดังนี้

หลักเกณฑ์ประการแรก หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อคู่กรณีที่เป็นฝ่ายปกครอง กล่าวคือ หากไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น จะส่งผลกระทบต่อตัดสินใจออกกฎหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่จะทำให้เกิดผลในการออกกฎหรือคำสั่งที่เปลี่ยนแปลงไป

หลักเกณฑ์ประการที่สอง หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อคู่กรณีที่เป็นเอกชน กล่าวคือ หากไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นจะส่งผลกระทบต่อคู่กรณีอันเป็นการเกิดผลร้ายแก่คู่กรณีนั้นจนยากที่จะแก้ไขเยียวยา

หลักเกณฑ์ประการที่สาม หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อบุคคลภายนอกคดีหรือประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ หากไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นจะส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกคดีหรือประโยชน์สาธารณะที่อาจมีส่วนเกี่ยวข้องแม้จะมิได้เข้ามาในคดี

การเพิ่มหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะช่วยให้ มีบทบาทหน้าที่ที่ชัดเจนและจะส่งผลต่อการใช้ดุลพินิจของศาลเพื่อวินิจฉัยถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการมีความชัดเจนมากขึ้นและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ทั้งนี้ เมื่อพบว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ฝ่ายปกครองดำเนินการโดยไม่ถูกต้อง ศาลปกครองยังไม่อาจอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุดังกล่าวได้ในทันที แต่ต้องพิจารณาถึงการหยิบยกเหตุบกพร่องขึ้นวินิจฉัยของศาลโดยจะกล่าวในหัวข้อ 5.5 ต่อไป

5.5 ปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหากรณีศาลจะหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นวินิจฉัยเอง

เมื่อพบว่าฝ่ายปกครองดำเนินการออกกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการและการไม่ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นส่งผลกระทบตามหลักเกณฑ์ในหัวข้อ 5.4.2 แล้ว ศาลปกครองยังไม่อาจอ้างเหตุบกพร่องนั้นเพื่อเป็นเหตุเพิกถอนในทันที แต่ต้องพิจารณาต่อไป หากกรณีไม่ได้กล่าวอ้างหรือต่อสู้เหตุบกพร่องนั้นในคดี แม้ศาลจะตรวจพบเหตุบกพร่องนั้นเอง ศาลก็มีอำนาจในการหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นวินิจฉัยเองได้ในบางกรณีเท่านั้น

5.5.1 ปัญหากรณีศาลจะหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นวินิจฉัยเอง

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองนั้นศาลย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองประกอบด้วย 2 หลัก คือ 1) หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และ 2) หลักการฟังความทุกฝ่าย และประกอบไปด้วยหลักที่นำมาจากวิธีพิจารณาความทั่วไป คือ การพิพากษาตรงตามคำขอซึ่งหลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดีเป็นหลักย่อยประการหนึ่งของหลักความประสงค์ของคู่ความในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็นำหลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวมาใช้บังคับเช่นกัน โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปที่มีความสำคัญหลักหนึ่งในหลายๆหลักโดยหลักกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกรอบในการพิจารณาคดี กล่าวคือ ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นศาลจะต้องพิจารณาทั้งข้ออ้างข้อสนับสนุนในการอ้างต่อศาลว่า นิติกรรมทางปกครองที่นำมาฟ้องนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุใดและพิจารณาคำขอท้ายฟ้องว่าประสงค์จะให้ศาลดำเนินการอย่างไร เช่น

ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเนื่องจากฝ่ายปกครองออกคำสั่งโดยไม่ได้ให้โอกาสในการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน เป็นต้น ศาลจะพิจารณาพิพากษานอกเหนือไปจากข้ออ้างดังกล่าวนี้มิได้ เว้นแต่จะเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

หลักข้อยกเว้นดังกล่าว ในกฎหมายไทยปรากฏตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ซึ่งระบุว่า “ในการพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี ศาลจะยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัย แล้วพิพากษาหรือมีคำสั่งไปก็ได้” ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นเป็นเหตุที่มีความสำคัญ ถ้าศาลไม่ยกขึ้นพิจารณาถือว่าศาลไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาให้มีการดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลไม่เพียงแต่มีอำนาจที่จะยกปัญหาของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ที่จะต้องยกเอาปัญหานั้นขึ้นพิจารณาวินิจฉัยเองด้วย และคู่กรณีสามารถยกข้ออ้างที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้ตลอดเวลาและในทุกชั้นศาล³² ดังที่ระบุว่า ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่จะยกขึ้นอ้างในการยื่นอุทธรณ์นั้นผู้อุทธรณ์จะต้องกล่าวไว้โดยชัดแจ้งในคำอุทธรณ์และต้องเป็นข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลปกครองชั้นต้น แต่ถ้าปัญหาข้อใดเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ผู้อุทธรณ์จะยกปัญหาข้อนั้นขึ้นกล่าวในคำอุทธรณ์หรือในชั้นอุทธรณ์ก็ได้ตามข้อ 101 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นผูกพันที่ศาลจะต้องหยิบยกขึ้นพิจารณาเสมอแม้คู่กรณีไม่ได้กล่าวอ้างจากการศึกษาพบว่าข้อกฎหมายดังกล่าว มิได้มีการบัญญัติหรือระบุว่าเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขึ้นตอนหรือวิธีการเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงส่งผลให้เกิดปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลปกครองในการหยิบยกเหตุเพิกถอนดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยเองโดยคู่กรณีมิได้โต้แย้ง และส่งผลให้เกิดปัญหาให้เกิดแนวคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวที่แตกต่างกัน

ในปัจจุบันพบว่าศาลปกครองไทยมีแนวคำวินิจฉัยแบ่งออกเป็น 2 แนว ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง เป็นแนวในทางปฏิบัติของศาลปกครองไทย โดยศาลเห็นว่า เป็นหลักทั่วไปที่ศาลมีดุลพินิจในการหยิบยกเหตุเพิกถอนทั้ง 5 เหตุ ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เองได้ โดยคู่กรณีมีต้องกล่าวอ้างเหตุเพิกถอนนั้นมาในคดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลเห็นว่าเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทุกเหตุ เป็น

³² สุริย์ เผ่าสุทธาร. (2551, กันยายน).เหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง. รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 4 : กฎหมายปกครองต่างประเทศ.น. 88

ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ดังนั้น เหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการศาล ย่อมมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง

ปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2546³³ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดี เป็นข้าราชการในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตำแหน่งนิติกร 7 ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับความเป็นธรรมจาก การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งที่ 113/2543 เรื่อง ให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายความรับผิดทาง ละเมิดลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมการค้าต่างประเทศ) ได้ตั้งกรรมการสอบ ข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดกรณี นายนคร มิ่งมงคล ข้าราชการในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยื่นขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ สำนักงานบังคับคดีจังหวัดอุบลราชธานี ไม่ครบตาม จำนวนเงินที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะพึงได้รับตามคำพิพากษา สำหรับหนี้ที่ไม่ยื่นขอรับชำระหนี้ไว้ นั้น เป็นหนี้ในส่วนของการดอกเบี้ย ค่าฤชาธรรมเนียม และค่าทนายความ รวมเป็นเงิน 47,506.90 บาท ต่อมา นายนครได้ออนไปรับราชการที่สำนักงานอัยการสูงสุด คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความ รับผิดทางละเมิดของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เห็นว่า ไม่มีผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (กระทรวงการคลัง) เห็นว่า ผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของนายนครมิได้ดำเนินการหรือมอบหมายให้แก่ ผู้ใดยื่นคำขอรับชำระหนี้เพิ่มเติมภายในกำหนดเวลาตามกฎหมาย อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และระเบียบของทางราชการ ดังนั้น ผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของนายนครจึงเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบใช้ ค่าเสียหาย และให้ดำเนินการเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ทางราชการโดยด่วน จึงให้ผู้ฟ้องคดีซึ่ง เป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของนายนครชดใช้เงินจำนวน 47,506.90 บาท ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ภายในกำหนดหกสิบวัน ทั้งนี้ นายนครได้ออนไปรับราชการที่สำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว โดยขณะ พ้นจากตำแหน่งเดิมไม่ได้ส่งมอบงานในหน้าที่และงานที่ได้รับมอบหมายที่ยังดำเนินการไม่แล้ว เสร็จให้แก่ผู้ใด แต่ได้แจ้งด้วยวาจาต่อผู้ฟ้องคดีว่างานที่ตนเองรับผิดชอบทั้งหมดอยู่ในตู้เหล็กเก็บ เอกสาร โดยไม่ได้ทำหลักฐานหรือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบเกี่ยวกับงานสำคัญซึ่งดำเนินการไม่แล้วเสร็จ จนกระทั่งวันที่ 15 มิถุนายน 2541 สำนักงานบังคับคดีจังหวัดอุบลราชธานีได้ออกหมายนัดสอบสวน พยานหลักฐานประกอบคำขอรับชำระหนี้ถึงนายนครตามที่อยู่ของนายนคร และนายนครได้นำส่ง หมายนัดส่งให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2541 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมอบหมายให้นาย ทศนิยม ชุ่มชาติ ตำแหน่งนิติกร เป็นผู้ยื่นขอรับชำระหนี้และดำเนินการเกี่ยวกับคดีนี้ และได้รับแจ้ง จากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ว่า ไม่สามารถยื่นขอรับชำระหนี้เพิ่มเติมได้ เนื่องจากครบกำหนด ระยะเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้แล้วตั้งแต่วันที่ 7 มิถุนายน 2541 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตามพระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์ การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 การที่เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิด

³³ โปรดดู ภาคผนวก 1

ชดใช้ค่าเสียหายในทางละเมิดจะต้องปรากฏว่าได้กระทำการด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ในกรณีนี้ยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นของนายนครได้กระทำการใดอันเป็นการกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง แต่ประการใด ฉะนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชดใช้ค่าเสียหายความรับผิดทางละเมิดดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองชั้นต้นพิเคราะห์แล้วเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลปกครองชั้นต้นจึงพิพากษาให้เพิกถอนความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามหนังสือที่ 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 ตามหนังสือที่ กค 0526.6/668 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2543 โดยผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน กรณีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ 113/2543 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย

ในคดีดังกล่าวศาลได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเรียกให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชดใช้ค่าเสียหายความรับผิดทางละเมิด เนื่องจากกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น โดยเมื่อพิจารณาจากคำฟ้องแล้ว ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งเหตุความบกพร่องในเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานแต่ประการใด ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ดำเนินการเพื่อให้ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนและวิธีการ จากนั้นออกคำสั่งใหม่โดยยังคงมีเนื้อหาในคำสั่งเรียกให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชดใช้ค่าเสียหายความรับผิดทางละเมิดเช่นเดิม ตามคำวินิจฉัยต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.238/2556³⁴ วินิจฉัยว่า มูลเหตุละเมิดเกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2541 ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมการค้าต่างประเทศ) ได้ดำเนินการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด และเห็นว่าไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่กระทรวงการคลังเห็นว่าผู้บังคับบัญชาของนายนคร มิ่งมงคล ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และได้มีหนังสือที่ กค 0526.6/668 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2543 แจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดี

³⁴ โปรดดู ภาคผนวก 2

ทราบ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีคำสั่งที่ 113/2543 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 ตามความเห็นกระทรวงการคลังเรียกให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบค่าใช้จ่ายจำนวน 47,506.90 บาท การออกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวได้ดำเนินการภายในกำหนดอายุความตามมาตรา 10 วรรคสอง³⁵ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประกอบกับมาตรา 12³⁶ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาที่ อ.55/2546 ลงวันที่ 16 ธันวาคม 2546 วินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 113/2543 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งที่ 35/2547 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2547 เพิกถอนคำสั่งที่ 113/2543 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 และได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดอีกครั้งหนึ่ง หลังจากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดเชยค่าสินไหมทดแทนอีกตามคำสั่งที่ 273/2548 ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2548 คดีจึงมีประเด็นต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้ฟ้องคดีชดเชยค่าสินไหมทดแทนภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบค่าใช้จ่ายความรับผิดทางละเมิดครั้งแรกตามคำสั่งผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 113/2543 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 จึงถือได้ว่าในวันที่ 9 พฤษภาคม 2543 เป็นวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นอย่างดี แม้ต่อมาคำสั่งดังกล่าวจะถูกเพิกถอนไปแล้วก็ตาม ก็ไม่มีผลกระทบหรือมีผลเปลี่ยนแปลงต่อวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแต่อย่างใด ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบค่าใช้จ่ายอีกในวันที่ 11 พฤศจิกายน 2548 ตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 273/2548 เรื่อง ให้เจ้าหน้าที่รับผิดชอบค่าใช้จ่ายความรับผิดทางละเมิด ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2548 เป็นการออกคำสั่งเมื่อพ้นกำหนดอายุความที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จึงเป็นการออกคำสั่ง

³⁵ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 10 วรรคสอง สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ทั้งสองประการตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดอายุความสองปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน และกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ไม่ต้องรับผิดชอบแต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิดชอบ ให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้นมีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง

³⁶ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

มาตรา 12 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำความผิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด

ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีฟังไม่ขึ้น ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 273/2548 ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2548 ที่เรียกให้ผู้ฟ้องคดีชำระเงินจำนวน 47,506.90 บาท โดยให้มีผลย้อนหลังไปนับแต่วันที่ออกคำสั่งนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นฟ้องด้วย

จากคดีตัวอย่างแสดงให้เห็นว่า การที่บทบัญญัติในข้อ 92 และข้อ 101 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิधिพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 มิได้ระบุหลักเกณฑ์การวินิจฉัยถึงความเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนของเหตุเพิกถอนดังกล่าว ส่งผลให้ศาลหยิบยกเหตุออกนิตินกรรมทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญอย่างไม่เหมาะสม อีกทั้ง การเพิกถอนด้วยเหตุนี้มีโอกาสที่ฝ่ายปกครองจะนำนิตินกรรมทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าวไปแก้ไขเพียงเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ โดยยังคงเนื้อหาในลักษณะเดิมเช่นเดียวกับคำสั่งแรก สิทธิของคู่กรณีจึงยังถูกผลกระทบจากเนื้อหาแห่งนิตินกรรมทางปกครองอยู่เช่นเดิม และในท้ายที่สุดผู้ถูกกระทบสิทธิยังคงต้องนำนิตินกรรมทางปกครองนั้นมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งนิตินกรรมนั้นเช่นเดิม

คำพิพากษาศาลปกครอง นครราชสีมา ที่ 344/2553 วินิจฉัยว่า เมื่อปรากฏว่าคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดเพียงแต่ตรวจสอบสรุปยอดรายได้และนำส่งคลังในปี พ.ศ. 2543 และ พ.ศ. 2544 ตรวจสอบการจดทะเบียนสิทธิและนิตินกรรม และได้มีหนังสือเรียกให้คู่สัญญาในการจดทะเบียนสิทธิและนิตินกรรมที่มีข้อสงสัยมาให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิตินกรรมดังกล่าว โดยมีได้ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานแต่อย่างใด คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามหนังสือ ที่ อบ 0019/12661 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2546 และหนังสือ ที่ อบ 0019/893 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2546 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทางราชการเป็นจำนวนเงิน 249,931 บาทที่ออกตามความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงข้างต้นจึงเป็นคำสั่งที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิधिพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในปัญหานี้ แม้ผู้ฟ้องคดีจะมีได้ยกขึ้นเป็นประเด็นในคำฟ้องให้ศาลวินิจฉัย ศาลก็ยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิधिพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพราะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามหนังสือ ที่อบ 0019/12661 ลงวันที่ 15 สิงหาคม 2546 และหนังสือ ที่อบ 0019/893 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2546 ที่ให้ผู้ฟ้องคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามหนังสือ ถบด่วนที่สุด ที่ อบ 0019/172 ลงวันที่ 19 มีนาคม 2547 โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่ง

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นในประเด็นที่เห็นว่าคำสั่งที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น เป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 นั้น ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 428/2556 ซึ่งเป็นลักษณะของแนวทางที่สอง

แนวทางที่สอง ถือตามแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสที่จะหยิบยกได้เฉพาะกรณีเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่ทุกกรณีที่ศาลจะหยิบยกได้เองโดยเหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส ประกอบไปด้วย³⁷ กรณีแรกเหตุเกี่ยวกับการทำนิติกรรมไปโดยปราศจากอำนาจ (CE, 15 févr. Rec.CE, p.114) กรณีที่สอง เหตุเกี่ยวกับการฝ่าฝืนเนื้อหาหรือขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมาย (CE, sect., 30 avr.1976, Lacome Rec.CE, p.224) กรณีที่สาม การออกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลบังคับย้อนหลัง (CE, 25 juin 1998, GAJANO62) กรณีที่สี่ การฝ่าฝืนคำสั่งในคำพิพากษาของศาล (CE, 6 juin 1958, Rec.CE, p.315) กรณีที่ห้า ความไม่มีตัวตนอยู่ของนิติกรรมทางปกครองเป็นเรื่องที่ศาลต้องหยิบยกขึ้นมา ฉะนั้นศาลจะพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่มีตัวตนอยู่ไม่ได้ (CE, sect., 10 déc.1971, Quetin, Rec.CE, p.757)

6) ความเป็นโมฆะของสัญญาที่ดี การสิ้นสุดข้อผูกพันเพราะสัญญาโมฆะหรือการเรียกถามมิควรได้จากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมสัญญาที่เป็นโมฆะก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (CE, 6 mai 1985, Rec.CE, p.241)

ส่วนกรณีที่เกี่ยวกับเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัย ดังนี้

1) ผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งในเรื่องมิได้ทำตามรูปแบบขั้นตอนไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน³⁸

2) ศาลตีความว่าการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการพิจารณาหรือดังกล่าวเป็นข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงที่ศาลหยิบยกมาเพิกถอนได้เอง โดยระดับร้ายแรงคล้ายกับกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (C.E.Ass., juin 1978, SCI du Boulevard Arogo) ทั้งนี้ ถ้ามีกรณีฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือ แต่หน่วยงานไม่ปฏิบัติตาม

³⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2553). เล่มเดิม.น.9.

³⁸ C.E. 26 juillet 1946, sieux อ้างถึงใน สุริย์ เผ่าสุทธาวร. (2551, กันยายน).เหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง. รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 4 กฎหมายปกครองต่างประเทศ.น. 94.

ความเห็นดังกล่าวศาลเห็นว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเช่นกัน (C.E. 8 juin 1994 Mmc Laurent)³⁹

จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่ร้ายแรงจนไม่อาจเยียวยาได้ ศาลจึงมีอำนาจยับยั้งได้แม้คู่กรณีมิได้กล่าวมาในชั้นศาล ดังนั้น การยับยั้งเหตุเพิกถอนโดยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการจึงทำได้ อย่างจำกัดและไม่ใช้ทุกกรณีที่ยับยั้งได้

โดยคำวินิจฉัยในแนวทางนี้ปรากฏตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 428/2556⁴⁰ (ประชุมใหญ่) ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ไม่ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานถือเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ศาลปกครองมีอำนาจยับยั้งขึ้นวินิจฉัยได้หรือไม่ เห็นว่า ตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดว่า ในการพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี ศาลจะยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัย แล้วพิพากษาหรือมีคำสั่งไปก็ได้ การที่ศาลจะยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัยของนั้น ศาลย่อมกระทำได้เมื่อเห็นสมควร มิใช่ว่าถ้าเห็นเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว แม้คู่กรณีไม่ยกขึ้นว่ากล่าว ศาลจะต้องยกขึ้นเองเสมอ ข้อเท็จจริงคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ทบทวนคำสั่งทางปกครองและให้มีการแก้ไขราคาประเมินที่ดินตามหลักฐาน น.ส. 3 เลขที่ 37 หมู่ที่ 12 ตำบลนาจะหลวย ให้ถูกต้องตามที่ผู้ฟ้องคดีประเมินไว้ ซึ่งจะเป็นผลให้การคำนวณค่าธรรมเนียม ค่าภาษี และค่าอากรลดลงตามที่ผู้ฟ้องคดีเรียกเก็บและจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ทางราชการ โดยผู้ฟ้องคดีขอผ่อนชำระค่าสินไหมทดแทนเป็นรายเดือน จำนวน 40 งวด หรือตามที่ตกลงกันใหม่กับกระทรวงการคลัง โดยในคำฟ้องไม่มีประเด็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการไม่ให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรม เห็นว่า การให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องหรือผู้เสียหายได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอและเป็นธรรมหรือไม่ มิใช่เป็นกรณีเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฉบับดังกล่าว

อย่างไรก็ดี จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวยังมีชี้แนะบรรทัดฐานว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในทุกกรณีไม่ใช่ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและจากแนว

³⁹ Jean-François Brisson. (2004). *Le recours pour excès de pouvoir*. p.86.

⁴⁰ โปรดดู ภาคผนวก 3

คำวินิจฉัยสองแนวทางที่แตกต่างกันนั้นจึงต้องพิจารณาถึงความเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ แต่คู่กรณีได้กล่าวอ้างมาในคดีและการหยิบยกเหตุดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยเองของศาลปกครอง

5.5.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ไม่มีหลักเกณฑ์หรือบทบัญญัติในกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยกล่าวอ้างเหตุผลแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นเองในฐานะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอาจก่อให้เกิดปัญหาการขัดต่อหลักวิธีพิจารณาคดีที่สำคัญสองประการคือ

ประการแรก ปัญหาการขัดต่อหลักความประสงค์ของกลุ่มความ ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้กล่าวมา ศาลปกครองอ้างเหตุไม่ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในเรื่องขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านโดยคู่กรณีได้กล่าวอ้างในคดีนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการขัดต่อหลักความประสงค์ของกลุ่มความ เพราะเมื่อศาลสามารถหยิบเพิกถอนกฎหรือคำสั่งด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการได้เองโดยคู่กรณีได้ประสงค์จะต่อสู้ในประเด็นดังกล่าวหากศาลเพิกถอนด้วยเหตุนี้ ฝ่ายปกครองสามารถกลับไปดำเนินกระบวนการใหม่โดยยังคงเนื้อหาคำสั่งในแบบเดิม เช่นในคดีวินัยจะต้องมีการดำเนินการสอบข้อเท็จจริงเมื่อผู้ฟ้องคดีนำคำสั่งลงโทษทางวินัยมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยต่อสู้ในข้อเท็จจริงว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นความผิดวินัยหรือไม่ โดยมีได้ต่อสู้ในเรื่องกระบวนการสอบสวนทางวินัย แสดงถึงความประสงค์ของกลุ่มความที่ต้องการให้ศาลพิจารณาว่าการกระทำหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นความผิดที่สมควรถูกลงโทษทางวินัยหรือไม่ โดยมีได้มีความประสงค์ที่จะให้ศาลเพิกถอนในข้อบกพร่องของกระบวนการสอบสวนทางวินัยเพราะจะส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีต้องถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนใหม่อีกครั้ง ดังนั้น หากศาลตรวจพบเองและเพิกถอนในประเด็นดังกล่าว จึงมีโอกาที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการแก้ไขเฉพาะในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการโดยยังคงออกคำสั่งในเนื้อหาเดิม และในท้ายที่สุดผู้ฟ้องคดีจะต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลอีกครั้ง การเพิกถอนในกรณีเช่นนี้จึงมิใช่การใช้การเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการนิติกรรมทางปกครองอย่างแท้จริง

ประการที่สอง ปัญหาการขัดต่อหลักการฟังความทุกฝ่าย การหยิบยกเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองกรณีไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นมาวินิจฉัยโดยคู่กรณีได้กล่าวอ้างมาในคดี จึงมีโอกาที่ข้อเท็จจริงบางประการคู่กรณีได้ชี้แจงหรือแสดงต่อศาล เนื่องจากมิใช่ประเด็นแห่งคดี ทั้งนี้แม้รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางประการอาจเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับ

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนศาลก็ยังคงเคารพหลักฟังความทุกฝ่ายก่อนเพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าเหตุที่จะหยิบยกขึ้นพิพาทนั้นเป็นข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นจริง

เพื่อมิให้เกิดปัญหาการขัดต่อหลักวิธีพิจารณาคดีที่สำคัญสองประการดังที่ได้อธิบายมา ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในพิจารณาการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนโดยถือตามแนวทางที่สองคือ การอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในทุกกรณี และในการพิจารณาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของไม่ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอนและวิธีการนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ที่จะหยิบยกได้เฉพาะกรณีเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเท่านั้น จึงไม่ใช่ทุกกรณีที่ศาลจะหยิบยกได้เอง โดยกฎหมายฝรั่งเศสได้มีแนวคำวินิจฉัย โดยเห็นว่าเหตุเกี่ยวกับการทำนิติกรรมไปโดยปราศจากอำนาจเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี(moyen d'ordre public) แต่กรณีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งในเรื่องมิได้ทำตามรูปแบบขั้นตอนไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ผู้เขียนจึงเห็นควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เพื่อพิจารณาในกรณีอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น มิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่อาจมีข้อยกเว้นในบางกรณี โดยแยกแยะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในการอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นขึ้นเองโดยศาลปกครอง แบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

กรณีแรกรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บกพร่องนั้นมีผลกระทบเฉพาะคู่กรณี เช่น ผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งในเรื่องรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการในคดีวินัยซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งโดยตรงหรือคดีความรับทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เป็นต้นในการพิจารณาจะต้องคำนึงถึงหลักความประสงค์ของคู่ความ การไม่ยกขึ้นต่อสู้ในประเด็นเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ย่อมเป็นการที่คู่กรณีมิได้มีความประสงค์จะให้ศาลเพิกถอนในเหตุบกพร่องนั้นแล้ว แต่มีความประสงค์ให้ศาลปกครองวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีหรือพิจารณาเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในส่วนองค์ประกอบภายในต่อไป

ดังนั้น หากผู้ฟ้องคดีมิได้กล่าวอ้างเหตุที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ หากศาลหยิบยกขึ้นว่ากล่าวในการเพิกถอนคำสั่งเสียเองเพราะเหตุไม่ปฏิบัติตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการแล้ว จะส่งผลกระทบเฉพาะคู่กรณีโดยตรง มิได้กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ผู้เขียนเห็นว่า ข้อบกพร่องดังกล่าว มิใช่ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตาม ข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ที่ศาลจะยกขึ้นมาเองได้ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐที่เห็นว่าหากผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งในเรื่องมิได้ทำตามรูปแบบขั้นตอนไม่ใช่ว่าปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (C.E. 26 juillet 1946, sieux)

กรณีที่สอง รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การออกกฎโดยมิได้ทำประชาพิจารณ์ หรือการดำเนินก่อสร้างคอนโดมิเนียมขนาดใหญ่โดยไม่ผ่านขั้นตอนและวิธีการของการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นต้นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ในลักษณะนี้ส่งผลกระทบร้ายแรงต่อประชาชนจำนวนมาก มิได้มีผลกระทบแต่เฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้นศาลจึงควรผ่อนปรนความเคร่งครัดในหลักความประสงค์ของคู่ความ แต่ยังคงต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลักกรณีดังกล่าวย่อมมีประชาชนอีกจำนวนมากที่ได้รับผลกระทบจากข้อบกพร่องดังกล่าวที่อาจไม่เข้าร่วมในคดีและเป็นการยากที่จะให้ประชาชนทั้งหมดเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีเช่นนี้ศาลศาลสามารถหยิบยกเหตุผลข้อบกพร่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นวินิจฉัยได้เอง กล่าวคือ รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตาม ข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2543

กรณีที่สาม รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ หากมีกฎหมายบังคับให้ต้องปรึกษาหารือย่อมเป็นกรณีที่มีความสำคัญและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ การที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการนั้นย่อมเป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และกรณีที่กฎหมายบังคับให้มีการปรึกษาหารือย่อมเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญในการแสดงความคิดเห็นประกอบการตัดสินใจออกนิติกรรมทางปกครองให้เป็นไปด้วยความรอบคอบ เช่นเดียวกับหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่เห็นว่า นิติกรรมทางปกครองที่ต้องหารือหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อน ขั้นตอนเช่นนี้ถือเป็นสาระสำคัญ การหารือหรือผ่านความเห็นชอบขององค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการ(เช่น Conseil d'Etat สภาท้องถิ่น ฯลฯ) ก่อนเช่นนี้ก็เพื่อให้การตัดสินใจสั่งการเป็นไปโดยรอบคอบ มีข้อมูลต่างๆ ที่สมบูรณ์อันจะทำให้เกิดการบริหารที่ดี⁴¹ และเมื่อพิจารณาประกอบกับแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐที่เห็นว่าการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการปรึกษาหารือดังกล่าวเป็นข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงที่ศาลหยิบยกมาพิพากษาได้เอง โดยระดับร้ายแรงคล้ายกับกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ(C.E.Ass., juin 1978, SCI du Boulevard Arogo) ทั้งนี้ ถ้ามีกรณีฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องถือตามความเห็นขององค์กรที่หารือ แต่หน่วยงานไม่ปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวศาลเห็นว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเช่นกัน(C.E. 8 juin 1994 Mmc Laurent) ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากรณีที่ฝ่ายปกครอง

⁴¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม.น. 268.

ไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการปรึกษาหารือตามที่กฎหมายบัญญัติแม้คู่กรณีไม่กล่าวอ้างมาในคดีศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นพิจารณาในฐานะกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตาม ข้อ 92 แห่งระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่า ในการหยิบยกพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในฐานะข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ในบางกรณีศาลมิได้ให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน จึงควรมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ดำเนินการตามหลักการฟังความทุกฝ่ายที่ศาลต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ทราบข้ออ้างข้อเถียงตลอดจนพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของอีกฝ่ายหนึ่ง และให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน ให้ฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีได้ทราบคำฟ้องและพยานหลักฐานประกอบคำฟ้อง ตลอดจนมีโอกาสได้ให้การแก้ข้อกล่าวหาและเสนอพยานหลักฐานสนับสนุนคำให้การของตน และที่สำคัญก็คือเฉพาะแต่ข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสทราบและมีโอกาสโต้แย้งแล้วเท่านั้น ที่ศาลจะนำมาใช้เป็นฐานในการพิพากษาคดี ศาลไม่อาจนำข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีโอกาสรับทราบและมีโอกาสโต้แย้งมาใช้ประกอบการพิจารณาได้⁴² และเมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีความเห็นว่าข้อที่สำคัญในการหยิบยกเหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นมาพิจารณานี้ ศาลจะต้องเคารพฟังความทุกฝ่ายตามมาตรา R. 611-7 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครอง ค.ศ.2000 คือต้องให้คู่ความทุกฝ่ายได้ทราบและโต้แย้งคัดค้านก่อนพิพากษาคดี⁴³

ผู้เขียนเห็นว่า จึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์กรณีหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นวินิจฉัยเองเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ดังนี้

หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องการหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการของศาล

กรณีมีผลกระทบเฉพาะคู่กรณี เช่น ผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งในเรื่องรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการในคดีวินัยซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งโดยตรง หรือคดีความรับทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น กรณีนี้มีข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยการไม่

⁴² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. น. 15.

⁴³ ประสาท พงษ์สุวรรณ. เล่มเดิม. น. 10.

ยกขึ้นต่อสู้ในประเด็นเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ย่อมเป็นการที่คู่กรณีมิได้ประสงค์ให้ศาลเพิกถอนในเหตุบกพร่องนั้นแล้ว แต่มีความประสงค์ให้ศาลปกครองวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีหรือพิจารณาเหตุเพิกถอนทางปกครองในส่วนขององค์ประกอบภายในต่อไป

กรณีที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะผู้มีส่วนได้เสียรายอื่นที่มีได้เข้ามาในคดี เช่น การออกกฎโดยมิได้ทำประชาพิจารณ์ กรณีเช่นนี้ศาลยังมีความจำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ กรณีดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากกระทบผลประโยชน์สาธารณะการจำกัดการพิจารณาเฉพาะความประสงค์ของกลุ่มความย่อมมีโอกาสเกิดผลกระทบต่อประชาชนที่มีได้เข้ามาต่อสู้ในคดี

กรณีขั้นตอนการปรึกษาหารือ หากมีกฎหมายบังคับให้ต้องปรึกษาหารือการที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการนั้นย่อมเป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และกรณีที่กฎหมายบังคับให้มีการปรึกษาหารือย่อมเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ แม้คู่กรณีไม่กล่าวอ้างมาในคดี ศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นพิจารณาในฐานะกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาว่าเหตุบกพร่องดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันควรเป็นเหตุให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น ให้ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเพื่อรับฟังข้อเท็จจริงจนแน่ใจว่ามีข้อบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นจริง จึงจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

เมื่อมีข้อกฎหมายในการกำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นวินิจฉัยเองตามข้อพิจารณาของผู้เขียนข้างต้น จะส่งผลให้การหยิบยกเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเป็นไปตามหลักความประสงค์ของกลุ่มความ โดยยังคงรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง และเมื่อพบว่าข้อบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการใดเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนศาลควรดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเพื่อให้แน่ใจว่ามีเหตุบกพร่องนั้นอยู่จริงและเป็นการให้สิทธิแก่คู่กรณีในการได้แย้งแสดงพยานหลักฐานจึงเป็นการสอดคล้องต่อหลักหลักการฟังความทุกฝ่าย

5.6 ปัญหาและแนวทางแก้ไขในเรื่องความเป็นไปได้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

เมื่อได้ทราบถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเป็นสาระสำคัญแล้ว หากฝ่ายปกครองมีเหตุบกพร่องนั้นอยู่จริง ศาลปกครองสามารถอ้างเหตุดังกล่าวขึ้นเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ แต่การอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้ อาจส่งผลให้เกิดปัญหาในการที่ฝ่ายปกครองกลับไปดำเนินการแก้ไขเยียวยาโดยการปฏิบัติให้ถูกต้องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการแต่ยังคงออกนิติกรรมทางปกครองที่มีเนื้อหาแบบเดิมส่งผลให้ท้ายที่สุดผู้ถูกระทบต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเช่นเดิม จึงเป็นปัญหาในการพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการแก้ไขเยียวยาเหตุบกพร่องดังกล่าวในชั้นศาลปกครอง มีข้อพิจารณาดังนี้

5.6.1 ปัญหาความเป็นไปได้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

จากการศึกษาพบว่าเมื่อฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนิติกรรมนั้นย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่สามารถนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ และหากรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นสาระสำคัญศาลสามารถอ้างเหตุดังกล่าวเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ แต่ในกรณีของคำสั่งทางปกครองได้กำหนดกรณีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 วรรคสาม กำหนดให้การแก้ไขเยียวยาจะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยกรณีนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น

จากบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การเยียวยาต้องดำเนินการก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือก่อนการฟ้องคดีหากเป็นกรณีที่ไม่ต้องอุทธรณ์ จึงเห็นได้ว่าไม่ปรากฏกฎหมายที่เปิดช่องให้มีการแก้ไขเยียวยาในชั้นศาลได้ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดปัญหาในกรณีที่หากฝ่ายปกครองแก้ไขเยียวยาในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการโดยได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลแม้จะปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลก็ยังต้องวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะให้ดำเนินกระบวนการแก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ภายหลังจากมีการฟ้องคดีสู่ศาล ย่อมไม่เป็นไปตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ถูกต้องตามรูปแบบ

ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในเหตุดังกล่าว และฝ่ายปกครองก็ต้องกลับไปดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ตั้งแต่การเริ่มต้นกระบวนการ โดยไม่สามารถใช้วิธีแก้ไขเยียวยาในบางกรณีตามมาตรา 41 ได้ ซึ่งจะทำให้การดำเนินงานในฝ่ายปกครองล่าช้าไปกว่าเดิมและยังมีแนวโน้มที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองในเนื้อหาแบบเดิม เพียงแต่แก้ไขขั้นตอนให้ถูกต้องเท่านั้น และผู้ฟ้องคดีอาจต้องนำคดีกลับมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองอีกโดยยกเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของเนื้อหาการที่ไม่มีความหมายเปิดช่องให้แก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ในชั้นศาลได้นั้นจึงเป็นผลเสียต่อทั้งการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและผลกระทบต่อประชาชนที่ยังต้องได้รับคำสั่งที่มีเนื้อหาในแบบเดิมเพียงกลับไปแก้ไขเยียวยาในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการให้ถูกต้องเท่านั้น

ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งเรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินตามความรับผิดชอบทางละเมิด เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยต่อสู้คดีว่าการออกคำสั่งไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนในการให้ได้แย้งแสดงพยานหลักฐาน หากศาลพบว่าฝ่ายปกครองไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนจริงศาลจะดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น แม้ว่าฝ่ายปกครองและผู้ฟ้องคดีประสงค์จะให้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาโดยการให้ได้แย้งแสดงพยานหลักฐานในชั้นศาล พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 วรรคสาม ไม่เปิดช่องให้ดำเนินการได้ และเมื่อฝ่ายปกครองกลับไปออกคำสั่งทางปกครองเรียกให้ชดใช้เงินใหม่ก็อาจเกิดปัญหาในเรื่องการออกคำสั่งเมื่อพ้นกำหนดอายุความ ดังเช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.238/2556 ตามที่กล่าวไปในหัวข้อ 5.5.1 ทำให้เกิดผลเสียทั้งในแง่ของฝ่ายปกครองที่ไม่สามารถเรียกเงินจากผู้กระทำละเมิดเนื่องจากพ้นกำหนดอายุความ ส่วนในแง่ของฝ่ายเอกชนหรือประชาชนผู้ได้รับผลจากคำสั่งทางปกครองนั้นต้องเสียเวลาในการที่ฝ่ายปกครองต้องกลับไปดำเนินการพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครองอีกครั้งโดยมีเนื้อหาคำสั่งเช่นเดิม และในท้ายที่สุดจะต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลใหม่อีกครั้ง

5.6.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนเห็นว่าควรให้มีการแก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในชั้นศาลปกครองได้เนื่องจากเมื่อได้ศึกษาหลักกฎหมายในประเทศเยอรมนีนั้นพบว่าตามมาตรา 45 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองการเยียวยาความผิดพลาดในทางวิธีพิจารณา (die heilung von verfahrensfehlern) ความผิดพลาดในทางวิธีพิจารณาบางอย่างอาจจะมีการเยียวยาแก้ไขได้โดยปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรานี้ การเยียวยาดังกล่าวจะเป็นการแก้ไขความผิดพลาดในทางพิจารณาให้หมดไป โดยถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นกลับกลายเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ การเยียวยาในภายหลังนี้จะถูกจำกัดโดยเรื่องที่สามารถเยียวยาได้และกำหนดระยะเวลา⁴⁴ ซึ่งมี 5 กรณีด้วยกัน ได้แก่ กรณีแรก การออกนิติกรรมทางปกครองประเภทที่ผู้ขอรับนิติกรรมทางปกครองจะต้องยื่นคำร้องเป็นหนังสือ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่มีการยื่นคำร้องเป็นหนังสือแต่อย่างใด ความผิดพลาดดังกล่าวอาจเยียวยาได้โดยการให้ยื่นคำร้องเป็นหนังสือย้อนหลังได้กรณีที่สอง การออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ได้ให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย สั่งการและไม่ใช่กรณีที่เข้าข้อยกเว้นของการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการ ความผิดพลาดดังกล่าวอาจเยียวยาได้โดยการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการย้อนหลังได้กรณีที่สาม การออกนิติกรรมทางปกครองโดยไม่ได้รับฟังผู้ถูกระทบสิทธิในการพิจารณาเรื่องนั้นๆ และไม่ใช่กรณีที่เข้าข้อยกเว้นของการรับฟังตามมาตรา 28 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแล้วความผิดพลาดดังกล่าวอาจเยียวยาได้โดยการฟังย้อนหลังได้ กรณีที่สี่ การออกนิติกรรมทางปกครองประเภทที่จะต้องขอมติของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองนั้นมิได้ขอมติของคณะกรรมการก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง ความผิดพลาดนี้อาจเยียวยาได้โดยการให้มีการขอมติของคณะกรรมการเช่นว่านั้นย้อนหลัง กรณีที่ห้า การออกนิติกรรมทางปกครองประเภทที่จะต้องให้เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นเข้าร่วมในการพิจารณาด้วย แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองมิได้จัดให้เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นเข้าร่วมพิจารณาก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง ความผิดพลาดดังกล่าวอาจเยียวยาได้โดยการจัดให้มีการพิจารณาร่วมกันเป็นการย้อนหลังได้ส่วนระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยานั้น จะต้องกระทำก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องคดี แต่ในปัจจุบันการเยียวยาความบกพร่องในการรับฟังคู่กรณีสามารถกระทำได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริง (tatsacheninstanz) ตามมาตรา 45 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ทั้งนี้หากกระบวนการพิจารณาอยู่ในชั้นศาลแล้ว ศาลจะเป็นผู้มีดุลพินิจว่าจะอนุญาตให้หน่วยงานเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวหรือไม่⁴⁵

ทั้งนี้ตามมาตรา 46 แห่งรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองบัญญัติในเรื่องความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณา ถ้าการเยียวยาความผิดพลาดทางวิธีพิจารณาไม่อาจกระทำได้ หรือไม่ได้กระทำภายในกำหนดระยะเวลาตามที่ได้กล่าวไว้ในมาตรา 45 หลักกฎหมายปกครองเยอรมันนั้น มีข้อพิจารณาต่อไปโดยแยกพิจารณาความสำคัญของข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาทางรูปแบบของนิติกรรมทางปกครองว่ามีส่วนกระทบต่อความถูกต้องหรือความชอบด้วย

⁴⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). *กฎหมายปกครองเยอรมัน*. น. 182.

⁴⁵ Bonk/Kallerboff, in : Stelkens/Sachs, § 28 RdNr.71. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน*. น. 118

กฎหมายในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติของนิติกรรมทางปกครองนั้นหรือไม่ ถ้าแม้ว่าจะได้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบหรือวิธีพิจารณาแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะต้องวินิจฉัยสั่งการ เช่นเดิม โดยไม่มีทางที่จะวินิจฉัยสั่งการเป็นอื่นได้แล้วบทบัญญัติมาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง บัญญัติห้ามมิให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านในประเด็นข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาโดยลำพังจากข้อห้ามอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านนี้ความเห็นในทางตำรา ได้วิเคราะห์ว่า ผลของข้อห้ามดังกล่าวแสดงว่า กฎหมายปกครองเยอรมันให้ความสำคัญกับข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาน้อยกว่าความสำคัญของข้อผิดพลาดทางเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติ และวิเคราะห์ว่าข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาที่จะมีผลไปกระทบต่อความถูกต้องหรือชอบด้วยกฎหมาย ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติของนิติกรรมทางปกครองนั้น นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทที่ฝ่ายบัญญัติได้ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจด้วย ไม่ว่าจะเป็นดุลพินิจที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบ (beurteilungsspielraum) หรือในส่วนผลทางกฎหมาย (ermessen) ดังนั้น ในกรณีที่ เป็นนิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจแล้ว ผู้รับนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวอาจอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านเฉพาะประเด็นข้อผิดพลาดทางวิธีพิจารณาโดยไม่ได้แย้งข้อผิดพลาดทางเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติก็ได้⁴⁶ จะเห็นว่ากฎหมายของประเทศเยอรมนีได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดในเรื่องรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในประเทศไทยควรขยายกรอบระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการให้ผ่อนคลายลงเช่นเดียวโดยควรแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สามารถดำเนินการแก้ไขเยียวยาได้เช่นเดียวกับรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองประเทศเยอรมนี

ผู้เขียนเสนอให้แก้ไขบทบัญญัติใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 วรรคสาม จากเดิมบัญญัติว่า “กรณีตาม(2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น”แก้ไขเป็น “กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลปกครองชั้นต้นหรือก่อนวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลปกครองสูงสุด ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ข้อพิพาทนั้นอยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้ การดำเนินการตาม (2) (3) และ(4) ให้อยู่ในดุลพินิจของตุลาการเจ้าของสำนวนและความยินยอมของคู่กรณี

⁴⁶ H.Mayer und H.Borgs-Maciejewski.(1928). *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*.

น. 410-411 อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2544). *กฎหมายปกครองเยอรมัน*. น. 184.

จากเดิมที่ฝ่ายปกครองไม่อาจดำเนินการเยียวยาข้อบกพร่องนั้นในระหว่างพิจารณาคดีของศาลได้หรือหากคู่กรณีประสงค์ให้มีการเยียวยาในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ก็ไม่อาจกระทำได้ หรือเมื่อดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายนอกศาลแล้วก็มีอาจทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย อำนาจของศาลปกครองไทยจึงยังจำกั้ให้ต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวย่อมจะทำให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการแก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการระหว่างพิจารณาคดีได้ จะส่งผลในการลดปัญหาการนำคดีที่ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการแล้ว มาฟ้องคดีใหม่อีกครั้ง เพราะแม้ฝ่ายปกครองกลับไปดำเนินการให้ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ แต่ยังคงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองในเนื้อหาแบบเดิมในท้ายที่สุดจึงต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองอีกเช่นเดิม รวมทั้งลดปัญหาการนำคดีไปดำเนินการออกคำสั่งใหม่แต่ส่งผลกระทบในเรื่องอื่นๆ เช่น ฟื้นฟูระยะเวลาการใช้สิทธิเรียกร้องในกรณีของคดีละเมิด เป็นต้น อย่างไรก็ดี การให้อำนาจฝ่ายปกครองในการดำเนินการแก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการระหว่างพิจารณาคดีได้ ให้เป็นดุลพินิจของศาลและจะต้องอยู่ภายใต้ความยินยอมของคู่กรณีด้วย