

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า เกิดปัญหาในการเพิกถอนกฎหรือคำสั่ง ด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

6.1.1 ปัญหาการแยกแยะความแตกต่างระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดยปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

เมื่อได้ศึกษาทฤษฎีเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยอ้างเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ทราบว่าเรื่องอำนาจและรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองทั้งสิ้น และเป็นเรื่องที่เกิดจากการดำเนินการเพื่อกฎหรือคำสั่งที่เป็นลักษณะเป็นรูปธรรม ดังนั้น จึงมีความใกล้เคียงกันอย่างมากแต่ก็มีใช้กรณีเดียวกัน โดยการกระทำไม่ถูกต้องตามรูปแบบแม้ว่าจะคาบเกี่ยวกับการกระทำที่ปราศจากอำนาจ ทั้งนี้ เหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองปรากฏในกฎหมายไทย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จากการศึกษามีข้อบกพร่องสองประการกล่าวคือ ประการแรก ไม่มีการกำหนดลักษณะหรือนิยามความหมายในเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในแต่ละเหตุ และประการที่สอง ไม่มีการกำหนดดุลพินิจหรือลำดับในการเลือกเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ศาลจะใช้อ้าง ข้อบกพร่องดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อปัญหาการแยกแยะความแตกต่างระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดยปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ เนื่องจากเหตุทั้งสองประการมีความคล้ายคลึงกันอย่างยิ่งเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายขาดความชัดเจนและไม่มีการกำหนดลำดับหรือการเลือกเหตุในการอ้างเหตุเพิกถอนส่งผลต่อการอ้างเหตุที่ใช้ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกัน คือหากศาลอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุปราศจากอำนาจ ศาลไม่จำเป็นต้องตรวจสอบหรือพิจารณาในเรื่องการแก้ไขเยียวยาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และในเรื่องการหยิบยกเหตุเพิกถอนขึ้นวินิจฉัยเองของศาลในกรณีที่คู่กรณีมิได้กล่าวอ้างเหตุเพิกถอนบางประการ เนื่องจากขาดบทบัญญัติที่ชัดเจน ส่งผลต่อปัญหาข้อพิจารณาถึงการแยกแยะความแตกต่างระหว่างเหตุปราศจากอำนาจและเหตุผิดรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการ

6.1.2 ปัญหากรณีผู้ฟ้องคดีอ้างเหตุผลฟ้องโดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งเกิดขึ้นในขั้นตอนเตรียมการ

ในขั้นตอนเตรียมการอันเป็นขั้นตอนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการออกนิติกรรมทางปกครองที่จะไปกระทบสิทธิประชาชน โดยปัญหาในกรณีนี้เกี่ยวโยงกันระหว่างสององค์กรที่ต่างกัน ตามกรณีการชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดำเนินการสอบสวนความผิดทางวินัย แต่ผู้ออกคำสั่งลงโทษเป็นผู้บังคับบัญชาที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองโดยผู้ออกคำสั่งมิได้ดำเนินการในขั้นตอนการเตรียมการออกคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใดจากการศึกษาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตประกอบ พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่เกี่ยวข้อง กับรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการสอบสวนเพื่อชี้มูลความผิดทางวินัย ไม่ปรากฏบทบัญญัติใดระบุว่า การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ส่งผลให้ศาลปกครองดำเนินการตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ทั้งนี้ หากพิจารณาจากลักษณะองค์กรจะเห็นได้ว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. มิใช่องค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยโดยตรง หากแต่เป็นองค์กรในลักษณะพิเศษที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และจากการศึกษาไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนถึงอำนาจตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในขั้นตอนเตรียมการชี้มูลความผิดทางวินัย หากผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างความบกพร่องในขั้นตอนการสอบสวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. จึงเป็นปัญหาอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในขั้นตอนดังกล่าว

6.1.3 ปัญหารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันจะอ้างเป็นเหตุเพิกถอนนั้นต้องกำหนดขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือฝ่ายปกครองสามารถกำหนดขึ้นมาได้เองโดยระเบียบภายในหรือขั้นตอนภายใน

จากการศึกษาพบว่าเหตุเพิกถอนนิติกรรมที่ออกโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดสำหรับการกระทำนั้น” แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมิได้มุ่งประสงค์จะบังคับแต่เฉพาะรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติตามกฎหมายเท่านั้น จึงอาจตีความไปในทางที่ว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ศาลจะนำมาพิจารณาค้นหาเหตุเพิกถอนในกรณีนั้น อาจจะปรากฏในลักษณะของจารีตประเพณี แนวปฏิบัติของหน่วยงาน หรือหนังสือเวียนต่างๆ ก็ได้ แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่กฎหมายจะต้องเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจ ที่มาในการที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทบสิทธิของประชาชนจะต้องเป็นกฎหมายในระดับ

พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน การอ้างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น จึงควรพิจารณาว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ที่ศาลจะหยิบยกมาเป็นเหตุเพิกถอนนั้น ควรจำกัดข้อพิจารณาเพียงแค่เฉพาะกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญนั้นเฉพาะที่กำหนดในพระราชบัญญัติหรือสามารถปรากฏในกฎหมายลำดับอื่นหรือแม้แต่หนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัติ

6.1.4 ปัญหาการจำแนกว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการใดเป็นสาระสำคัญ หรือไม่เป็นสาระสำคัญ

จากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ในบทบัญญัตินี้ดังกล่าว มิได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงความจำเป็นสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหา คือ รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการปรากฏอยู่ในกฎหมายทุกลำดับชั้น การที่ศาลจะวินิจฉัยโดยพิจารณาแต่เพียงว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการบกพร่องเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่บัญญัติในกฎหมายจึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ จะส่งต่อการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ในทุกขั้นตอนการดำเนินงาน เนื่องจากในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการบางอย่างเป็นเพียงเรื่องทางธุรการ และได้ส่งผลกระทบต่อนิติกรรมทางปกครองนั้นให้เสียไป จึงควรมีความชัดเจนหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความจำเป็นสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นเหตุที่ศาลจะนำมาพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองควรกำหนดอยู่ในกฎหมายลำดับใด

6.1.5 ปัญหากรณีศาลจะหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นวินิจฉัยเองได้หรือไม่

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองนั้นศาลย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองประกอบด้วย 2 หลัก คือ 1) หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และ 2) หลักการฟังความทุกฝ่าย และประกอบไปด้วยหลักที่นำมาจากวิธีพิจารณาความทั่วไป คือ การพิพากษาตรงตามคำขอซึ่งหลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดีเป็นหลักย่อยประการหนึ่งของหลักความประสงค์ของกลุ่มความในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้นำหลักการพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวมาใช้บังคับเช่นกันในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น

ศาลจะต้องพิจารณาทั้งข้ออ้างข้อสนับสนุนในการอ้างต่อศาลว่า นิติกรรมทางปกครองที่นำมาฟ้องนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุใดและพิจารณาคำขอท้ายฟ้องว่าประสงค์จะให้ศาลดำเนินการอย่างไร ศาลจะพิจารณาพิพากษานอกเหนือไปจากข้ออ้างดังกล่าวนี้มิได้ เว้นแต่จะเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหลักข้อยกเว้นดังกล่าว ในกฎหมายไทยปรากฏตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ซึ่งระบุว่าในการพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี ศาลจะยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นวินิจฉัย แล้วพิพากษาหรือมีคำสั่งไปก็ได้ ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นเป็นเหตุที่มีความสำคัญ ถ้าศาลไม่ยกขึ้นพิจารณาถือว่าศาลไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาให้มีการดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลไม่เพียงแต่มีอำนาจที่จะยกปัญหาของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ที่จะต้องยกเอาปัญหานั้นขึ้นพิจารณาวินิจฉัยเองด้วย และคู่กรณีสามารถยกข้ออ้างที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้ตลอดเวลาและในทุกชั้นศาล ดังที่ระบุว่า ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่จะยกขึ้นอ้างในการยื่นอุทธรณ์นั้นผู้อุทธรณ์จะต้องกล่าวไว้โดยชัดแจ้งในคำอุทธรณ์และต้องเป็นข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลปกครองชั้นต้น แต่ถ้าปัญหาข้อใดเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ผู้อุทธรณ์จะยกปัญหาข้อนั้นขึ้นกล่าวในคำอุทธรณ์หรือในชั้นอุทธรณ์ก็ได้ จากการศึกษาพบว่าข้อกฎหมายดังกล่าว มิได้มีการบัญญัติหรือระบุว่าเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงส่งผลให้เกิดปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลปกครองในการหยิบยกเหตุเพิกถอนดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยเองโดยคู่กรณีมิได้โต้แย้ง และส่งผลให้เกิดปัญหาให้เกิดแนวคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวที่แตกต่างกัน ในปัจจุบันพบว่าศาลปกครองไทยมีแนวคำวินิจฉัยแบ่งออกเป็น 2 แนว ดังนี้แนวทางที่หนึ่ง เป็นแนวในทางปฏิบัติของศาลปกครองไทย โดยศาลเห็นว่าเป็นหลักทั่วไปที่ศาลมีดุลพินิจในการหยิบยกเหตุเพิกถอนทั้ง ๔ เหตุ ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เองได้ โดยคู่กรณีมีต้องกล่าวอ้างเหตุเพิกถอนนั้นมาในคดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลเห็นว่าเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทุกเหตุเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ดังนั้น เหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการศาลย่อมมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง ปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.55/2546 คดีนี้ผู้ฟ้องคดีถูกหน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งเรียกให้ชดใช้เงินโดยมิได้ดำเนินการในขั้นตอนโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้ยกเหตุผลบกพร่องในเรื่องขั้นตอนในการต่อสู้คดีโดยศาลปกครองวินิจฉัยแล้วเห็นว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพิกถอน

คำสั่งทางปกครองเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ต่อมาหน่วยงานดำเนินการในการให้ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งแสดงพยานและหน่วยงานยังคงออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาของคำสั่งในลักษณะเดิม โดยผู้ฟ้องคดีได้นำคำสั่งใหม่แต่เนื้อหาเช่นเดิมมาฟ้องคดีสู่ศาลปกครองเป็นคดีศาลปกครองสูงสุดที่ อ.238/2556 แต่ไม่อาจเรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินได้เนื่องจากการออกคำสั่งเมื่อพ้นกำหนดอายุความตามที่กำหนดตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 จึงเป็นการออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากคดีตัวอย่างแสดงให้เห็นว่า การที่ทบพันญัตติในข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 มิได้ระบุหลักเกณฑ์การวินิจฉัยถึงความเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนของเหตุเพิกถอนดังกล่าวส่งผลให้ศาลหยิบยกเหตุออกนิตกรรมทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญอย่างไม่เหมาะสม อีกทั้ง การเพิกถอนด้วยเหตุนี้มีโอกาสที่ฝ่ายปกครองจะนำนิตกรรมทางปกครองที่บกพร่องดังกล่าวไปแก้ไขเพียงเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ โดยยังคงเนื้อหาในลักษณะเดิมเช่นเดียวกับคำสั่งแรก สิทธิของคู่กรณีจึงยังถูกผลกระทบจากเนื้อหาแห่งนิตกรรมทางปกครองอยู่เช่นเดิม และในท้ายที่สุดผู้ถูกกระทบสิทธิยังคงต้องนำนิตกรรมทางปกครองนั้นมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาแห่งนิตกรรมนั้นเช่นเดิม ส่วนแนวทางที่สอง ถัดตามแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ที่จะหยิบยกได้เฉพาะกรณีเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่ทุกกรณีที่ศาลจะหยิบยกได้เอง โดยเหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส เหตุเกี่ยวกับการทำนิตกรรมไปโดยปราศจากอำนาจ ส่วนกรณีที่เกี่ยวข้องกับเหตุเพิกถอนนิตกรรมทางปกครองที่ออกโดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัย ว่าผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งในเรื่องมิได้ทำตามรูปแบบขั้นตอนไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่การไม่ดำเนินการตามขั้นตอนการปรึกษาหารือดังกล่าวเป็นข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงที่ศาลหยิบยกมาเพิกถอนได้เอง โดยระดับร้ายแรงคล้ายกับกรณีนิตกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่ร้ายแรงจนไม่อาจเยียวยาได้ ศาลจึงมีอำนาจหยิบยกได้แม้คู่กรณีมิได้กล่าวมาในชั้นศาล ดังนั้น การหยิบยกเหตุเพิกถอนโดยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการจึงทำได้อย่างจำกัดและไม่ใช่ทุกกรณีที่หยิบยกได้ จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวยังมีข้อเสนอว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในทุกกรณีไม่ใช่ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบ และจากแนวคำวินิจฉัยสองแนวทางที่แตกต่างกันนั้น จึงควรมีหลักเกณฑ์เพื่อให้ศาลปกครองนำมาพิจารณาประกอบใช้ดุลพินิจอ้างเหตุเพิกถอนนิตกรรมทางปกครอง

6.1.6 ปัญหาความเป็นไปได้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

จากการศึกษาพบว่าตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 กำหนดให้การแก้ไขเยียวยาในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการจะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณา วินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์ที่จะให้ดำเนินกระบวนการแก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ภายหลังจากมีการฟ้องคดีสู่ศาล ย่อมไม่เป็นไปตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในเหตุดังกล่าว และฝ่ายปกครองก็ต้องกลับไปดำเนินกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ตั้งแต่การเริ่มต้นกระบวนการ โดยไม่สามารถใช้วิธีแก้ไขเยียวยาในบางกรณีตามมาตรา 41 ได้ ซึ่งจะทำให้การดำเนินงานในฝ่ายปกครองล่าช้าไปกว่าเดิมและยังมีแนวโน้มที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองในเนื้อหาแบบเดิม เพียงแต่แก้ไขขั้นตอนให้ถูกต้องเท่านั้น และผู้ฟ้องคดีอาจต้องนำคดีกลับมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองอีกโดยยกเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของเนื้อหา การที่ไม่มีกฎหมายเปิดช่องให้แก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ในชั้นศาลได้นั้นจึงเป็นผลเสียต่อทั้งการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและผลกระทบต่อประชาชนที่ยังต้องได้รับคำสั่งที่มีเนื้อหาในแบบเดิมเพียงกลับไปแก้ไขเยียวยาในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการให้ถูกต้องเท่านั้น จึงเป็นข้อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการแก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในชั้นศาลปกครอง

6.2 ข้อเสนอแนะ

6.2.1 แนวทางแก้ไขปัญหาการแยกแยะความแตกต่างระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดยปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 9 ที่ขาดความชัดเจนและไม่กำหนดลำดับการเลือกเหตุเพิกถอนที่ส่งผลให้มีการปรับใช้หรือเลือกเหตุที่ไม่เหมาะสม ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีบทบัญญัติที่มีความชัดเจนในการแยกแยะความแตกต่างของเหตุเพิกถอนทั้งสองประการ เพื่อให้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองมีการอ้างเหตุเพิกถอนระหว่างการออกกฎหรือคำสั่งโดยปราศจากอำนาจกับการออกกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ถูกต้องเหมาะสม ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พ.ศ. 2542 หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 โดยเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เรื่องความแตกต่างระหว่างเหตุปราศจากอำนาจและเหตุผิดปกติแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ กล่าวคือ เหตุปราศจากอำนาจ หมายถึง เป็นข้อบกพร่องอันเกิดจากการใช้อำนาจของผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้ในทันที ไม่ว่าจะ เป็นเหตุอันเกิดจากตัวเจ้าหน้าที่ เขตพื้นที่หรือเวลา ส่วนเหตุผิดปกติแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ บกพร่องในดำเนินการบางอย่างก่อนออกกฎหรือคำสั่ง หรือเป็นการบกพร่องในระหว่างการจัดทำ กฎหรือคำสั่ง ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องปราศจากอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจในพิจารณาเพิกถอนโดยอ้างเหตุปราศจากอำนาจก่อนเป็นลำดับแรก โดย ไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องผิดปกติแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอีก

6.2.2 แนวทางแก้ไขกรณีผู้ฟ้องคดีอ้างเหตุบกพร่องโดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งเกิดขึ้น ในขั้นตอนเตรียมการ

จากการศึกษากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสพบว่า กรณีการใช้อำนาจขององค์กรตาม รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เช่น การใช้อำนาจของคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจ ดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาได้ ซึ่งเป็นตามหลักที่ว่า การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้ ดังนั้น ข้อบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในกรณีการได้ส่วนเพื่อข้อมูลความผิดทางวินัย อันเกิดจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การป้องกันและปราบปรามการทุจริตประกอบ พ.ศ. 2542 เมื่อพิจารณาตามกฎหมายฝรั่งเศส องค์กรที่ใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าศาลปกครอง ยังไม่มีฐานที่มาของกฎหมายในการให้อำนาจพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดย อ้างเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการเนื่องจากข้อบกพร่องในการสอบสวนข้อมูล ความผิดทางวินัยที่กระทำโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช.

ดังนั้น จึงควรแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในเรื่องอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้มีความชัดเจน โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 250 ว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ได้ส่วนและวินิจฉัยในการชี้มูลความผิดทางวินัยกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการพร้อมทั้งส่ง ความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นเพื่อพิจารณาโทษ ทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยหน่วยงานต้นสังกัดไม่ต้องแต่งตั้ง คณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก

6.2.3 แนวทางแก้ไขกรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันจะอ้างเป็นเหตุเพิกถอนนั้นต้องกำหนดขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือฝ่ายปกครองสามารถกำหนดขึ้นมาได้เองโดยระเบียบภายในหรือขั้นตอนภายใน

ผู้เขียนเห็นว่าในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการออกนิติกรรมทางปกครองศาลจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายอันเป็นที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครองในการดำเนินการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น เมื่อศาลปกครองจะอ้างเหตุผลพ้องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในการออกนิติกรรมทางปกครอง จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายอันเป็นที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายปกครอง โดยแยกได้เป็น 3 กรณีดังนี้

กรณีที่หนึ่งกรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นมีกฎหมายแม่บทบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ศาลจะนำมาพิจารณาเพิกถอนได้ต่อเมื่อได้มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจในการออกกฎอย่างชัดเจนซึ่งเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือกฎหมายอันเป็นที่มาแห่งอำนาจของการกระทำทางปกครองที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้แก่ พระราชบัญญัติ และกฎหมายที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ โดยปกติกฎหมายในลำดับนี้จะกำหนดหลักการสำคัญ ส่วนรายละเอียดอื่นๆจะระบุว่าให้ดำเนินออกเป็นกฎกระทรวงหรือกฎหมายลำดับรองอื่นๆรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะนี้มีลักษณะเป็นสาระสำคัญที่ศาลจะต้องนำมาพิจารณาประกอบหลักเกณฑ์การพิจารณาประการอื่นต่อไป

กรณีที่สอง กรณีรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ เป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการตามกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป สำหรับกรณีกฎหมายจารีตประเพณี ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวเกิดขึ้นจากการประพฤติปฏิบัติของฝ่ายปกครอง โดยลักษณะของกฎหมายปกครองนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายเทคนิคที่มีได้เกี่ยวข้องกับความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของประชาชนในสังคม จึงยากต่อการเข้าถึงหรือรับรู้ได้ของประชาชนที่มีได้เป็นผู้ปฏิบัติงานในฝ่ายปกครอง และการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็ส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน เมื่อเป็นการยากที่ประชาชนจะเข้าถึงหรือรับรู้ถึงประเพณีปฏิบัติของฝ่ายปกครอง จึงไม่ควรนำรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการตามกฎหมายจารีตประเพณี มาอ้างเป็นเหตุเพิกถอน

กรณีหลักกฎหมายทั่วไป ที่พิจารณาและค้นหาได้จากหลักการที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ผู้เขียนเห็นว่า รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการตามหลักกฎหมายทั่วไป เป็นหลักกฎหมายที่สามารถพิจารณาและค้นหาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้และยังอยู่ภายใต้เหตุผลที่ประชาชนสามารถรับรู้และเข้าใจได้พอสมควร แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมายไม่

ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร โดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่จะนำมาอ้างเป็นเหตุเพิกถอนนั้นควรต้องมีความชัดเจนโดยการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นเป็นที่รับรู้และรับทราบจากฝ่ายเอกชนด้วย จึงไม่อาจอ้างเหตุเพิกถอนด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ หากแต่ศาลควรนำหลักกฎหมายทั่วไปพิจารณาเพื่ออ้างเหตุเพิกถอนในส่วนองค์ประกอบภายในต่อไป

กรณีที่สามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในลักษณะหนังสือเวียน หรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองเองนั้น ตามแนวคำวินิจฉัยและความเห็นของนักวิชาการในประเทศฝรั่งเศส เห็นว่า แม้หนังสือเวียนเป็นเพียงมาตรการภายในหรือการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง หนังสือเวียนจึงมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือกระทบสิทธิของประชาชน หนังสือเวียนมิใช่ที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่หนังสือเวียนก่อให้เกิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาที่จะต้องปฏิบัติตามและตามระบบกฎหมายไทยเห็นว่าโดยปกติหนังสือเวียนไม่ใช่กฎหมาย เว้นแต่ในหนังสือเวียนมีเนื้อหาซึ่งเข้าหลักเกณฑ์ตามคำนิยามของกฎหมาย กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยหนังสือเวียนที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ามีลักษณะเป็นกฎที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ โดยหลักแล้วเมื่อกฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้แล้วไม่ได้รับการปฏิบัติตามก็จะถือว่านิติกรรมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุที่เป็นการกระทำที่ผิดขั้นตอน และเป็นกรณีที่ไม้อาจกลับทำให้ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะการทำให้ถูกขั้นตอนในภายหลังนั้น ไม่มีความหมายแต่อย่างใด หรือเป็นการไร้ประโยชน์ แต่การที่ฝ่ายปกครองดำเนินการตามหนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัตินั้นๆ แม้ไม่ใช่กฎหมาย แต่ฝ่ายปกครองผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดขึ้นซึ่งเป็นไปตามหลักคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้นและรวมไปถึงเอกสารแนวปฏิบัติภายในหน่วยงาน ศาลจึงมีหน้าที่ต้องเข้าไปตรวจสอบรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองนั้นกำหนดขึ้นด้วยโดยรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นควรจะต้องถูกกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรส่วนรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่มีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรผู้เขียนเห็นว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในลักษณะนี้ ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะเกิดผลกระทบต่อเอกชนหรือเกิดผลผูกพันต่อฝ่ายปกครอง จึงมิใช่รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ หากมีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรศาลยังคงต้องพิจารณาก่อนว่าหนังสือเวียนหรือแนวปฏิบัตินั้นๆ สอดคล้องกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองนั้นหรือไม่ถ้ามีความสอดคล้องไม่ขัดกับกฎหมายแม่บท ศาลสามารถนำมาพิจารณาหาเหตุยกพร่องเพื่อเพิกถอนในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการโดยต้องนำ

หลักเกณฑ์การพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญประการอื่นประกอบด้วย แต่หากแนวปฏิบัติหรือหนังสือเวียนนั้นขัดต่อกฎหมายแม่บทศาลย่อมไม่มีผลบังคับใช้ และต้องพิจารณาหาเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุประการอื่นต่อไป

ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 โดยกำหนดว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่จะมาเป็นเหตุในการพิจารณาได้นั้นต้องเป็นรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นในกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระดับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจในการกำหนดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ รวมถึงรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดในลักษณะหนังสือเวียน หรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองเองที่เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นต้องเป็นที่รับรู้รับทราบของประชาชน

6.2.4 แนวทางแก้ไขกรณีการจำแนกว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการใดเป็นสาระสำคัญหรือไม่เป็นสาระสำคัญ

ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้มีกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ชัดเจน ซึ่งในการศาลจะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเพื่อวินิจฉัยอย่างเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ มิอาจอ้างการตรวจสอบว่ารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นจะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่เพียงประการเดียว หากจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ประการอื่นในการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่ศาลสามารถเพิกถอนได้ประกอบด้วย ดังปรากฏให้เห็นตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และเมื่อพิจารณาประกอบกับเกณฑ์การพิจารณาที่ปรากฏในกฎหมายฝรั่งเศส พบว่า ในกฎหมายฝรั่งเศสเอง ก็ได้พิจารณาแต่เพียงว่า รูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นบัญญัติในกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว ยังมีหลักเกณฑ์ประการอื่นประกอบการพิจารณาด้วยหลายประการประการแรก เกณฑ์ว่าด้วยความสำคัญอย่างยิ่งของรูปแบบ ศาลจะถือว่า การไม่ทำตามแบบนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่ได้รับรองไว้หรือไม่ ถ้าไม่กระทบศาลจะไม่เพิกถอนหรือกรณีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าถึงไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบแล้ว การกระทำนั้นเป็นอันใช้ได้ และรูปแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญนั้น หากฝ่ายปกครองไม่ได้ปฏิบัติแล้วจะไม่เกิดผลต่อความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครองถ้ากฎหมายกำหนดแบบไว้หรือกำหนดขั้นตอนกระบวนการไว้ ฝ่ายปกครองก็ต้องเคารพ ถ้าไม่เคารพ โดยหลักศาลจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น เว้นแต่ แบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นไม่สำคัญ ไม่กระทบถึงการ

ตัดสินใจในเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองหรือฝ่ายปกครองมิได้มีเจตนาในการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณี ย่อมไม่จำเป็นต้องเพิกถอนประการที่สอง วัตถุประสงค์ของรูปแบบถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อให้หลักประกันอันเป็นประโยชน์ต่อประชาชน ประชาชนย่อมกล่าวอ้างการผิดรูปแบบนี้ได้ แต่ประชาชนย่อมไม่อาจยกกล่าวอ้างรูปแบบที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองเองแต่อย่างใด ประการที่สาม ผลอันอาจเกิดขึ้นได้จากรูปแบบ กล่าวคือ ต้องดูว่าหากรูปแบบขั้นตอนนั้นอาจมีผลเปลี่ยนแปลงแนวคำตัดสินของฝ่ายปกครอง การไม่ทำตามรูปแบบนั้นก็ถือว่าเป็นการทำผิดรูปแบบขั้นตอนประการที่สี่ ดูพฤติการณ์แห่งข้อเท็จจริงที่ประกอบหรือที่เกิดขึ้นภายหลังจากการก่อนิติกรรมทางปกครองนั้นๆ การทำผิดรูปแบบขั้นตอนอาจไม่มีผลใดในบางสถานการณ์ กล่าวคือ กรณีฉุกเฉินเร่งด่วนซึ่งต้องเป็นสถานการณ์พิเศษที่ทำให้การกระทำตามแบบพิธีเป็นไปได้ยาก หรืออาจเป็นกรณีที่ไม่อาจทำตามแบบพิธีได้นั้น เนื่องจากการกระทำของประชาชนเอง เช่น กรณีที่ประชาชนละเว้นไม่ระบุที่อยู่ ทำให้ฝ่ายปกครองส่งจดหมายแจ้งเหตุไปไม่ได้ ท้ายที่สุดการทำแบบพิธีนั้นอาจทำให้สมบูรณ์ภายหลังได้ในบางสถานการณ์ ในส่วนนี้ต่างจากกรณีที่การกระทำทางปกครองทำไปโดยไม่อำนาจ

ส่วนในประเทศอังกฤษนั้น ได้แบ่งการพิจารณาตรวจสอบเพื่อหาเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยมีการแบ่งขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามมี 2 ลักษณะ ลักษณะแรก ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ(mandatory procedural requirements) และลักษณะที่สอง ขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นเพียงแนวปฏิบัติ (directory procedural requirements) เกณฑ์ที่ศาลใช้พิจารณาว่ากระบวนการใดถือเป็นกระบวนการขั้นตอนที่สำคัญคือ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้นแล้ว จะส่งผลกระทบต่อสิทธิของเอกชน กระบวนการขั้นตอนนั้นย่อมถือเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ และขั้นตอนหรือวิธีการที่มีลักษณะเป็นการสนับสนุนให้เอกชนบังคับการตามสิทธิที่ตนมีได้ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นก็ถือเป็นสาระสำคัญเช่นกัน

จากการศึกษาหลักกฎหมายในต่างประเทศ เห็นได้ว่าการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญนั้นได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ประการอื่นนอกเหนือจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ รวมถึงการพิจารณากระทบที่จะเกิดขึ้นต่อเอกชนด้วย

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายต่างประเทศ ประกอบแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทย ทำให้สามารถจำแนกการพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ ได้หลายหลักเกณฑ์ ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวทางแก้ไขปัญหาก็เพื่อให้การพิจารณาถึงความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการเป็นไปในบรรทัดฐานเดียวกัน และมีความชัดเจนจึงควรมีการ

เพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 โดยกำหนด หลักเกณฑ์พิจารณาความเป็นสาระสำคัญของรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการดังนี้

หลักเกณฑ์ประการแรก หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อคู่กรณีที่เป็นฝ่ายปกครอง กล่าวคือ หากไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น จะส่งผลต่อการตัดสินใจออกกฎหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่จะทำให้เกิดผลในการออกกฎหรือคำสั่งที่เปลี่ยนแปลงไป

หลักเกณฑ์ประการที่สอง หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อคู่กรณีที่เป็นเอกชน กล่าวคือ หากไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นจะส่งผลกระทบต่อคู่กรณีอันเป็นการเกิดผลร้ายแก่คู่กรณีนั้นจนยากที่จะแก้ไขเยียวยา

หลักเกณฑ์ประการที่สาม หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องผลกระทบต่อบุคคลภายนอกคดีหรือประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือ หากไม่ได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้นจะส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกคดีหรือประโยชน์สาธารณะที่อาจมีส่วนเกี่ยวข้องแม้จะมีได้เข้ามาในคดี

6.2.5 แนวทางการแก้ปัญหากรณีศาลจะหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นวินิจฉัยเอง

การหยิบยกเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ จากการศึกษาพบว่าในบางกรณีคู่กรณีได้มีความประสงค์ที่จะให้มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในเหตุดังกล่าว หากแต่มีความประสงค์ให้ศาลวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี การเพิกถอนในรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ จึงส่งผลให้ฝ่ายปกครองกลับไปแก้ไขเฉพาะเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ โดยยังคงเนื้อหาของคำสั่งเช่นเดิมซึ่งมิใช่การเยียวยาผู้เสียหายหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากนิติกรรมทางปกครองนั้นอย่างแท้จริง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์กรณีหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการขึ้นวินิจฉัยเอง เพิ่มเติมในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เพื่อให้มีการหยิบยกเหตุเพิกถอนอย่างเหมาะสม ดังนี้

หลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องการหยิบยกเหตุเพิกถอนกฎหรือคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการของศาล

กรณีมีผลกระทบเฉพาะคู่กรณี เช่น ผู้ฟ้องคดีมิได้โต้แย้งในเรื่องรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการในคดีวินัยซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งโดยตรง หรือคดีความรับทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น กรณีนี้มีข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยการไม่

ยกขึ้นต่อสู้ในประเด็นเหตุบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการนั้น ย่อมเป็นการที่คู่กรณีมิได้ประสงค์ให้ศาลเพิกถอนในเหตุบกพร่องนั้นแล้ว แต่มีความประสงค์ให้ศาลปกครองวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีหรือพิจารณาเหตุเพิกถอนทางปกครองในส่วนขององค์ประกอบภายในต่อไป

กรณีที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะผู้มีส่วนได้เสียรายอื่นที่มีได้เข้ามาในคดี เช่น การออกกฎโดยมิได้ทำประชาพิจารณ์ กรณีเช่นนี้ศาลยังมีความจำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ กรณีดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากกระทบผลประโยชน์สาธารณะการจำกัดการพิจารณาเฉพาะความประสงค์ของคู่ความย่อมมีโอกาสเกิดผลกระทบต่อประชาชนที่มีได้เข้ามาต่อสู้ในคดี

กรณีขั้นตอนการพิจารณาหรือ หากมีกฎหมายบังคับให้ต้องพิจารณาหรือการที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการนั้นย่อมเป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และกรณีที่กฎหมายบังคับให้มีการพิจารณาหรือยอมเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ แม้คู่กรณีไม่กล่าวอ้างมาในคดี ศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นพิจารณาในฐานะกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

6.1.6 แนวทางแก้ไขปัญหาคำความเป็นไปได้ในการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ

จากการศึกษาพบว่าตามกฎหมายไทยไม่อาจดำเนินการเยียวยาข้อบกพร่องในเรื่องรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการในระหว่างพิจารณาคดีของศาลได้

เมื่อได้ศึกษาหลักกฎหมายในประเทศเยอรมนีนั้นพบว่าตามมาตรา 45 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง การเยียวยาความผิดพลาดในทางวิธีพิจารณาบางอย่างอาจจะมีการเยียวยาแก้ไขได้โดยปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรานี้ การเยียวยาดังกล่าวจะเป็นการแก้ไขความผิดพลาดในทางพิจารณาให้หมดไป โดยถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นกลับกลายเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยานั้น จะต้องกระทำก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องคดี แต่ในปัจจุบันการเยียวยาความบกพร่องในการรับฟังคู่กรณีสามารถกระทำได้จนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริง(Tatsacheninstanz) ตามมาตรา 45 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ทั้งนี้หากกระบวนการพิจารณาอยู่ในชั้นศาลแล้ว ศาลจะเป็นผู้มีดุลพินิจว่าจะอนุญาตให้หน่วยงานเยียวยาความบกพร่องผู้เขียนจึงเห็นควรให้แก้ไขบทบัญญัติใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 วรรคสาม ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีจากเดิมบัญญัติว่า “กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 7 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีไม่ต้องการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้อง

ก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น”

แก้ไขเป็น “กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลปกครองชั้นต้นหรือก่อนวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลปกครองสูงสุดในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ข้อพิพาทนั้นอยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้ การดำเนินการตาม (2) (3) และ (4) ให้อยู่ในดุลพินิจของตุลาการเจ้าของสำนวนและความยินยอมของกลุ่มกรณี

จากเดิมที่ฝ่ายปกครองไม่อาจดำเนินการเยียวยาข้อบกพร่องนั้นในระหว่างพิจารณาคดีของศาลได้ หรือเมื่อดำเนินการแก้ไขเยียวยาภายนอกศาลแล้วก็มีอาจทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย อำนาจของศาลปกครองไทยจึงยังจำกัดให้ต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวย่อมจะทำให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการแก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการระหว่างพิจารณาคดีได้ จะส่งผลในการลดปัญหาการนำคดีที่ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุผิดรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการแล้ว มาฟ้องคดีใหม่อีกครั้ง เพราะแม้ฝ่ายปกครองกลับไปดำเนินการให้ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการ แต่ยังคงเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองในเนื้อหาแบบเดิมในท้ายที่สุดจึงต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองอีกเช่นเดิมรวมทั้งลดปัญหาการนำคดีไปดำเนินการออกคำสั่งใหม่แต่ส่งผลกระทบในเรื่องอื่นๆ เช่น พ้นระยะเวลาการใช้สิทธิเรียกร้องในกรณีของคดีละเมิดเป็นต้น อย่างไรก็ตาม การให้อำนาจฝ่ายปกครองในการดำเนินการแก้ไขเยียวยารูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการระหว่างพิจารณาคดีได้ ให้เป็นดุลพินิจของศาลและจะต้องอยู่ภายใต้ความยินยอมของกลุ่มกรณีด้วย