



รายงานสรุปผลการสัมมนา เพื่อพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง

ในหัวข้อ "แนวทางการพัฒนากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง"

ในวันพฤหัสบดี ที่ ๒๑ มีนาคม ๒๕๖๒

ณ โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพฯ

กองกฎหมายปกครอง
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

“กรอบแนวคิดและข้อเสนอเบื้องต้นในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”
โดยศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์

๑. องค์ความรู้และสภาพปัญหาของการบังคับใช้

กรอบแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง แบ่งเป็น ๒ ลักษณะ

ลักษณะที่ ๑ การกระทำที่เป็นลักษณะของคำสั่งทางปกครอง ในชั้นการยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง คณะกรรมการยกร่างได้นำวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมนีมาใช้เป็นแนวทาง เนื่องจากเห็นว่าเป็นกฎหมายที่มีความสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ในชั้นยกร่างต้องยอมรับว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งขาดองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองในการยกร่างกฎหมายจึงใช้แนวทางของต่างประเทศเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากการตรากฎหมายของประเทศเยอรมนีที่มีการพัฒนาองค์ความรู้จากการตกลึกแล้วจึงนำมาสร้างเป็นหลักเกณฑ์จึงไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ อย่างแรกต้องเข้าใจที่มาของคำสั่งทางปกครองก่อนว่าคืออะไร แตกต่างจากเรื่องนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งในเรื่องละเมิดอย่างไร ที่ผ่านมายังมีความสับสนในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งปัจจุบันเจ้าหน้าที่ของรัฐส่วนใหญ่คิดว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง อันแสดงให้เห็นถึงลักษณะของการขาดองค์ความรู้ ซึ่งแตกต่างจากต่างประเทศที่จะมีการพัฒนาหลักกฎหมายที่ชัดเจนก่อนนำไปบัญญัติเป็นกฎหมาย สำหรับหลักกฎหมายปกครองพัฒนามาจากเหตุของการกระทำขององค์กรที่มีอำนาจรัฐ ประชาชนไม่สามารถโต้แย้งคัดค้านได้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งจึงมีความพยายามในการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว หลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครอง มีหลักนิติรัฐ มีระบบการตรวจสอบการกระทำของรัฐที่สามารถตรวจสอบได้ จึงเกิดกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อันเป็นที่มาและหัวใจของกฎหมายปกครอง

ลักษณะที่ ๒ การกระทำของรัฐที่มีลักษณะของการให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน การกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง รัฐธรรมนูญไม่ได้บังคับให้เป็นหน้าที่ของรัฐแต่ถ้ามีกฎหมายกำหนดในเรื่องนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตาม เช่น ให้ความช่วยเหลือประชาชนในกรณีได้รับผลกระทบจากภัยพิบัติต่าง ๆ การกระทำเหล่านั้นจะเห็นได้ว่าเป็นการให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน ซึ่งประชาชนอาจได้รับสิทธิไม่เท่าเทียมกัน จึงยังมีปัญหาว่าประชาชนที่ไม่ได้รับประโยชน์มีสิทธิโต้แย้งหรืออุทธรณ์ได้ เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ได้หรือไม่ ที่ผ่านมามีการพิจารณาว่าจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้เห็นว่าควรมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์รับรองการดำเนินการให้ชัดเจนว่าจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หรือถือเป็นเพียงปฏิบัติการทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม โดยหลักการกระทำของรัฐทั้งหลายเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐ ดังนั้น ประชาชนที่ได้รับผลกระทบควรจะสามารถตรวจสอบการทำงานของเจ้าหน้าที่ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และกรณีที่มีการกระทบสิทธิของบุคคลพอสมควรจะต้องให้ดำเนินการตรวจสอบการตรวจสอบได้ เช่น การอุทธรณ์ การฟ้องศาล

๒. องค์ความรู้ของกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้อง

๒.๑ สถานะองค์กรในการบังคับใช้กฎหมาย การใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนมีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน เช่น เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจรัฐในการเรียกเก็บภาษีอากร หรือการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม รัฐหรือเจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจเหนือเอกชนเฉพาะที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ แต่ในนิติสัมพันธ์

ทางแพ่ง แต่กรณีที่หน่วยงานของรัฐเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายในมูลสัญญาถือเป็นนิติกรรม หน่วยงานของรัฐจึงเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายแพ่ง กรณีดังกล่าวต้องใช้หลักกฎหมายแพ่งทั่วไปมาใช้บังคับ

๒.๒ ลักษณะของกฎหมายปกครอง กฎหมายปกครองจะกำหนดเกี่ยวกับรูปแบบของการกระทำทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง ในการกระทำของฝ่ายปกครอง จำต้องพิจารณาว่าการกระทำใดเข้าลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง ผลของการออกคำสั่งนั้นเป็นอย่างไร มีผลบังคับหรือไม่ อย่างไร เช่น กรณีที่ประชาชนถูกเรียกเก็บภาษีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าไม่อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นก็ถึงที่สุดและต้องจ่ายภาษี แต่หากเห็นว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องอุทธรณ์คำสั่งว่าการเรียกเก็บไม่ถูกต้อง ซึ่งตามองค์ความรู้ในเรื่องทฤษฎีทั่วไป คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องเพิกถอนเสมอไป เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองใช้ระบบการเยียวยา

๒.๓ วิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ เป็นกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องตรวจสอบคุณสมบัติ ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจกระทำการ เช่น กรณีที่ขอใบอนุญาต หรือได้รับการรับรอง กระบวนการยื่นคำร้องขอใบอนุญาต มีขั้นตอนของกระบวนการก่อนออกคำสั่งทางปกครอง การตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองซึ่งก็คือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่มีผลให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม หรือต้องใช้มาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งนั้น กรณีนี้กฎหมายของประเทศเยอรมนีมีการบัญญัติกระบวนการไว้โดยเฉพาะแยกจากกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

๒.๔ ในด้านเนื้อหา เจ้าหน้าที่ที่จะต้องมาบังคับใช้กฎหมายหรือใช้อำนาจที่จะไปกระทบสิทธิประชาชนจะต้องเข้าใจในเนื้อหาของกฎหมายปกครอง

ดังนั้น เจ้าหน้าที่จึงต้องใช้องค์ความรู้ ทั้ง ๔ ประการ ประกอบกัน และหากจะต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อระงับข้อพิพาทมีข้อสังเกตว่าพัฒนาการในเรื่องคดีปกครองของประเทศไทยยังขาดองค์ความรู้เกี่ยวกับองค์กรและทฤษฎีในเรื่องวิธีพิจารณาคดี

สรุป กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นภาพเชิงซ้อนของกระบวนการในการทำคำสั่งทางปกครอง โดยมีเนื้อหาในส่วนที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติซ้อนกับวิธีบัญญัติ และภาคบังคับที่ให้ให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง แต่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มีแต่เนื้อหาในส่วนที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติและการบังคับทางปกครองอีกบางส่วน จึงควรมีการพัฒนากฎหมายในส่วนวิธีบัญญัติและการบังคับทางปกครองให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นตามแนวทางของกฎหมายเยอรมัน และในส่วนเนื้อหาที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติก็มีความจำเป็นที่จะต้องมีการพัฒนาให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหานี้ทางปฏิบัติ ดังนี้

๑. เรื่องสัญญาทางปกครอง ในอดีตการกระทำของรัฐในรูปแบบการทำสัญญาจะถือว่าเป็นสัญญาทางแพ่งทั้งหมด ถ้าเกิดข้อพิพาทขึ้นจะต้องไปดำเนินคดีต่อศาลยุติธรรม ซึ่งการกระทำของรัฐเป็นการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น จึงควรมีบทบัญญัติในเรื่องสัญญาทางปกครองที่ชัดเจนและเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นจะต้องดำเนินคดีที่ศาลปกครองไม่ใช่ศาลยุติธรรม ซึ่งจะต้องแยกออกจากกันให้ชัดเจน

๒. การกำหนดเงื่อนไขในการออกคำสั่งทางปกครอง ควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเจ้าหน้าที่มีอำนาจกำหนดเงื่อนไขได้เพียงใดรวมทั้งการกำหนดเงื่อนไข เงื่อนไข หรือการเอาคำสั่งมาแก้ไขใหม่ จำเป็นต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งเดิมหรือไม่

๓. การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง ในส่วนสารบัญญัติยังมีปัญหา รวมทั้งทฤษฎีที่กฎหมายไม่ได้เขียนเอาไว้ เช่น เจ้าหน้าที่ได้ใช้ความรู้ความสามารถเพียงพอแล้ว ผู้เสียหายนำไปฟ้องศาลปกครอง ศาลปกครองอาจจะเห็นต่างจากคำสั่งของเจ้าหน้าที่ คำสั่งที่ออกไปนั้นศาลมีอำนาจจะเพิกถอนได้หรือไม่ ควรต้องบัญญัติเรื่องการตรวจสอบดุลพินิจให้ชัดเจนว่ามีได้แค่ไหนเพียงใด โดยหลักแล้วศาลปกครองไม่สามารถก้าวล่วงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ เช่น กรณีที่เป็นความผิดทางวินัยของข้าราชการ ศาลปกครองไม่สามารถเปลี่ยนคำสั่งจากไล่ออกเป็นปลดออกได้ เนื่องจากการใช้ดุลพินิจเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่

๔. เรื่องโมฆะกรรม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ไม่ได้เขียนเรื่องโมฆะกรรมไว้ ที่ผ่านมามีการนำทฤษฎีมาอุดช่องว่าง โดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม โดยหลักแล้วจะต้องให้บุคคลที่สามรับทราบคำสั่งของเจ้าหน้าที่ ถ้าไม่ให้บุคคลที่สามรับทราบจะก่อให้เกิดความวุ่นวาย เช่น คำสั่งทางปกครองที่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ถ้าช่างบ้านนาย ก. ไม่ได้รับทราบถึงการก่อสร้าง อาจจะทำให้เกิดความเสียหาย ต้องฟ้องละเมิดอีก คำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สามอาจจะเป็นคนเดียวหรือหลายคนต้องมีเกณฑ์การรับฟังความคิดเห็นบุคคลที่สามหรือมากกว่านั้นเพื่อยุติปัญหา ถ้าเกิดผลกระทบร้ายแรงมากอาจจะก่อให้เกิดเป็นโมฆะกรรม ถ้าเป็นการกระทบสิทธิเล็กน้อยอาจยังไม่ถึงเป็นโมฆะกรรม จึงควรมีการเพิ่มบทบัญญัติในเรื่องโมฆะกรรมให้ชัดเจนโดยเฉพาะสิ่งที่ยังขาดคือการพิสูจน์โมฆะกรรมว่าคำสั่งนั้นเป็นโมฆะหรือมีกรณีสงสัยว่าคำสั่งนั้นเป็นโมฆะหรือไม่ โดยกำหนดในเรื่องภาระในการพิสูจน์ว่าคำสั่งนั้นเป็นโมฆะหรือไม่

๕. การมอบให้องค์กรเอกชนมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากคำสั่งทางปกครองมีสองประเภท ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ก่อสิทธิให้แก่ประชาชน เช่น การอนุญาต อนุมัติ เป็นการให้สิทธิประโยชน์จะต้องใช้หลักความสมควรแก่เหตุ หลักความเสมอภาค การไม่เลือกปฏิบัติ ส่วนการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิ เช่น การออกคำสั่งให้ข้าราชการหรือค่าธรรมเนียม หรือรื้อถอนอาคาร ส่วนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการรับรองสิทธิกรณีการออกหนังสือรับรองต่าง ๆ เช่น รับรองนิติบุคคล รับรองปริญญาบัตร กรณีนี้เจ้าหน้าที่ที่ออกหนังสือไม่จำเป็นต้องเป็นข้าราชการโดยอาจเป็นองค์กรเอกชนได้ในอนาคตควรพัฒนาการจดทะเบียน เช่น จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ให้เอกชนทำหน้าที่เป็นสักขีพยานจดทะเบียนสิทธินิติกรรมได้ การที่ให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการทำให้ประหยัดงบประมาณไปได้มาก

๖. มาตรการบังคับทางปกครอง เมื่อมีการออกคำสั่งไปแล้วและนำไปสู่การบังคับ เช่น บังคับให้รื้อถอนอาคาร หรือใช้มาตรการบังคับให้ปฏิบัติตามคำสั่ง เรียกว่า “ปรับรายวัน” ให้ปฏิบัติตามคำสั่งรายวัน อาจเข้าใจผิดคิดว่าเป็นการปรับทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่มีปรับทางปกครอง แต่เป็นมาตรการปรับรายวันเพื่อบังคับให้ผู้ที่อยู่ภายใต้คำสั่งได้ปฏิบัติตามคำสั่ง ถ้าผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับทางปกครองไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่ต้องเข้าไปดำเนินการปฏิบัติ ที่กล่าวมาคือคำสั่งทางปกครองในนิติสัมพันธ์แรก คำสั่งทางปกครองในนิติสัมพันธ์ต่อไปคือ คำสั่งทางปกครองในกรณีที่เป็นการวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งคำสั่งดังกล่าวจะมาแทนคำสั่งทางปกครองที่เป็นนิติสัมพันธ์แรกซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองด้วยชั้นพิจารณาอุทธรณ์สัมพันธ์กับการรับฟังความคิดเห็นของคู่กรณี ความเป็นกลางในนิติสัมพันธ์ อาจจะขยายความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับหน่วยงานของรัฐ การเยียวยาภายในฝ่ายปกครอง บางการกระทำเป็นเพียงปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับเงินเดือน การแต่งตั้งโยกย้าย ที่ผ่านมามีคำสั่งทางปกครองและใช้สิทธิอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงควรแยกให้ชัดว่าเรื่องใดที่เป็นเรื่องร้องทุกข์ซึ่งมีกระบวนการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ไม่ใช่เรื่องอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อไม่ให้ทับซ้อนกัน เช่น กรณีที่ข้าราชการระดับสูงถูกโยกย้ายแล้วคิดว่าเป็นการกระทบสิทธิจากคำสั่งนั้น กรณีนี้ควรใช้วิธีร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วย

ระเบียบข้าราชการพลเรือนไม่ใช่ใช้สิทธิในการอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงเป็นปัญหาของการไม่ได้แบ่งคำสั่งทางปกครอง ให้ชัดเจน

“ปัญหาการบังคับใช้และแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”
โดยศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์

๑. แนวทางในการปรับปรุงกฎหมายในภาพรวม

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แม้ชื่อจะเป็นพระราชบัญญัติ แต่กฎหมายฉบับนี้มีความแตกต่างกับพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่เรารู้จัก เนื่องจากพระราชบัญญัติอื่น ก็กำหนดกระบวนการขั้นตอนในการสั่งการที่เป็นคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องของหน่วยงานนั้น ๆ แต่ละหน่วยงาน เช่น พรบ.ยา พรบ.อาหาร ก็กำหนดการออกคำสั่งอนุญาตให้จำหน่ายยา อนุญาตให้นำอาหารเข้ามาภายในราชอาณาจักร กฎหมายเหล่านี้ล้วนก่อตั้งอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ในการสั่งการที่เป็นคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น แต่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นความพยายามทำให้เรื่องของคำสั่งทางปกครองนั้นมีลักษณะเป็นเรื่องทั่วไปและกำหนดวิธีพิจารณาเอาไว้ที่มีลักษณะเป็นหลักทั่วไป พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงเป็นก้าวหนึ่งที่จะนำไปสู่การทำประมวลกฎหมายปกครองในอนาคต เพราะว่าเนื้อหาที่เป็นหลักกฎหมายปกครองจำนวนไม่น้อยได้ถูกแปรสภาพมาเป็นบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว แต่แม้กระนั้นเราก็กังอยู่ห่างประมวลกฎหมายปกครองอีกมาก เพราะกฎหมายปกครองมีลักษณะหลากหลาย มีความเกี่ยวพันกับงานในหลายรูปแบบ ฉะนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ คงยังต้องใช้ต่อไปอีกนานกว่าจะก้าวไปถึงการทำประมวลกฎหมายปกครอง ทุกวันนี้ยังไม่มีประเทศไหนที่ทำได้อย่างเป็นระบบเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ในแง่ของชื่อของกฎหมาย อาจารย์กมลชัยได้พูดไปแล้วว่าเดิมที่ตั้งใจจะใช้ชื่อว่า พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องในทางปกครอง ชื่อเดิมเป็นชื่อที่ตรงกับลักษณะของการทำงานของเจ้าหน้าที่มากกว่าเพราะเป็นการวางขั้นตอนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ในชั้นของการสั่งการเพื่อเป็นการทำคำสั่งทางปกครอง เมื่อเปลี่ยนชื่อเป็นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ส่วนหนึ่งคนก็อาจเข้าใจผิด ซึ่งอาจจะกว้างจึงเข้าใจว่าเป็นเรื่องการทำงานทั่วไปในทางปกครองในทุก ๆ เรื่อง ความเข้าใจผิดอาจจะเพิ่มขึ้นอีกถ้าเราไปอ่านในนิยามความหมายคำว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ซึ่งปัจจุบันมาตรา ๕ บัญญัติไว้ หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งที่ความจริงในกฎหมายฉบับนี้เป็นเรื่องการเตรียมการและการดำเนินการเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่มีเรื่องขั้นตอนหรือกระบวนการในการออกกฎแต่อย่างใดในกฎหมายฉบับนี้เลย ซึ่งอาจเป็นข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้ความหมายของกฎหมายฉบับนี้ สันนิษฐานได้ว่าที่มีการเขียนคำสั่งทางปกครองหรือกฎ น่าจะมีอิทธิพลมาจากกฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องของนิติกรรมทางปกครอง หรือ act administrative ที่พิจารณาคำสั่งทางปกครองและกฎเป็นกลุ่มเดียวกัน แต่ในขณะที่เนื้อหาหลักของกฎหมายฉบับนี้นำมาจากกฎหมายเยอรมัน ซึ่งในเรื่องของกฎ เยอรมันถือว่ามีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความ ไม่ใช่ลักษณะที่เป็นนิติกรรมทางปกครองในความหมายแบบเดียวกับที่ใช้ในกฎหมายฝรั่งเศส เพราะฉะนั้นในกฎหมายจึงพูดถึงการเตรียมการและการดำเนินการออกไปภายนอกฝ่ายปกครองที่เป็นการสั่งการซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือการเข้าทำสัญญาทางปกครองที่อาจารย์กมลชัยได้กล่าวไว้ นิยามแบบนี้ อาจจะแก้ได้โดยการอธิบายในทางตำราว่าโดยเนื้อหาแล้วกฎหมายฉบับนี้เป็นเรื่องการทำคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายของเราได้ผนวกการบังคับทางปกครองเข้ามาด้วย ซึ่งหมายถึงการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง ทั้งที่ความจริงเรื่องบังคับทางปกครองอาจจะต้องทำเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งต่างหากออกไปเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองแยกออกไปจากเรื่องของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งจะทำให้เราสามารถเขียนรายละเอียดของกฎหมายฉบับนี้ได้มากกว่า

ข้อสังเกตเบื้องต้นอีกประการหนึ่งที่ เหตุที่เรามีการเขียนการบังคับทางปกครองเอาไว้ ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย อาจจะมีความสับสนระหว่างเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง กับเรื่องของการลงโทษปรับในทางปกครองซึ่งเข้าใจว่า ขณะนี้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากำลังจะทำ กฎหมายนี้ออกมาโดยเรียกเรื่องปรับทางปกครองว่า “พินัย” อาจารย์กมลชัยพูดถึงการปรับว่าอาจจะมีได้ ๓ แบบ คือ กรณีที่ ๑. เป็นโทษปรับทางอาญา อันนี้คือการฝ่าฝืนกฎหมายที่เป็นความผิดทางอาญา กรณีที่ ๒. การปรับทางปกครองหรือเป็นเรื่องพินัยซึ่งในทางปกครองฟังดูอาจคิดว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการออก คำสั่งในทางกฎหมายปกครอง ทั้งที่ความจริงในเรื่องของการปรับจะเอาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญา มาใช้เป็นสำคัญ เพียงแต่ว่าโทษที่ลงจะไม่ถือว่าเป็นโทษอาญา แต่เป็นโทษที่มีลักษณะที่ฝ่าฝืนความเป็น ระเบียบเรียบร้อยสาธารณะ แต่ลักษณะของโทษทั้งสองรูปแบบที่เหมือนกันไม่ว่าจะเป็นโทษปรับในทางอาญา หรือปรับทางปกครอง คือ การฝ่าฝืนตัวบทกฎหมายแล้วถูกลงโทษปรับ การลงโทษปรับในทางอาญาโดยหลัก คนที่จะลงโทษ คือ ศาล ส่วนปรับที่ปรับทางปกครองหรือพินัยคนที่มีอำนาจในการออกคำสั่งปรับได้คือ เจ้าหน้าที่ในฝ่ายปกครอง ซึ่งการปรับทั้ง ๒ แบบ แตกต่างจากการปรับกรณีที่ ๓. ที่เป็นมาตรการบังคับ ทางปกครอง คือการปรับที่เป็นการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่สั่งการ ที่เป็นคำสั่งทางปกครองแล้วมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่จึงอาจจะมีการสั่งปรับเป็นรายวัน ปัจจุบันในกฎหมายเราก็เขียนเอาไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยเป็นการปรับ เพื่อให้คนซึ่งได้รับคำสั่งดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง เช่น สั่งให้รื้อถอนอาคารแล้วไม่รื้อ เมื่อฝ่าฝืนคำสั่งรื้อถอนอาคารเจ้าหน้าที่มีทางเลือก ๒ ทาง คือ เจ้าหน้าที่เข้าไปรื้อถอนแทนแล้วเรียกค่าใช้จ่าย หรือถ้าไม่รื้อและเจ้าหน้าที่ไม่เข้าไปรื้อถอนเองอาจจะมีการสั่งปรับรายวัน วันละ ๒๐,๐๐๐ บาท เป็นต้น เพื่อให้เขาไปดำเนินการตามคำสั่งที่เป็นฐานของการออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งปรับแบบนี้ที่เรียกว่า เป็นการปรับบังคับการ คือ ปรับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่ง อันจะเห็นได้ว่าการปรับทั้ง ๓ แบบต่างกัน ความสับสนของเราคือกฎหมายที่ออกมาจำนวนหนึ่งในระยะหลัง เราไปกำหนดเรื่องของการปรับ คือไปเอาเรื่องของการปรับที่เป็นการลงโทษในแง่ของการฝ่าฝืนกฎหมายให้มาใช้มาตรการบังคับเอาไปใช้แทน คือเหมือนกับเอามาตรการบังคับทางปกครองไปใช้แทนเรื่องของการปรับที่เป็นการลงโทษบุคคลที่กระทำการ ฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งอันนี้ไม่ค่อยตรงกับเรื่อง ดังนั้น ในอนาคตควรมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์กลางในการ สั่งลงโทษปรับทางปกครอง และเมื่อมีการตรากฎหมายดังกล่าวแล้ว จำเป็นจะต้องบัญญัติไว้ด้วยว่า พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไม่ใช่บังคับกับกรณีการออกคำสั่งที่เป็นการลงโทษปรับ ที่เป็นโทษ ส่วนการปรับตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นเรื่องของมาตรการบังคับ ตามคำสั่งไม่ใช่เรื่องของการลงโทษ โดยตัวบทที่เรารับมาจากต่างประเทศ ลักษณะของกระบวนการพิจารณา ของเจ้าหน้าที่ที่พิจารณาเพื่อจะออกคำสั่งทางปกครองเราใช้รูปแบบที่มันไม่เป็นพิธีการคือไม่ได้มีรูปแบบ ที่ชัดเจน เอาลักษณะของการกระทำที่เป็นเรื่องของความสะดวก เรื่องของการที่ไม่ได้ยึดติดกับพิธีการ ในการทำคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ ซึ่งกฎหมายเราทั้งหมดจะมีลักษณะแบบนี้ คือ การออกคำสั่ง ทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ก็ให้มาทำตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ เว้นแต่กฎหมายใดมีมาตรฐาน ไม่ต่ำกว่าหรือมีหลักเกณฑ์ของความเป็นธรรมไม่ต่ำกว่าก็ใช้ไปตามนั้น แต่การออกคำสั่งที่มีลักษณะ เป็นการลงโทษ คือกระบวนการในการสั่งการที่มีรูปแบบเป็นพิธีการที่จะสามารถนำมาพัฒนากฎหมาย ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองต่อไปได้ในอนาคต คือ ควรเพิ่มกระบวนการพิจารณาออกคำสั่ง ทางปกครองที่มีรูปแบบเป็นพิธีการ ซึ่งขั้นตอนในการออกคำสั่งจะคล้าย ๆ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล คือเลียนแบบการพิจารณาในชั้นศาลเอามาใช้ในชั้นเจ้าหน้าที่แล้วจะมีหลักเกณฑ์บางอย่างเข้มงวดขึ้น เช่น ไม่นำหลักเกณฑ์เรื่องดุลพินิจในการไม่รับฟังก่อนออกคำสั่งมาใช้ แต่ถ้ากระบวนการพิจารณาที่มีรูปแบบวิธีการ

เจ้าหน้าที่ต้องรับฟังเสมอก่อนการออกคำสั่งอย่างนี้ เป็นต้น กระบวนการพิจารณาแบบนี้อาจจะใช้ในการออกคำสั่งซึ่งอาจจะเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงานหรือว่ามีความยุ่งยากซึ่งมีผลกระทบมาก เช่น คำสั่งที่เกี่ยวกับเรื่องการอนุญาตให้สร้างโรงงานปฏิกรณ์ปรมาณูหรือถ่านหิน ดังนั้น เรื่องใหญ่ ๆ อาจจะต้องเอาเรื่องที่เป็นพิธีการมาใช้ รวมทั้งเรื่องการออกใบอนุญาตตามกฎหมายต่าง ๆ ที่อาจจะเกี่ยวข้องกับการพาณิชย์หรือการธุรกิจ ซึ่งปัจจุบันไปเขียนในกฎหมายว่าด้วยการอำนวยความสะดวกด้วย บางส่วนอาจจะต้องนำมาเขียนเป็นส่วนที่ต่อจากเรื่องรูปแบบที่ไม่เป็นพิธีการที่อยู่ในกฎหมาย โดยตัดเรื่องการบังคับทางปกครองและทำเป็นกฎหมายเฉพาะอีกฉบับ แต่ว่าถ้ายังทำไม่ได้อาจจะเป็นแผนในระยะยาว ในระยะสั้นก็อาจจะเติมเรื่องกระบวนการพิจารณาลักษณะนี้เข้ามาเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้มีทางเลือกในเวลาที่ออกกฎหมายเฉพาะ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจจะบอกได้ว่าการออกคำสั่งแบบนี้ให้ปฏิบัติไปตามกระบวนการพิจารณาที่มีรูปแบบเป็นพิธีการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ อาจจะทำให้เรื่องของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองส่วนที่เป็นคำสั่งทางปกครองมีความละเอียดมากขึ้นรองรับกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้ดีขึ้น

หัวใจของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นเรื่องของคำสั่งทางปกครองกฎหมายฉบับนี้จึงไม่ได้ใช้บังคับกับเรื่องของการทำสัญญาทางปกครอง การทำสัญญาทางแพ่งของหน่วยงานทางปกครอง การสั่งการที่เป็นเรื่องภายในองค์กรหรือภายในหน่วยงานทางปกครอง ประเด็นที่น่าสนใจอยู่ตรงที่นิยามการให้ความหมายของคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไปอิงกับเรื่องของนิติกรรมมากเกินไป สิ่งหนึ่งที่จะไม่ได้มีการเขียนเอาไว้แต่มีการอธิบายในทางตำราคือการจะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ต้องมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งลักษณะของผลโดยตรงไปภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ได้ถูกเขียนเป็นองค์ประกอบชัดเจนในนิยามความหมายของคำว่าคำสั่งทางปกครอง ทำให้หลายกรณีการสั่งการบางเรื่องที่มีลักษณะเป็นการสั่งการภายในหลายท่านมองว่าเป็นลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งความจริงไม่ใช่เพราะเป็นการสั่งการในองค์กรเป็นการสั่งการระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาเป็นหลัก เพราะฉะนั้นประเด็นนี้ถ้าทำให้ชัดเจนได้ในกฎหมายก็ไม่ต้องใช้การอธิบายในตำรา แต่ถ้าไม่มีก็ต้องอธิบายในหลักทฤษฎีในทางตำรา เวลาอธิบายในทางตำราไม่ปรากฏในกฎหมาย คนอธิบายอาจถูกโต้แย้งว่าไปเอาหลักเกณฑ์ที่ไหนมาเขียนเป็นการเขียนองค์ประกอบเพิ่มเติมลงไป กรณีนี้จึงเป็นข้อสังเกตประการหนึ่ง

๒. ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงบทบัญญัติที่มีปัญหาในทางปฏิบัติ

๒.๑ คำสั่งทางปกครอง ปัจจุบันศาลปกครองได้มีการพูดถึงคำสั่งทางปกครองทั่วไปหรือเรียกว่าคำสั่งทั่วไปทางปกครอง ในกฎหมายที่เรารับมาจากต่างประเทศมีการเขียนเรื่องคำสั่งทั่วไปทางปกครองเอาไว้ด้วย แต่กฎหมายไทยไม่ได้เขียน แต่ในทางปฏิบัติปัจจุบันศาลปกครองได้นำเอาเรื่องนี้มาใช้ในการตัดสินคดีอยู่จำนวนหนึ่ง ในกรณีที่ศาลปกครองเอาเรื่องนี้มาใช้อาจมีบางประเด็นที่เป็นปัญหาความเข้าใจว่าอะไรเป็นคำสั่งทั่วไปทางปกครองหรืออะไรไม่เป็น ตัวอย่างที่อาจจะเห็นความแตกต่างระหว่างความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดอย่างชัดเจนก็คือเรื่องของการประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อเข้ารับการศึกษาหรือเพื่อสอบบรรจุแต่งตั้งเป็นข้าราชการในหน่วยงานต่าง ๆ โดยแนวของศาลปกครองเห็นว่า ประกาศรับสมัครแบบนี้เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป และด้วยเหตุดังกล่าวบุคคลใดที่อาจเดือดร้อนเสียหายมีสิทธินำเอาประกาศนี้มาฟ้องคดีขอให้มีการเพิกถอนประกาศรับสมัครได้ เมื่อมีการเพิกถอนประกาศรับสมัครอาจจะกระทบกับคนอื่น ๆ ที่เข้าสู่กระบวนการในการคัดเลือก ถ้ามีการเพิกถอนในภายหลังก็จะเกิดปัญหาว่ากระบวนการที่นำมาเป็นอย่างไร แนวของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่าประกาศไม่ใช่คำสั่งทางปกครองและอาจจะไม่ใช่คำสั่งทั่วไปทางปกครองด้วย แต่เป็นขั้นตอนหนึ่งที่จะนำไปสู่การทำคำสั่งทางปกครองต่อไป

ข้างหน้า ซึ่งผู้บรรยายเห็นว่าแนวของคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องนี้อาจจะสมเหตุสมผล และอาจจะถูกต้องกว่า เนื่องจากถ้ามีการประกาศทั่วไปแล้วมีผู้ไม่เห็นด้วยเขาจะต้องเข้ามาสมัครเพื่อจะให้เจ้าหน้าที่ปฏิเสธการรับสมัคร การปฏิเสธไม่รับสมัครถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองและเข้าสู่กระบวนการอุทธรณ์โต้แย้งและฟ้องคดีต่อศาลต่อไป เพราะประกาศอาจจะมองได้ว่าเป็นขั้นตอนหนึ่งที่จะนำไปสู่การออกคำสั่งทางปกครองต่อไปในอนาคต ถ้าเกิดมีการเขียนเรื่องคำสั่งทั่วไปทางปกครองเอาไว้บ้างในกฎหมายว่า มีคุณลักษณะสำคัญอย่างไรหรืออาจจะมีส่วนเอาไว้ อาจจะช่วยให้เราเข้าใจเรื่องนี้ตรงกันมากขึ้น ที่สำคัญคือเมื่อศาลปกครองสูงสุดนำหลักเกณฑ์เรื่องคำสั่งทางปกครองทั่วไปหรือคำสั่งทั่วไปทางปกครองมาใช้ทำนปฏิบัติต่อสิ่งนี้เหมือนเป็นกฎ คือสามารถฟ้องคดีได้เลยโดยไม่ต้องอุทธรณ์โต้แย้งก่อน คำสั่งทั่วไปทางปกครองเป็นคำสั่งที่ผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งคือบุคคลทั่วไป เพราะฉะนั้นต้องถือว่าคำสั่งทั่วไปทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองชนิดหนึ่งหรือประเภทหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการทบทวนภายในฝ่ายปกครองโดยการอุทธรณ์ก่อนที่จะไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่ใช่ไปฟ้องเพิกถอนคำสั่งได้เลย แบบเดียวกับที่มีลักษณะเป็นกฎ การฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ต้องใช้เงื่อนไขในการฟ้องคดีแบบที่เป็นการฟ้องเพิกถอนคำสั่งไม่ใช่ฟ้องเพิกถอนกฎ อาจจะมี ความสงสัยว่าจะมีการอุทธรณ์อย่างไร เนื่องจากคำสั่งทั่วไปทางปกครองไม่ได้สั่งเฉพาะเจาะจงตัวบุคคล จึงไม่มีใครคนใดคนหนึ่งรับคำสั่งโดยเฉพาะ แต่เป็นการสั่งการทั่วไปในเรื่องหนึ่ง ๆ เช่น ป้ายจราจรจำกัดความเร็วต่าง ๆ โดยหลักก็ถือว่าคนซึ่งประสบพบเจอคำสั่งทั่วไปทางปกครองนั้นเจอครั้งแรกเมื่อไหร่ก็ถือว่าอันนั้นคือคำสั่งทั่วไปทางปกครองที่มีผลต่อผู้ที่พบเจอ และถือว่าผู้ที่พบเจอได้รับแจ้งและระยะเวลาที่จะอุทธรณ์โต้แย้งก็จะเริ่มนับ โดยทั่วไปกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีการแจ้งไปยังตัวบุคคลภายในระยะเวลาชัดเจน สามารถอุทธรณ์ได้ภายในหนึ่งปีตามหลักเกณฑ์ทั่วไป แต่ก็ควรมีการอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดี ซึ่งต้องมีการเขียนไว้ในกฎหมาย เช่น คำสั่งกำหนดชื่อถนนที่เคยมีข้อพิพาทว่าถนนนี้ชื่ออะไร เป็นลักษณะคำสั่งทางปกครองทั่วไปที่กำหนดตัวทรัพย์สินหรือข้อบังคับการใช้ห้องสมุดหรือสำนักหอสมุดแห่งชาติใช้หลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมและใช้กับคนทั่วไป ถ้ามีการนำมาเขียนไว้เพิ่มเติมก็อาจจะช่วยให้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนและจะช่วยให้มีการพัฒนาต่อไปทางวิชาการง่ายขึ้นเพราะอย่างน้อยมีบทบัญญัติที่จะใช้อ้างอิงได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นข้อสังเกตเรื่องของคำสั่งทั่วไปทางปกครองซึ่งเวลาเขียนเป็นกฎหมายจะต้องมีการกำหนดถ้อยคำหรือว่าเขียนถ้อยคำแบบไหนเพื่อให้รับกับหลักเกณฑ์ทางทฤษฎีและคนอ่านเอาไปใช้ได้โดยที่จะไม่เข้าใจคลาดเคลื่อน

๒.๒ ผลของคำสั่งทางปกครอง ในปัจจุบันระบบกฎหมายของไทย ได้มีการพูดถึงรูปแบบและผลของคำสั่งทางปกครองเอาไว้ในส่วนที่ ๔ ตั้งแต่มาตรา ๓๔ ถึงมาตรา ๔๓ โดยทั่วไปของเรื่องนี้หลักอยู่ในมาตรา ๔๒ ที่ว่าคำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ไม่มีมีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่น ซึ่งทำให้มีผลใช้ได้ทางกฎหมายแม้จะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตามจนกว่าจะมีการเพิกถอนไป การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอาจจะทำโดยเจ้าหน้าที่ในฝ่ายปกครองเองภายในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์คือมีการอุทธรณ์แล้วเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจในการเพิกถอนคำสั่งนั้น หรือเป็นการเพิกถอนคำสั่งหรือลบล้างคำสั่งนอกกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นกรณีเจ้าหน้าที่เห็นเองว่าคำสั่งนั้นควรที่จะมีการเพิกถอนหรือยกเลิกไปซึ่งต้องไปใช้อำนาจในส่วนที่ ๖

ส่วนที่ยังขาดไปและมีความสำคัญมาก คือเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองหลายคนเข้าใจว่าเมื่อไม่ได้เขียนไว้ในกฎหมายเท่ากับไม่มี โดยหลักทั่วไปคำสั่งทางปกครองที่มีผลทางกฎหมายอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มีผลอยู่จนกว่าจะถูกเพิกถอนตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง ถ้าคำสั่งทางปกครองบกพร่องหรือผิดพลาด โดยเฉพาะกรณีที่ขัดกับกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง และพิจารณาแล้วเห็นความบกพร่องอย่างประจักษ์ชัด ควรต้องถือว่า

คำสั่งนั้นเสียเปล่าไป คือไม่เคยเกิดผลในทางกฎหมายขึ้นเลย กรณีนี้ต้องมีการประกาศความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของคำสั่งนั้นให้มีความชัดเจน ซึ่งควรมีการบัญญัติความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และควรมีการกำหนดในเรื่องของเหตุอะไรบ้างที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะโดยอาจจะกำหนดเหตุทั่ว ๆ ไปเอาไว้ และเปิดช่องให้มีการตีความและกำหนดเหตุเฉพาะเอาไว้ในกรณีที่ถ้าเข้าเหตุแบบนี้ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ รวมทั้งกำหนดวิธีการจัดการกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะเพื่อให้เจ้าหน้าที่มีเครื่องมือที่จะใช้ เช่น อำนาจในการพิสูจน์ความเป็นโมฆะ การประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถ้ามีการเขียนเรื่องดังกล่าวไว้ไม่เพียงแต่จะทำให้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มีความสมบูรณ์มากขึ้น ยังมีส่วนช่วยในเรื่องของคดีปกครองด้วยเพราะการฟ้องเพิกถอนตามมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดแต่เรื่องการฟ้องเพิกถอนเท่านั้น แต่ถ้าคำสั่งนั้นพ้นระยะเวลาที่จะอุทธรณ์โต้แย้งไปแล้วจะมีปัญหาในการฟ้องเพิกถอน ซึ่งโดยสภาพของคำสั่งที่เป็นโมฆะจะมีผลคือเสียเปล่ามาแต่แรกในทางคดีหากจะมีการฟ้องไปที่ศาลปกครองจะไม่มีช่องทางในการฟ้อง โดยไม่อาจอ้างความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้เพราะไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแม้แต่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่อาจจะเรียกร้องให้ศาลปกครองใช้หลักเกณฑ์การเทียบเคียงโดยการอุดช่องว่างด้วยการนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไปมาใช้แต่อาจจะยุ่งยากกว่าการที่จะเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเรื่องนี้ถือเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งที่จะต้องเขียนเอาไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

๒.๓ การแปลงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เรื่องนี้ควรมีคำอธิบายทางทฤษฎีและอาจจะต้องมีการเขียนบทบัญญัติรองรับเอาไว้ด้วย เนื่องจากบางกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะหนึ่งแต่อาจจะชอบด้วยกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งได้ ซึ่งจะต้องใช้ความรู้ในทางนิติกรรมตามกฎหมายแพ่งเข้ามาช่วยเพื่อนำหลักมาใช้กับเรื่องของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เรื่องนี้จึงค่อนข้างยากและในอนาคตอาจจะต้องมีการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจน

๒.๔ คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง หรือที่เรียกว่าคำสั่งทางปกครองที่กระทบถึงบุคคลที่สาม คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทางมีได้ ๒ อย่าง คือ มีผลสองทางต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองคนเดียวกันคือคำสั่งนั้นให้ทั้งประโยชน์และสร้างภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองคนเดียวกัน แต่ที่ยุ่งยากกว่าคือมีผลเป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองแต่เป็นผลร้ายต่ออีกบุคคลหนึ่งซึ่งอาจไม่ได้ถูกเรียกเข้ามาเป็นคู่กรณีโดยตรงหรือมีผลร้ายต่อบุคคลหนึ่งแต่อาจจะมีผลเป็นคุณแก่อีกบุคคลหนึ่ง ที่เป็นปัญหามาก คือ เป็นผลบวกหรือเป็นประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งแต่เป็นผลร้ายกับผู้อื่นที่ไม่ได้ถูกเรียกเข้ามาเป็นคู่กรณี เช่น คำสั่งอนุญาตให้มีการก่อสร้างอาคาร คนยื่นขอใบอนุญาตยินดีหรือพอใจที่จะได้รับคำสั่งนี้แต่คนซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีที่เป็นเพื่อนบ้านหรืออาศัยในบริเวณใกล้เคียงอาจจะไม่เห็นด้วยที่จะมีคำสั่งนี้ หรือคำสั่งที่อนุญาตให้ทิ้งสิ่งปฏิกูล เมื่อบริษัทหนึ่งไปทิ้งสิ่งปฏิกูลในเขตที่เป็นหมู่บ้านจัดสรร บริษัทได้ประโยชน์จากใบอนุญาตแต่ถ้าผู้อาศัยในหมู่บ้านอาจจะเสียประโยชน์ ซึ่งกรณีดังกล่าวต้องมีการเขียนหลักการไว้ว่าผู้ได้รับผลร้ายหรือเสียประโยชน์จะเข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งอย่างไร และหากไม่ได้เรียกเข้ามาจะเข้ามาในชั้นอุทธรณ์อย่างไร รวมทั้งในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งเหล่านี้ต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ใดบ้าง อย่างไรก็ตามผู้ใดจะมีสิทธินำคดีไปสู่ศาลอย่างไร ซึ่งในทางปฏิบัติเคยเกิดขึ้นแล้วเช่นคดีที่ศาลปกครองตัดสินในเรื่องการก่อสร้างโรงแรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปรากฏว่าโรงแรมถูกเพิกถอนใบอนุญาตและต้องรื้อถอนซึ่งส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงต่อผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง จึงมีข้อพิจารณาว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจจะไม่ใช่ความผิดของผู้ได้รับอนุญาตก็ได้ ดังนั้น อาจจะต้องพิจารณาว่าควรกำหนดสิทธิหน้าที่ของทั้งสองฝ่ายนี้อย่างไร

๒.๕ เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ เรื่องนี้เป็นเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญ และมีปัญหาในทางปฏิบัติ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเคยมีคำวินิจฉัยแต่ไม่ตรงตามแนวของศาลปกครองสูงสุด โดยทั่วไปก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองต้องมีการอุทธรณ์เสียก่อน ถ้าไม่อุทธรณ์และนำคดีไปฟ้องศาลเท่ากับข้ามขั้นตอนและศาลปกครองจะไม่รับคำฟ้องไว้รับพิจารณา ซึ่งมีตัวอย่างปัญหากรณีที่ประธานรัฐสภาสั่งให้บุคคลเป็นผู้ทำงาน คำสั่งให้เป็นผู้ทำงานเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามความหมายของกฎกระทรวง (ฉบับที่ ๑๒) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงมีปัญหาว່ว่าผู้ที่ไม่เห็นด้วยจะไปฟ้องคดีได้เลยหรือไม่หรือต้องอุทธรณ์ก่อน และหน่วยงานของสภาก็หาหรือมาว่าเรื่องนี้ต้องจัดแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์โต้แย้งลงในคำสั่งทางปกครองหรือไม่ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ตอบข้อหารือนี้โดยเทียบเคียงกับกรณีของผู้ทำคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นรัฐมนตรีตามมาตรา ๔๔ ที่บัญญัติว่า ภายใต้บังคับมาตรา ๔๘ ในกรณีคำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีความหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ที่ทำคำสั่งทางปกครองได้ภายใน ๑๕ วันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว ก็แปลว่าถ้าคำสั่งทางปกครองออกโดยรัฐมนตรีไม่ต้องอุทธรณ์ ซึ่งในปัจจุบันรัฐมนตรีจะต้องจัดแจ้งสิทธิฟ้องคดีต่อศาลซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๕๐ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยแจ้งสิทธิฟ้องคดีว่าให้ฟ้องคดีภายใน ๙๐ วันนับตั้งแต่วันที่ได้แจ้งคำสั่งนี้ แต่ว่ากรณีของประธานรัฐสภาไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ กรณีนี้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงเทียบเคียงว่าตำแหน่งนี้อาจเทียบเคียงได้กับรัฐมนตรี จึงตอบข้อหารือว่ากรณีนี้หน่วยงานของสภไม่ต้องจัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งลงในคำสั่ง ซึ่งโดยนัยถือว่าผู้ที่รับคำสั่งสามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองได้เลย แต่ในขณะที่เดียวกันมีคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดอีกเรื่องหนึ่ง เป็นกรณีของผู้ตรวจการแผ่นดินออกคำสั่งทางปกครองและมีปัญหาว่าจะต้องมีการจัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือไม่ หรือต้องมีการอุทธรณ์ก่อนหรือไม่ ปรากฏว่าเรื่องนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า กรณีของผู้ตรวจการแผ่นดินจะต้องมีการอุทธรณ์ก่อน คืออุทธรณ์ต่อผู้ตรวจการแผ่นดินผู้ทำคำสั่ง และมีประเด็นว่าระบบอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นระบบอุทธรณ์ที่เรียกว่าเป็นระบบอุทธรณ์สองชั้น คือ ถ้ากฎหมายเฉพาะไม่ได้เขียนเอาไว้ ต้องอุทธรณ์ต่อผู้ทำคำสั่งก่อน ถ้าผู้ทำคำสั่งไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ก็จะส่งเรื่องขึ้นไปยังผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปให้เป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ กรณีเป็นรัฐมนตรีไม่มีปัญหาเพราะกฎหมายเขียนไว้ จึงสามารถจัดแจ้งสิทธิฟ้องคดีได้เลย แต่กรณีรัฐสภาหรือกรณีผู้ตรวจการแผ่นดินถ้าจะให้จัดแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ก็ก็ต้องจัดแจ้งต่อตัวประธานรัฐสภาเอง แต่ปัญหาคือถ้าเห็นด้วยกับคำสั่งเดิมที่ส่งไป ก็ไม่ต้องเสนอเรื่องขึ้นไปยังผู้บังคับบัญชา นอกจากนี้ โดยที่กฎกระทรวง (ฉบับที่ ๔) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดให้ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ซึ่งเป็นการพิจารณาแบบชั้นเดียว และศาลปกครองได้ถือปฏิบัติตามกฎกระทรวงดังกล่าว กรณีนี้จึงมีปัญหาว่กฎกระทรวงอาจจะไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพราะว่ระบบที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นระบบพิจารณาอุทธรณ์แบบ ๒ ชั้น คือ ให้ผู้ออกคำสั่งขั้นต้นพิจารณาเบื้องต้นและถ้าไม่เห็นด้วยให้ส่งขึ้นไปยังผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป แต่กรณีที่ไม่มีผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป จึงเป็นปัญหาว่จะตีความอย่างไร ซึ่งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและศาลปกครองก็วินิจฉัยแตกต่างกัน ในประเด็นที่มีการหารือดังกล่าว เมื่อพิจารณากรณีตำแหน่งประธานรัฐสภาอาจจะม่ประเด็นว่าเหตุจึงไม่เขียนเรื่องการอุทธรณ์กรณีผู้ทำคำสั่งเป็นประธานรัฐสภาเพราะตำแหน่งนี้มีมาแต่เดิมแล้ว ซึ่งในขณะนั้นผู้ร่างกฎกระทรวงคงมุ่งเน้นการใช้อำนาจทางปกครองที่เป็นเรื่องของฝ่ายบริหารเป็นหลัก เพราะปกติประธานรัฐสภาไม่ได้สั่งการที่เป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป แต่ที่เป็นปัญหามากขึ้นคือภายหลังปี พ.ศ. ๒๕๔๐ มีองค์กรอิสระเกิดขึ้นมากซึ่งองค์กร

เหล่านี้ไม่มีผู้บังคับบัญชา ในประเด็นนี้จึงเป็นประเด็นที่จะต้องแก้ไขโดยการเขียนกฎหมายให้รวมถึงผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์กรณีที่ผู้คำสั่งทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ที่ไม่ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือผู้ควบคุมกำกับชั้นเหนือขึ้นไป โดยเห็นว่าไม่ต้องอุทธรณ์แต่ให้สามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้

๒.๖ สถานะของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดให้คำวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งอยู่ในนิยามของคำสั่งทางปกครอง ยกตัวอย่างเรื่องการสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ เพราะฉะนั้นคำวินิจฉัยอุทธรณ์จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติคือ ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นแตกต่างกันในองค์คณะของศาลปกครองสูงสุดว่าคำวินิจฉัยในชั้นของศาลปกครองสูงสุดนั้นมีลักษณะเข้าแทนที่คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นและหลอมรวมเป็นวัตถุแห่งคดีอันเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองชั้นต้น หรือคำวินิจฉัยในชั้นของศาลปกครองสูงสุดแยกจากกันเป็น ๒ คำสั่งและต่างดำรงอยู่ได้ด้วยคำสั่งนั่นเอง

กรณีเจ้าหน้าที่ออกคำสั่ง เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองชั้นต้น ผู้รับคำสั่งเมื่อใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นไปยังองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คือ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม ซึ่งกฎหมายกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยอุทธรณ์เอาไว้ว่าต้องทำให้เสร็จภายในกี่วัน แต่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ระยะเวลายาวนานที่สุดที่เจ้าหน้าที่จะวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ก็คือ ๙๐ วัน โดย ๓๐ วัน อยู่ในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ชั้นต้น และ ๓๐ วัน อยู่ในชั้นการพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ ซึ่งขยายระยะเวลาได้อีก ๓๐ วัน ผู้ที่ได้รับคำสั่งลงโทษทางวินัยก็อาจจะรอการวินิจฉัยจนครบ ๙๐ วัน และปรากฏว่าเมื่อครบ ๙๐ วัน ยังไม่มีคำวินิจฉัยลงมา ก็มีสิทธิในการฟ้องคดีภายใน ๙๐ วัน ในช่วงนี้จึงอาจรอต่อไปอีก ๙๐ วัน และเมื่อพ้น ๙๐ วันครั้งที่ ๒ ซึ่งเป็นระยะเวลาฟ้องคดี หากนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง ศาลปกครองจะมีคำสั่งไม่รับฟ้อง เพราะคำสั่งทางปกครองนี้พ้นระยะเวลาฟ้องคดีแล้ว โดยศาลปกครองเห็นว่าถ้าจะฟ้องคดีต้องฟ้องภายใน ๙๐ วัน นับตั้งแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ แต่บางกรณีผู้ที่ได้รับคำสั่งรอคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งถ้าคำวินิจฉัยอุทธรณ์ออกมากลางกึ่งกำหนด ๙๐ วัน แล้วเอาคดีไปฟ้อง ศาลปกครองมีความเห็นเป็นสองแนวทาง คือ ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่ารับฟ้องนั้นไว้ได้โดยถือว่าคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นเข้าแทนที่คำสั่งทางปกครองในชั้นต้น แต่ฝ่ายที่สองเห็นว่าไม่รับเลยเพราะว่าไม่เอาคำสั่งอุทธรณ์ชั้นต้นมาฟ้องภายในระยะเวลาที่พ้นจากระยะเวลาที่พิจารณาอุทธรณ์ กรณีนี้เป็นปัญหาในทางปฏิบัติ โดยทั่วไปเพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าวจึงใช้วิธีฟ้องทั้งคำสั่งชั้นต้นและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ด้วย

วิธีการแก้ปัญหาในกรณีนี้ที่ถูกต้องคือควรจะไปแก้ที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เพื่อกำหนดวัตถุแห่งคดีว่าการฟ้องเพิกถอนคำสั่ง วัตถุแห่งคดีคืออะไร ในระบบของฝรั่งเศสใช้คำวินิจฉัยอุทธรณ์แทนที่คำสั่งชั้นต้น แต่ไม่มีเรื่องคำวินิจฉัยอุทธรณ์ล่าช้า เพราะเหตุว่าระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์จะกำหนดเอาไว้ หากพิจารณาไม่แล้วเสร็จก็จะถือว่าไม่มีคำวินิจฉัยปฏิเสธการอุทธรณ์ไปเลยโดยปริยาย ซึ่งทำให้เกิดแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการปฏิเสธการอุทธรณ์โดยปริยาย ส่วนระบบเยอรมันกำหนดเอาไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยถือว่าวัตถุแห่งคดีที่จะฟ้องเพิกถอนคือคำสั่งทางปกครองชั้นต้นที่ปรากฏตัวขึ้นใหม่ในรูปของคำวินิจฉัยอุทธรณ์คือหลอมรวมเป็นเนื้อเดียวกันเป็นเอกภาพ เพราะฉะนั้นเมื่อฟ้องคดีแล้วศาลจะพิจารณารวมทีเดียวทั้งหมด อย่างไรก็ตาม อาจจะมีกรณีที่วินิจฉัยอุทธรณ์แล้วเป็นผลร้ายมากขึ้นหรือเป็นกรณีที่คำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นก่อให้เกิดผลร้ายขึ้นกว่าครั้งแรก กรณีนี้ก็กำหนดช้อยกเว้นเอาไว้ว่าให้ฟ้องแยกโดยฟ้องเฉพาะคำวินิจฉัยอุทธรณ์ได้

สำหรับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ไม่มีการเขียนเรื่องนี้เอาไว้ ถ้าจะแก้ปัญหาศาลปกครองต้องแก้เรื่องนี้ ส่วนใหญ่ที่ยังไม่แก้คือเรื่องปัญหาในทางปฏิบัติ แต่ไปแก้เรื่องโครงสร้างองค์กร การตั้งแผนกขึ้นมาเป็นหลัก ถ้าความเห็นขององค์คณะไม่ตรงกันควรเสนอแก้ว่าควรทำวัตถุแห่งคดีให้ชัดเจนเพื่อที่จะทำให้ไม่เกิดปัญหากับผู้ที่ฟ้องคดีซึ่งต้องเสียสิทธิในการฟ้องคดีไปด้วย ถ้าศาลปกครองไม่ได้แก้เรื่องนี้อาจจะมามีวิธีการผ่อนคลายเป็นบรรเทาปัญหาลงได้บ้างที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เรื่องนี้อาจจะนำหลักในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาใช้ไปก่อน ถ้ากำหนดเรื่องระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ไว้แล้วและพิจารณาไม่เสร็จอาจให้ถือว่าเป็นการปฏิเสธคำอุทธรณ์แล้วกลายเป็นคำสั่งทางปกครองโดยปริยายเพื่อทำให้เกิดวัตถุแห่งคดีขึ้น ทำให้สามารถนำคดีไปฟ้องศาล เพราะว่าในทางปฏิบัติอาจเกิดปัญหากรณีคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นคำสั่งแรกมีการนำไปฟ้องศาลปกครองภายในระยะเวลา ๙๐ วัน โดยที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ปรากฏว่าศาลปกครองตัดสินคดีไปแล้วโดยคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่มีภายหลังไม่ตรงกับคำพิพากษาของศาลปกครอง จึงมีปัญหากว่าถ้าไม่ตรงกันจะถือตามคำวินิจฉัยใด เพราะการพิจารณาของศาลปกครองไม่ได้ตัดอำนาจของกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ เช่น เรื่องคำสั่งลงโทษทางวินัยในชั้นต้น เมื่อมีการอุทธรณ์ แต่ผู้ได้รับคำสั่งไม่อาจร้อคำวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ จึงนำคำสั่งลงโทษทางวินัยไปฟ้องศาลปกครอง หากศาลปกครองรับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้วพิพากษายืนตามคำสั่งชั้นต้น หลังจากพิพากษาเสร็จปรากฏว่ากรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์บอกว่าไม่ผิดวินัยให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัย อาจเป็นประเด็นที่อาจเป็นปัญหาเรื่องกระบวนการพิจารณาที่ซ้อนกัน ซึ่งเป็นประเด็นใหญ่ เช่นเดียวกับเรื่องข้อมูลข่าวสาร คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ให้สิทธิในการตรวจสอบข้อมูลข่าวสาร การขอข้อมูลข่าวสารจึงเป็นสิทธิของคู่กรณี ในทางปฏิบัติคู่กรณีจะไม่ใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ขอข้อมูลข่าวสาร เพราะว่าถ้าใช้สิทธิตามมาตรา ๓๑ ขอเอกสารต่าง ๆ และเจ้าหน้าที่ปฏิเสธว่าเป็นคำสั่งที่อยู่ระหว่างพิจารณาไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่จะมีผลต่อไป ทำให้ไม่สามารถใช้สิทธิโต้แย้งได้ เพราะฉะนั้นคู่กรณีจะไปใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ ซึ่งทำให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เกี่ยวกับข้อมูลข่าวสารโดยเฉพาะ โดยหากใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ เพื่อขอข้อมูลแล้วหน่วยงานไม่ให้ก็สามารถอุทธรณ์ได้เลยต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ ถ้าคณะกรรมการฯ ยังมีความเห็นยืนตามความเห็นของหน่วยงานอีกก็สามารถนำคดีไปสู่ศาลปกครองได้เลย ดังนั้นเฉพาะในประเด็นเรื่องข้อมูลข่าวสารคดีจะไปสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ในขณะที่กระบวนการหลักอาจจะยังไม่เสร็จหรืออาจจะยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง จึงมีประเด็นว่าจะถือว่าเป็นคำสั่งที่สั่งในกระบวนการพิจารณาทางปกครองลักษณะนี้เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือถือว่าเป็นเรื่องเฉพาะของข้อมูลข่าวสารซึ่งในประเด็นนี้เห็นว่าควรถือว่าเป็นคำสั่งที่มีความสำคัญแตกต่างหากจากกระบวนการ แล้วให้สิทธิในการฟ้องร้องได้ต่อไป

ในประเด็นนี้ยังมีกรณีที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ เพราะว่าโดยปกติคำสั่งทางปกครองเป็นผลสรุปที่เกิดจากกระบวนการพิจารณา ขั้นตอนก่อนการจะทำคำสั่งทางปกครองอาจเกิดคำสั่งขึ้นก่อนหน้านั้นในหลายขั้นตอน ถ้าเทียบกับกระบวนการพิจารณาของศาลก่อนมีคำพิพากษาซึ่งจะมีคำสั่งระหว่างพิจารณาที่คู่ความยื่นแล้วศาลสั่ง คำสั่งลักษณะนี้โดยปกติไม่สามารถอุทธรณ์ได้ต้องรออุทธรณ์พร้อมกับคำพิพากษาของศาล ส่วนวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองคำสั่งที่เกิดขึ้นในระหว่างนั้น เช่น คำสั่งแต่งตั้งกรรมการสอบสวนทางวินัย คำสั่งปฏิเสธไม่ให้คู่กรณีมีสิทธินำทนายเข้ามาในกระบวนการพิจารณา คำสั่งเหล่านี้ถือเป็นคำสั่งซึ่งกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี เช่น ขอนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในขั้นตอนการสอบสวนวินัยและกรรมการไม่ให้ก็ถือว่ากระทบสิทธิ

ของคู่กรณี คำสั่งดังกล่าวจะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลยหรือไม่ โดยหลักไม่สามารถฟ้องได้เพราะไม่ได้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ดำรงอยู่แยกออกจากกระบวนการพิจารณา แต่เป็นคำสั่งในขั้นตอนหนึ่งที่จะนำไปสู่การออกคำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่งลงโทษทางวินัย เพราะฉะนั้นถ้าเกิดไม่ให้สิทธิในการนำทนายเข้ามาในกระบวนการพิจารณา ก็จะต้องรองจนกว่าจะมีคำสั่งลงโทษทางวินัยและนำไปฟ้องเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยโดยอ้างว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอนหรือไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธิของคู่กรณี กล่าวคือ ไม่ให้สิทธิที่จะมีทนาย จึงกลายเป็นความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในทางแบบพิธีซึ่งอาจจะเป็นเหตุที่ศาลใช้พิจารณาแล้วเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ถ้าพิจารณาว่าเป็นเรื่องที่เป็นสาระสำคัญแต่ต้องรองจนกว่าจะมีคำสั่งทางปกครอง เพราะฉะนั้นเรื่องดังกล่าวจึงเกี่ยวพันกับกฎหมายว่าด้วยจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในต่างประเทศเรื่องดังกล่าวไม่มีปัญหา เพราะว่ามีกรเขียนให้คำสั่งที่มีลักษณะเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาให้ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองชนิดหนึ่งโดยยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่อาจมีคำสั่งจำนวนหนึ่งที่มีลักษณะแยกออกมาและอาจจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ซึ่งจะทำให้ใช้สิทธิที่จะโต้แย้งได้เลย จึงอาจเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าควรเขียนเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎหมายหรือไม่เพียงใด แต่เรื่องนี้อาจจะไม่ได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยตรง เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองมากกว่า

๒.๗ เรื่องการให้เหตุผลประกอบคำสั่งตามมาตรา ๓๗ เนื่องจากในการทำคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือที่ต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย นั้นไม่ได้กำหนดว่าเหตุผลที่ต้องจัดให้มีจะต้องกำหนดไว้ในส่วนใด โดยมาตรา ๓๗ วรรคสอง กำหนดให้นายกรัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งนายรัฐมนตรีมอบหมายอาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้คำสั่งทางปกครองกรณีหนึ่งกรณีใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้นก็ได้ และมีข้อยกเว้นในวรรคสามกรณีที่ไม่ต้องให้เหตุผล ในประเด็นนี้มีข้อสังเกตว่าความในมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ควรจะรวมกัน กล่าวคือควรกำหนดให้คำสั่งที่ทำเป็นหนังสือจะต้องให้เหตุผล และกำหนดให้คำสั่งลักษณะใดที่ไม่ต้องให้เหตุผล โดยไม่ควรให้นายกรัฐมนตรีประกาศในวรรคสองว่าคำสั่งลักษณะใดเป็นคำสั่งที่ต้องให้เหตุผลในหนังสือ เนื่องจากได้มีการอธิบายในทางคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๔๑ (๒) ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลังแล้ว ย่อมไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์เป็นการกำหนดเฉพาะกรณีคำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง จึงเป็นการจำกัดเรื่องการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง เท่านั้น และถ้าตีความตามถ้อยคำอย่างเคร่งครัด จะพบว่าคำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่ที่กระทบต่อสิทธิของบุคคล เจ้าหน้าที่ที่ไม่สามารถเยียวยาความบกพร่องภายหลังได้เลย เพราะจะถูกตีความว่าเป็นคำสั่งตามมาตรา ๓๗ วรรคสองที่ต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้คำสั่งทางปกครองใดต้องระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งนั้นเองหรือในเอกสารแนบท้ายคำสั่งนั้น ในประเด็นนี้ผู้บรรยายไม่ค่อยเห็นด้วยกับคำอธิบายลักษณะนี้ซึ่งเป็นการอธิบายโดยอ้างอิงตัวบทตามมาตรา ๔๑ (๒) โดยยังไม่แน่ใจว่าเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้การเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องเพราะไม่มีเหตุผลนั้นทำได้โดยยากหรือไม่ แต่อาจจะขัดกับมาตรา ๔๑ เอง เนื่องจากการไม่ให้เหตุผลในตอนนี้ออกคำสั่งแล้วไปให้เหตุผลในภายหลัง ย่อมไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงในเนื้อหาของคำสั่ง ซึ่งควรจะถือว่าความบกพร่องในทางแบบพิธีลักษณะนี้ไม่มี หากจะโต้แย้งในการออกคำสั่งควรจะออกไปโต้แย้งทางเนื้อหาหรือโต้แย้งในทางอื่น ๆ ดังนั้น ในตอนนี้มีประเด็นเกี่ยวพัน

ระหว่างมาตรา ๓๗ กับมาตรา ๔๑ ซึ่งควรนำมาพิจารณาเพื่อทำความเข้าใจให้ตรงกันอาจจะทำให้เรื่องนี้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพราะมีความเห็นที่แตกต่างกันในทางปฏิบัติ

๒.๘ เรื่องส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง ในชั้นการยกร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ นั้น ได้พิจารณาโดยอ้างอิงจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่เมื่อพิจารณาจากตำราที่อธิบายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องนี้มีการอธิบายไม่ตรงกันในเรื่องของวิธีการนับญาติกรณีที่เป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น ซึ่งทำให้กรณีที่เป็นลูกพี่ลูกน้องถือว่าเจ้าหน้าที่เป็นญาติของคู่กรณี แต่ถ้าเป็นน้ำหรืออาจจะไม่เข้ากรณีที่ถือว่าเป็นญาติ ซึ่งไม่ควรจะเป็นแบบนี้ เพราะฉะนั้นถ้าจะแก้ไขกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็อาจจะเขียนให้ชัดเจนว่าจะกำหนดให้ญาติประเภทใดบ้าง เช่น เป็นพี่น้องของคู่กรณี เป็นพี่หรือน้องของพ่อหรือแม่ของคู่กรณี ซึ่งควรกำหนดให้ชัดเจนโดยไม่ต้องตีความลำดับชั้นญาติ และตามข้อเท็จจริงความเป็นญาติย่อมรวมถึงลุง ป้า น้า อา อยู่แล้ว เพราะเมื่อลูกพี่ลูกน้องซึ่งเป็นลูกของลุง ลูกของป้า ลูกของน้า หรือลูกของอา ยังถือเป็นญาติ ดังนั้น ลุง ป้า น้า อา ย่อมต้องถือว่าเป็นญาติด้วยโดยสภาพ

๒.๙ เรื่องของการออกคำสั่งเรียกเงินคืนกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีการให้ประโยชน์ที่เป็นตัวเงิน เป็นประเด็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไป

“สรุปภาพรวมของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”

โดย ดร.กฤษณ์ วสินนท์

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นกฎหมายปกครองที่มีทั้งความเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส กฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสเกิดจากกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งถูกสร้างโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในสมัยนั้น ทำให้เห็นว่าในมิติของกฎหมายปกครอง แม้แต่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของฝรั่งเศส ผู้ที่มีบทบาทในการสร้างบทกฎหมายนั้น คือ ศาลปกครอง ในขณะที่ยังไม่มีตรากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับกฎหมายปกครองของไทยนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศเยอรมันที่มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร

กรณีปัญหาที่เกิดขึ้นในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง นั้น เป็นตัวอย่างในการบังคับใช้กฎหมายของไทย คือ ความไม่ชัดเจนและไม่สมบูรณ์ซึ่งส่งผลให้เกิดการตีความที่ไม่เป็นเอกภาพ ซึ่งทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายฉบับนี้เกิดความสับสนว่า เหตุใดคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงมีความเห็นแตกต่างกับศาลปกครองสูงสุด ซึ่งในองค์คณะของศาลปกครองสูงสุดก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน เพราะบางท่านเคยทำงานที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามาก่อน แต่ปัจจุบันตุลาการศาลปกครองส่วนใหญ่ไม่ได้มาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ด้วยเหตุนี้ความเห็นจึงค่อนข้างหลากหลาย

ความไม่ชัดเจนหรือความไม่สมบูรณ์ที่ส่งผลให้เกิดการตีความกฎหมายที่ไม่เป็นเอกภาพ นั้น อาจเกิดจากองค์ความรู้ที่ไม่เป็นเอกภาพ องค์ความรู้ในความหมายนี้ คือ องค์ความรู้ทางวิชาการ อย่างที่ศาสตราจารย์อมร จันทรสมบูรณ์ เคยได้กล่าวไว้ว่า “การจะร่างกฎหมายที่มีคุณภาพ ต้องบ่มองค์ความรู้ให้ชัดเจนก่อน” แต่ปัญหาที่มีในประเทศไทย คือ องค์ความรู้ที่มีไม่เป็นเอกภาพ เพราะมาจากแหล่งที่มาหลากหลาย แหล่งที่มาของกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากหลัก Civil Law ซึ่งแม้แต่ในฝรั่งเศส หรือเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบก็มีความแตกต่างกันในเชิงรายละเอียด เช่น เรื่องคำสั่งทางปกครอง ก็มีประเด็นว่า อะไรเป็นคำสั่งทางปกครอง อะไรไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองทั่วไปกับกฎต่างกันอย่างไร ความเป็นกลางใช้แค่ไหน การเพิกถอนคำสั่งทำอย่างไร ถ้าเป็นโมฆะจะอยู่ภายใต้ระยะเวลาเพิกถอนตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือไม่ การบังคับคดีทางปกครองต่างกับมาตรการทางปกครองอย่างไร เป็นต้น แต่ปัญหาที่สำคัญที่สุด คือ การทำอะไรให้องค์ความรู้เป็นเอกภาพ และไม่ควรจะมีองค์กรใดผูกขาดความคิด

ตัวอย่างอีกประการหนึ่งคือเรื่องสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีแนวคิดที่แตกต่างกัน โดยแนวคิดหนึ่งเห็นว่าควรตรากฎหมายให้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจน แต่อีกแนวคิดหนึ่งเห็นว่าควรเสนอให้ศาลปกครองสร้างหลักกฎหมายปกครองในรูปแบบกฎหมายทั่วไปตามแนวทางของฝรั่งเศส ซึ่งหลักกฎหมายปกครองว่าด้วยสัญญาทางปกครองที่สำคัญมาจากศาลปกครอง เพราะฉะนั้นไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ แต่เมื่อปฏิบัติแล้วจะเกิดปัญหาว่าไม่รู้ว่าจะสัญญาที่ทำนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายใด หรือควรอยู่ภายใต้อำนาจของศาลใด และยังมีปัญหาเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ทำให้เกิดการตีความที่หลากหลายตามแนวคิดที่ต่างกัน ท้ายที่สุดก็จะตีความจนทำให้ไม่เป็นเอกภาพได้

องค์ความรู้ที่แตกต่างกันเกิดจากการนำองค์ความรู้ตามหลักกฎหมาย Common Law มาครอบงำความคิดกฎหมายโดยรวมอยู่ ซึ่งเห็นได้จากนักกฎหมายเอกชนในประเทศไทยมีบทบาทเข้าไปแก้ไขกฎหมายมหาชนและยังเป็นผู้พิจารณาคดีด้วย ส่วนหลักกฎหมาย Civil Law ก็อาจจะมีปัญหาระหว่างหลักกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส

การแก้ไขกฎหมายตามแนวทางของทั้งศาสตราจารย์กมลชัยฯ ศาสตราจารย์วรเจตน์ฯ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ควรจะต้องเป็นวิธีการแก้ปัญหาคดีที่ดีที่สุด โดยนักวิชาการหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องมีส่วนร่วมพิจารณาด้วย เพราะความเห็นของบุคคลภายนอกหรือนักศึกษาจะสืบสนว่า จะยึดถือตามแนวทางใด เพราะฉะนั้นหน่วยงานที่มีบทบาทในการทำให้องค์ความรู้เป็นเอกภาพได้คือ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตัวอย่าง คือ ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองว่าด้วยเรื่องการบังคับทางปกครอง หรือแม้แต่เรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง มีปัญหาว่านักกฎหมายไทยเห็นว่า ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้าการเป็นโมฆะกรรมไม่ได้เขียนไว้จะอ้างอิงความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองอย่างไร แต่ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสหลักกฎหมายนี้เกิดขึ้นจากศาลซึ่งเกิดจากหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและเป็นที่ยอมรับ แต่ก็มีปัญหาว่าเหตุใดศาลจึงสร้างกฎหมายหรือที่เรียกกันว่า Judge make Law เมื่อระบบกฎหมายของไทยเป็น Civil Law จึงต้องพยายามที่จะใช้วิธีการบัญญัติให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากกฎหมายที่มีอยู่ไม่ชัดเจนก็ควรมีการแก้ไขปรับปรุงให้ชัดเจน จึงจะทำให้เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการทำให้องค์ความรู้หรือหลักกฎหมายปกครองของไทยเป็นเอกภาพมากที่สุด โดยต้องพยายามตรากฎหมายให้ชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้

“สรุปผลแบบสอบถามความคิดเห็นที่ได้รับจากการสัมมนา
เรื่อง แนวทางพัฒนากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”
จากผู้ตอบแบบสอบถาม จำนวน ๓๘ คน

๑. ตามที่มาตรา ๔๑ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้กำหนดให้การเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องการให้เหตุผล การรับฟังคู่กรณี หรือการให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบ โดยกระทำตามรูปแบบและขั้นตอนดังกล่าวให้ถูกต้องในภายหลังนั้นจะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือก่อนมีการนำคำสั่งไปฟ้องคดีต่อศาลในกรณีคำสั่งที่ไม่อุทธรณ์ได้ นั้น ท่านเห็นว่า สมควรขยายระยะเวลาในการเยียวยาความบกพร่องในเรื่องรูปแบบหรือขั้นตอนออกไปจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยในคดีพิพาทหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีเวลาในการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งมากขึ้น อันจะเป็นการป้องกันมิให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งด้วยเหตุบกพร่องดังกล่าว (หลักที่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเยียวยาความบกพร่องในเรื่องรูปแบบและขั้นตอนได้จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยนี้ สอดคล้องกับแนวทางของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศเยอรมัน)

เห็นด้วย ๒๙ คน คิดเป็นร้อยละ ๘๐ เหตุผล

- เป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีเวลาพิจารณาในการเยียวยามากขึ้น ไม่ต้องรอศาลซึ่งบางครั้งใช้เวลานานในการพิจารณา
- ควรมีกำหนดระยะเวลาว่าควรขยายระยะเวลาได้ภายในกี่วันเพราะหากกำหนดว่าจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษานั้นเป็นระยะเวลาที่ยาวนานไปหรือไม่
- เพราะการขยายระยะเวลาดังกล่าวเป็นประโยชน์ ทั้งกับเจ้าหน้าที่และผู้ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง
- เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีเวลาในการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองมากยิ่งขึ้น
- เมื่อความบกพร่องเกิดจากการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครองสมควรจะต้องมีการเยียวยาแก่ผู้เสียหายและควรจะได้ตลอดเวลาจนกว่าศาลจะชี้ขาดถึงที่สุด และเมื่อมีการเยียวยาเรียบร้อยแล้วก็จะสามารถลดปริมาณคดีในชั้นศาลลงได้
- เป็นการลดขั้นตอนเพื่อให้คำสั่งทางปกครองสมบูรณ์ ป้องกันมิให้ศาลเพิกถอนเพียงเพราะเหตุรูปแบบ
- คำสั่งทางปกครองที่ออกไปแล้วยังมีผล และหากถูกเพิกถอนภายหลัง อาจทำให้กระทบต่อการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้แม้เหตุบกพร่องดังกล่าวเป็นเรื่องเล็กน้อยและไม่ใช้สาระสำคัญ
- หากผู้ทำคำสั่งได้ดำเนินการเพิกถอนในประเด็นใดไปแล้ว เรื่องจะได้อยู่ดีโดยเร็ว และหากกรณียังเห็นแย้งในประเด็นใด จะได้พิจารณาเฉพาะในประเด็นนั้น ๆ ต่อไป
- ไม่นำความบกพร่องในเรื่องรูปแบบและขั้นตอนมาเป็นเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหากความบกพร่องนั้นไม่กระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่ง/โดยให้ขยายเวลาการเยียวยาแก้ไขได้
- อาจทำให้คำสั่งเดียวกันอยู่ในอำนาจในการพิจารณาของทั้งเจ้าหน้าที่และในชั้นศาล นอกจากนี้เห็นว่าเจ้าหน้าที่มีอำนาจเพิกถอนหรือแก้ไขเยียวยาคำสั่งตัวเอง (ex officio) มาเป็นเวลานานพอสมควรแล้วเพื่อมิให้เป็นภาระหรือสูญเสียทรัพยากรของรัฐในการพิจารณาเรื่องเดียวกันมากเกินไป

ไม่เห็นด้วย ๗ คน คิดเป็นร้อยละ ๑๙ เหตุผล

- ระยะเวลาอาจจะขยายออกไปจนไม่มีที่สิ้นสุด
- เจ้าหน้าที่มีระยะเวลาเพียงพอในการพิจารณาเกี่ยวกับความบกพร่องแล้ว
- เมื่อเข้าสู่การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองโดยอำนาจตุลาการแล้ว ไม่ควรมีการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองคู่กันไปเพราะอาจทำให้ผลการพิจารณาขัดแย้งกัน ทำให้เกิดปัญหาว่าการพิจารณาของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นเมื่อคำสั่งทางปกครองเดิมอยู่ในศาลแล้วนั้นจะต้องฟ้องเป็นคดีใหม่หรือไม่
- การที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองใด ต้องพิจารณาให้รอบคอบและต้องปฏิบัติตามกฎหมายให้ถูกต้อง เพราะคำสั่งดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้รับคำสั่งทันที คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ควรตกไปทันที ไม่ควรให้โอกาสเสียหายหรือแก้ตัวใด ๆ เพราะต้องถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งควรต้องรู้ว่าต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างไรในการออกคำสั่งทางปกครองและต้องรับผิดชอบเมื่อมีการออกคำสั่งที่ผิดพลาด
- การดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองกระทบสิทธิของผู้ได้รับคำสั่ง จึงควรดำเนินการโดยเคร่งครัดด้วยความถูกต้องครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติ และเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงตั้งแต่เริ่มต้นการขยายระยะเวลาได้จะทำให้เจ้าหน้าที่ละเลยต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งบางกรณีอาจมีผลต่อการวินิจฉัยเพื่อออกคำสั่ง
- สมควรแยกขั้นตอนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกจากขั้นตอนการพิจารณาของศาลให้ชัดเจน เพื่อมิให้เกิดความซ้ำซ้อนของการพิจารณา ไม่เป็นการก้าวล่วงอำนาจศาล และป้องกันปัญหาการวินิจฉัยที่ไม่ตรงกันของ ๒ องค์กร

๒. ปัจจุบันกฎหมายเฉพาะในบางเรื่องได้กำหนดหลักเกณฑ์การยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยวิธีการส่งหนังสืออุทธรณ์ทางไปรษณีย์ โดยถือว่าวันส่งหนังสืออุทธรณ์ซึ่งปรากฏตามหลักฐานทางไปรษณีย์ เช่น ใบรับฝาก หรือตราประทับรับที่ของหนังสือ เป็นวันยื่นอุทธรณ์ แต่กฎหมายเฉพาะในอีกหลายเรื่อง รวมทั้งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายกลาง มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันไว้ ทำให้ศาลปกครองสูงสุดมีแนวคำวินิจฉัยให้นำหลักการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่มีได้อยู่เฉพาะหน้าตามมาตรา ๑๖๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยถือว่าวันที่เจ้าหน้าที่ได้รับหนังสืออุทธรณ์เป็นวันที่มีการยื่นอุทธรณ์ ซึ่งเป็นแนวทางที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ต้องเผื่อเวลาในการจัดส่งหนังสืออุทธรณ์ ทั้งยังมีความเสี่ยงที่การส่งหนังสืออุทธรณ์โดยไปรษณีย์จะมีความล่าช้า และอาจเกิดความผิดพลาดในการลงทะเบียนรับหนังสือของหน่วยงาน ในการนี้ ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า สมควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยกำหนดหลักเกณฑ์การยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยวิธีการส่งหนังสืออุทธรณ์ทางไปรษณีย์ โดยถือว่า วันส่งหนังสืออุทธรณ์ซึ่งปรากฏตามหลักฐานทางไปรษณีย์เป็นวันยื่นอุทธรณ์ ทั้งนี้ ในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของนานาอารยประเทศ

เห็นด้วย ๓๑ คน คิดเป็นร้อยละ ๘๖ เหตุผล

- เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน
- เพื่อความเป็นธรรมของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง
- การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ยื่นอุทธรณ์

- หากถือวันที่ได้รับหนังสืออุทธรณ์เป็นวันที่อุทธรณ์จะเป็นการไม่เป็นธรรมกับผู้ยื่นอุทธรณ์ หากเกิดความล่าช้าที่มีได้เกิดจากผู้ยื่นเอง ดังนั้น จึงควรถือวันที่ยื่นอุทธรณ์ตามหลักฐานที่ปรากฏทางไปรษณีย์

- เพื่อจะเป็นประโยชน์ต่อคู่กรณีได้มีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จึงควรกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ให้มีความชัดเจน

- เพื่อความชัดเจนแน่นอนในการพิจารณาสิทธิต่าง ๆ แก่ประชาชน

- กฎหมายควรให้ความสำคัญคุ้มครองผู้อุทธรณ์ซึ่งเป็นผู้เดือดร้อนมากกว่าฝ่ายผู้ออกคำสั่ง

- เป็นการอำนวยความสะดวกและให้โอกาสแก่ผู้อยู่ภายใต้บังคับคำสั่งทางปกครองได้โต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองได้อย่างเต็มที่

- เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับคำสั่งทางปกครองในการใช้สิทธิอุทธรณ์และการส่งเอกสารทางไปรษณีย์อาจมีระยะเวลาที่ไม่แน่นอน ทำให้ผู้อุทธรณ์เสียสิทธิ

- ทำให้ผู้ยื่นอุทธรณ์สามารถยื่นอุทธรณ์ได้ภายในเวลาที่กำหนดโดยไม่ต้องรวมระยะเวลาการส่งคำอุทธรณ์ อย่างไรก็ตามอย่างไรก็ดี

ไม่เห็นด้วย ๓ คน คิดเป็นร้อยละ ๘ เหตุผล

- ผู้อุทธรณ์ที่สามารถมายื่นอุทธรณ์เป็นหนังสือที่หน่วยงานได้เอง ไม่จำเป็นต้องส่งไปรษณีย์เพียงอย่างเดียว

- ไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไข แต่ต้องมีการวิพากษ์วิจารณ์และยืนยันว่าศาลปกครองตีความผิดพลาดเพราะมาตรา ๑๖๙ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใช้กับการแสดงเจตนาเพื่อทำนิติกรรมทางแพ่ง มิใช่การร้องขอให้ฝ่ายปกครองพิจารณาทบทวน แต่หากจะแก้ไขให้ชัดเจนก็ไม่ขัดข้อง

๓. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มิได้บัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้งจนไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมายตั้งแต่ต้น) เนื่องจากในชั้นการร่างกฎหมายฉบับนี้ผู้ร่างเห็นว่าเป็นแนวคิดที่ซับซ้อนและสมควรปล่อยให้มีการพัฒนาหลักในเรื่องนี้ต่อไป ซึ่งที่ผ่านมาคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้นำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ในการให้ความเห็นทางกฎหมายหลายเรื่องด้วยกัน ทั้งนี้ ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า บัดนี้สมควรที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ทั้งเหตุแห่งโมฆะกรรมและผลของโมฆะกรรม เพื่อให้หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้มีความชัดเจนเป็นระบบ และมีสภาพบังคับที่แน่นอน เช่นเดียวกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของต่างประเทศ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่และการปกป้องสิทธิของบุคคลผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง

เห็นด้วย ๓๒ คน คิดเป็นร้อยละ ๘๘ เหตุผล

- เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ และเพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองในการใช้สิทธิโต้แย้ง

- เป็นการป้องกันคู่กรณี แต่การแก้ไขในส่วนนี้ควรมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการยกเว้น เพราะจะส่งผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครองเป็นอย่างมาก

- บุคคลผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะได้ทราบถึงเหตุแห่งโมฆะกรรมและผลของโมฆะกรรมที่ชัดเจนแน่นอน การตีความกฎหมายว่าเป็นโมฆะกรรมหรือไม่ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการปฏิบัติ

- เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีความละเอียดรอบคอบในการออกคำสั่งทางปกครอง

- ทำให้เกิดความชัดเจนกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่อง/ผิดพลาด/ขัดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรง คำสั่งทางปกครองนั้นควรเสียไปตั้งแต่ต้น แต่ต้องมีการประกาศความเป็นโมฆะกรรมของคำสั่งดังกล่าวด้วย

- จะได้เป็นกฎเกณฑ์ลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจน เป็นระบบ และมีสภาพบังคับที่แน่นอน

- โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อบุคคลโดยเฉพาะผู้รับคำสั่งอย่างมาก การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะทำให้เกิดความชัดเจนและไม่เกิดปัญหาในการตีความและใช้บังคับกฎหมาย

- เพื่อให้เกิดความชัดเจน ควรกำหนดให้ชัดเจนด้วยว่า องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองนั้น

ไม่เห็นด้วย ๑ คน คิดเป็นร้อยละ ๒ เหตุผล

- ฝ่ายปกครองยังต้องทรงไว้ซึ่งอำนาจในทางปกครองในการบังคับใช้กฎหมายกับบุคคล ไม่เช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์ของรัฐในภายหลังได้

๔. โดยทั่วไปเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยยกความบกพร่องในวิธีพิจารณาทำคำสั่ง เช่น การฝ่าฝืนขั้นตอนการรับฟังคู่กรณี ขึ้นเป็นเหตุขอให้ศาลวินิจฉัยว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพิกถอนคำสั่ง หากศาลเห็นว่าเป็นการออกคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนใหญ่ศาลก็จะวินิจฉัยว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพิกถอนคำสั่งพิพาท โดยมีได้พิจารณาว่าความบกพร่องในวิธีพิจารณานั้นมีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่งหรือไม่ กล่าวคือ หากเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติโดยถูกต้องตามวิธีพิจารณานั้นแล้ว จะยังคงทำคำสั่งที่มีเนื้อหาเช่นเดิมหรือไม่ ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ต้องทำคำสั่งที่มีเนื้อหาเช่นเดิมและชอบด้วยกฎหมายทางสารบัญญัติแล้ว ย่อมไม่มีเหตุผลความจำเป็นที่จะเพิกถอนคำสั่งที่เพียงแต่บกพร่องในวิธีพิจารณาและเริ่มกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งใหม่ ทั้งนี้ หลักกฎหมายต่างประเทศพยายามจำกัดผลกระทบของความบกพร่องในวิธีพิจารณาต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครอง เช่น รัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมันที่กำหนดในมาตรา ๔๖ ว่า ลำพังความบกพร่องในวิธีพิจารณาไม่อาจยกขึ้นอ้างเป็นเหตุขอให้เพิกถอนคำสั่งได้ หากความบกพร่องนั้นไม่มีผลกระทบต่อเนื้อหาสาระของคำสั่ง ในการนี้ ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า สมควรบัญญัติหลักทำนองเดียวกันไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพื่อความมั่นคงแน่นอนของคำสั่งทางปกครองและประสิทธิภาพในการดำเนินงานขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

เห็นด้วย ๓๐ คน คิดเป็นร้อยละ ๘๓ เหตุผล

- ขั้นตอนวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่ง เช่น การรับฟังคู่กรณี เมื่อมีการเยียวยาในภายหลังก็อาจไม่มีข้อเท็จจริงสาระสำคัญที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่จะทำให้ผลของคำสั่งเปลี่ยนแปลงไป

- ควรพิจารณาเนื้อหาสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นหลัก

- หากไม่เป็นสาระสำคัญที่กระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งก็ไม่มีเหตุให้เพิกถอน แต่ต้องเป็นความบกพร่องในวิธีพิจารณาที่ไม่กระทบถึงสิทธิคู่กรณีที่เป็นสาระสำคัญด้วย เช่น การกำหนดให้ผู้ถูกออกคำสั่งมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน

- ในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งอาจมีความบกพร่องในการออกคำสั่งได้ จึงไม่ควรนำมาเป็นเหตุผลในการเพิกถอนคำสั่ง

- เพื่อให้การดำเนินงานหรือปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในบางกรณีสามารถดำเนินต่อไปได้และไม่ล่าช้า

- ศาลควรเข้ามาตรวจสอบเพียงกระบวนการขั้นตอนการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง และฝ่ายปกครองควรมีดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะดำเนินการอย่างไรได้โดยอิสระเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

- ตามมาตรา ๔๖ ของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศเยอรมัน เป็นบทจำกัดสิทธิเรียกร้องในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองไทยและศาลปกครองไม่มีแนวคิดเช่นนี้ เนื่องจากศาลใช้มาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นเกณฑ์มิใช่การละเมิดสิทธิ

- ควรพิจารณาประกอบกันทั้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือความบกพร่องว่าเป็นเรื่องของรูปแบบหรือเรื่องเนื้อหา หากความบกพร่องในเชิงรูปแบบนั้นไม่กระทบต่อเนื้อหาและเจ้าหน้าที่ยังคงต้องออกคำสั่งอยู่นั้นเอง กรณีย่อมไม่จำเป็นที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งนั้น เพื่อไม่ให้เกิดกระบวนการพิจารณาซ้ำ

- ความบกพร่องดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อผลของการออกคำสั่ง จึงไม่มีความจำเป็นต้องเพิกถอนและทำคำสั่งใหม่ซึ่งผลก็คงเป็นเช่นเดิม และเป็นการลดต้นทุนการออกคำสั่งรวมทั้งเป็นการลดคดีขึ้นสู่ศาลซึ่งเป็นต้นทุนค่าใช้จ่ายของรัฐเช่นเดียวกัน

ไม่เห็นด้วย ๓ คน คิดเป็นร้อยละ ๘ เหตุผล

- หากต้องการให้คำสั่งทางปกครองมีประสิทธิภาพ เจ้าหน้าที่ที่ควรที่จะดำเนินการบังคับใช้กฎหมายตามขั้นตอนให้ถูกต้อง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

- การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐในประเทศไทยไม่เหมือนของต่างประเทศ บ่อยครั้งที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งโดยไม่ได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์การออกคำสั่งตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง การกำหนดให้ดุลยพินิจแก่เจ้าหน้าที่เรื่องใดกระทบต่อสาระสำคัญ อาจมีแนวโน้มในการตีความเข้าข้างเจ้าหน้าที่ด้วยตนเอง

- ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ เป็นขั้นตอน/กระบวนการที่มีผลเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของผู้ได้รับผลกระทบในคำสั่ง ย่อมเป็นเหตุผลเพียงพอที่จะทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดให้ความบกพร่องในวิธีพิจารณาทั้งหมด ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบนั้นอาจไม่ถูกต้องในบางกรณี

๕. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับแก่การพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองในทุกเรื่อง หากกฎหมายเฉพาะในเรื่องใดมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะหรือบัญญัติไว้แต่มีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งคำสั่งทางปกครองส่วนหนึ่งที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้แก่ บรรดาคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐออกแก่เจ้าหน้าที่ในสังกัด เช่น คำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภายในหน่วยงาน (การบรรจุแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การอนุมัติเงินและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ฯลฯ) ทั้งนี้ หากจะมีการปรับปรุงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ โดยไม่นำหลักเกณฑ์บางเรื่องของพระราชบัญญัติดังกล่าวไปใช้บังคับแก่คำสั่งทางปกครองที่ออกแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ซึ่งต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่รู้ถึงเหตุให้เพิกถอนตามมาตรา ๔๙ วรรคสอง ท่านจะเห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร

เห็นด้วย ๒๕ คน คิดเป็นร้อยละ ๖๙ เหตุผล

- จะมีการบังคับใช้กฎหมายในแนวทางเดียวกันและไม่มีปัญหาในการตีความ

- มีความยืดหยุ่นและพิจารณาความเหมาะสมเป็นรายกรณี

- เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ
- เพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ
- อาจจะมีบางกรณีที่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไม่เหมาะสมที่บังคับใช้กับเจ้าหน้าที่รัฐ อย่างไรก็ตามก็ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่าเรื่องใดควรกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ออกแก่เจ้าหน้าที่รัฐ อยู่ในบังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพราะไม่ใช่ทุกกรณีที่จะไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

- บางกรณีหน่วยงานอาจตรวจพบเหตุเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกแก่เจ้าหน้าที่ในสังกัดตามมาตรา ๔๙ วรรคสอง เวลาในการเพิกถอนมีเพียง ๙๐ วัน นับแต่วันรู้ถึงเหตุ

- บางกรณีเป็นการปฏิบัติโดยทั่วไปไม่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิของบุคคล

ไม่เห็นด้วย ๘ คน คิดเป็นร้อยละ ๒๒ เหตุผล

- เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับผลกระทบมีสถานะเช่นเดียวกับเอกชน การดำเนินการควรมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับเอกชน

- ควรมีกฎหมายกลางในการประกันสิทธิแก่ประชาชน หากไม่มีกฎหมายกลางแล้วอาจมีความแตกต่างกันไปในฝ่ายปกครองแต่ละแห่ง ทำให้เกิดความไม่แน่นอนกับผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง

- การรู้ถึงเหตุให้เพิกถอนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีความแน่นอนกว่าของบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

- หากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายเฉพาะมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ก็สมควรอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ด้วยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

- ควรคงหลักการการเป็นกฎหมายกลางของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไว้เพื่อเป็นการประกันสิทธิของบุคคล

๖. โดยที่ปัจจุบันเทคโนโลยีสารสนเทศได้พัฒนาก้าวหน้าไปมาก ทำให้การติดต่อสื่อสารมีความสะดวกรวดเร็ว ซึ่งแม้จะมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการติดต่อสัมพันธ์ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างหน่วยงานของรัฐและประชาชนตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๔๙ ออกตามความในมาตรา ๓๕ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ แต่ก็ยังไม่ชัดเจนว่าจะนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้มากน้อยเพียงใด ในกรณีนี้ หากจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐและประชาชนด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การยื่นคำขอของประชาชนต่อหน่วยงานของรัฐ การแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยหน่วยงานของรัฐ หรือการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ไว้ให้เป็นที่ชัดเจนในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ท่านจะเห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าวหรือไม่

เห็นด้วย ๓๐ คน คิดเป็นร้อยละ ๘๓ เหตุผล

- เพื่อความสะดวกและเป็นประโยชน์เกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาในการยื่นหรือการรับอุทธรณ์ แต่ต้องมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับวันเวลาที่ส่งหรือรับทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

- มีความสะดวก แต่ควรกำหนดวิธีการปฏิบัติและผลการบังคับให้ชัดเจน

- จะเป็นการพัฒนาระบบราชการให้มีความทันสมัยและเป็นการเพิ่มความรวดเร็วในการติดต่อประสานงานระหว่างหน่วยงานรัฐกับประชาชน

- เป็นการช่วยอำนวยความสะดวกให้ประชาชน แต่อย่างไรก็ดีควรคำนึงถึงความเสมอภาคในการเข้าถึงเทคโนโลยีของประชาชนด้วย

- ศาลได้นำการยื่นฟ้อง ยื่นคำร้อง คำขอทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ต้องสร้างระบบการแสดงผลการได้รับคำสั่งทางปกครองให้ชัดเจนเพราะมีผลต่อการนับระยะเวลาเพื่อใช้สิทธิโต้แย้งคำสั่ง

- ควรมีความชัดเจนในการนับระยะเวลาว่าจะเริ่มนับเมื่อใด อย่างไรก็ดี เห็นว่าการส่งวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ควรจะนับในลักษณะเดียวกันตามกฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ฯ หรือไม่ เนื่องจากเป็นวิธีการที่ต้องมีการปรับปรุงให้ทันสมัยตามเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปจึงอาจอิงไปตามกฎหมายดังกล่าว หากกฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดวิธีการเริ่มนับระยะเวลาในการสั่งหรือยื่นคำขอไว้แล้ว

ไม่เห็นด้วย ๔ คน คิดเป็นร้อยละ ๑๑ เหตุผล

- อาจขาดการตรวจสอบในบางเรื่อง

- ปัจจุบันระบบการสื่อสารโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ของส่วนราชการ อาจมีมาตรฐานไม่เพียงพอต่อขั้นตอนดังกล่าว

- การยื่นคำขอ/การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองบางกรณีมีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะตามกฎหมายเฉพาะเรื่องนั้น ๆ แล้ว อีกทั้งการตรวจสอบคำขอ/คำอุทธรณ์นั้น เจ้าหน้าที่อาจต้องตรวจสอบเอกสารประกอบด้วยซึ่งมีจำนวนมาก อีกทั้งการยื่นทางอิเล็กทรอนิกส์อาจยื่นได้ตลอด ๒๔ ชั่วโมง แต่เจ้าหน้าที่อาจไม่ได้ตรวจสอบเรื่องทางอิเล็กทรอนิกส์ตลอด ๒๔ ชั่วโมง จึงอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้

- ควรกำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมายลำดับรอง ในขณะเดียวกันในพระราชบัญญัติก็ควรมีการกำหนดหลักการไว้ให้ชัดเจน

๗. ท่านเห็นว่าสมควรมีการบัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น ๆ นอกจากคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย ไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือไม่ เช่น เรื่องคำสั่งทางปกครองทั่วไป กฎของฝ่ายปกครอง หรือสัญญาทางปกครอง

เห็นด้วย ๓๑ คน คิดเป็นร้อยละ ๘๖ เหตุผล

- สัญญาทางปกครองมีความสำคัญและส่วนราชการได้มีการทำสัญญาทางปกครองอยู่ตลอด เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ และป้องกันมิให้เกิดความสับสนในกรณีมีการฟ้องร้อง ดำเนินคดีทางศาลว่าควรฟ้องต่อศาลใด

- จะได้มีความชัดเจนว่าการกระทำในลักษณะใดเป็นคำสั่ง ทำให้เจ้าหน้าที่และประชาชนทราบถึงสิทธิและวิธีการปฏิบัติตามกฎหมายได้ถูกต้อง

- เพื่อให้ नियามของศัพท์มีความชัดเจนและสะดวกแก่การปฏิบัติงาน แต่สำหรับสัญญาทางปกครองนั้น น่าจะเป็นเรื่องที่ยุ่ยากพอสมควร

- อาจจะต้องพิจารณาให้ละเอียดด้วยว่าสมควรบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองรูปแบบต่าง ๆ ให้ชัดเจนได้อย่างไร บางกรณีก็อาจไม่สามารถบัญญัติการกระทำทางปกครองได้ครบถ้วน

- จะได้แยกแยะได้ชัดเจนว่าเรื่องใดเป็นคำสั่งทางปกครอง เรื่องใดเป็นคำสั่งทางปกครองทั่วไป ซึ่งผลในแต่ละด้านไม่เหมือนกัน

- จะได้มีเกณฑ์ในการปฏิบัติงานในฝ่ายปกครองและคุ้มครองสิทธิประชาชน

ไม่เห็นด้วย ๓ คน คิดเป็นร้อยละ ๘ เหตุผล

- กรณีกฎของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครองน่าจะต้องมีกฎหมายแยกเป็นการเฉพาะ

๘. ท่านเห็นว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มีทบทบัญญัติใดที่ไม่ชัดเจนมีปัญหาในการบังคับใช้ หรือมีหลักการไม่เหมาะสม ซึ่งสมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไข หรือมีหลักเกณฑ์ในเรื่องใดที่ยังไม่มีการบัญญัติไว้ในปัจจุบันและสมควรบัญญัติเพิ่มเติมในกฎหมายฉบับนี้

ความเห็น

- ควรเพิ่มเติมเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามมาตรา ๕๗ เนื่องจากยังมีปัญหาในการบังคับใช้ในการยึด การอายัด และขายทอดตลาด ควรกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ขั้นตอน ในการยึด อายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สิน ให้มีความชัดเจนในการปฏิบัติ

- ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายใหม่ไม่ควรจำกัดเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ออกก่อนการแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพียง ๑ ปี

- ให้มีการแก้ไขเรื่องการนับระยะเวลาเริ่มต้นและการสิ้นสุดระยะเวลาในการวินิจฉัยอุทธรณ์

- เหตุของการเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง และผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ

- หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนขั้นตอนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

- มาตรการบังคับทางปกครองควรมีการกำหนดให้ชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการอะไรบ้าง ต้องทำอะไรบ้าง ก่อนที่จะไปยึด อายัดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ และควรให้อำนาจเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ดังเช่นเจ้าหน้าที่สรรพากรซึ่งมีอำนาจยึด อายัด ออกหมายเรียกได้ตามมาตรา ๑๒ แห่งประมวลกฎหมายรัษฎากร เพื่อให้การใช้มาตรการทางปกครองมีประสิทธิภาพ และได้รับความร่วมมือจากหน่วยงานต่าง ๆ

- คำนิยามของคำสั่งทางปกครองกว้างเกินไป ทำให้เกิดการตีความว่าการกระทำทุกอย่างที่มีผลทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอันที่จริง แล้วผลทางกฎหมายนั้นต้องเป็นผลที่ฝ่ายปกครองมุ่งหมายด้วย ในปัจจุบันศาลปกครองกลับตีความว่าการประกาศรับสมัครต่าง ๆ เป็นคำสั่งทางปกครอง ทำให้ในกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นกระบวนการที่มีคำสั่งทางปกครองหลายคำสั่ง ซึ่งไม่ควรเป็นเช่นนั้น

- ปรับปรุงแก้ไขเรื่องการบังคับทางปกครองโดยเฉพาะการใช้มาตรการทางปกครอง เพราะที่ผ่านมาหน่วยงานทางปกครองไม่สามารถใช้มาตรการทางปกครองได้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานขาดความเชี่ยวชาญและบุคคลภายนอกไม่ให้ความร่วมมือ

- บัญญัติเพิ่มเติมเรื่อง การแจ้งทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อความสะดวกรวดเร็ว

- อายุความในการพิจารณาโทษทางปกครอง

- อายุความในการฟ้องศาลปกครอง กรณีผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองไม่ชำระค่าปรับ

- ความชัดเจนของมาตรการบังคับทางปกครองกับโทษทางปกครอง มีแนวทางดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างไร

- ควรกำหนดให้กรณีที่เจ้าหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ไม่แล้วเสร็จภายใน ๙๐ วัน ให้มีผลเป็นการยกอุทธรณ์ เพื่อให้ประชาชนสามารถไปใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยเร็ว ขณะเดียวกันก็เป็นการบังคับหรือเร่งรัดให้เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาด้วย