

บทที่ 3

หลักกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ในประเทศไทยและต่างประเทศ

แนวคิดที่ว่าด้วยโมฆะกรรมของกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายต่างประเทศ¹ ในประเทศแถบภาคพื้นทวีปยุโรปที่มีหลักกฎหมายปกครองที่ก้าวหน้านั้น ต่างยอมรับแนวคิดโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองด้วยกันทั้งสิ้น โดยบางประเทศได้บัญญัติหลักในเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เช่น เยอรมัน ออสเตรีย อิตาลี สเปน โปรตุเกส ขณะที่บางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส และเบลเยียม แม้จะมีได้บัญญัติหลักดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรในต้วบทกฎหมาย แต่ก็มีทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย ที่ศาลปกครองได้นำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีจนเป็นหลักตามแนวบรรทัดฐาน (jurisprudence)

3.1 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงในประเทศไทย

ในประเทศไทยได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องคำสั่งทางปกครองไว้ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งอธิบายรายละเอียด ดังนี้

3.1.1 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ถือว่าเป็นกฎหมายกลาง หรือกฎหมายทั่วไป โดยหลักเกณฑ์ทั้งหมดเป็นเรื่องการเตรียมการและดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองและดำเนินการภายหลังจากออกคำสั่งทางปกครองในมาตรา 5 บัญญัติว่า "วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง" หมายความว่า "การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตาม

¹ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2558). *โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.krisdika.go.th [2563, 1 เมษายน]

พระราชบัญญัตินี้” แต่เมื่อพิเคราะห์ทั้งฉบับจะพบว่าไม่มีมาตราใดหรือส่วนใดกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนในการออกกฎไว้เลย² ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงใช้บังคับการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

3.1.1.1 ความหมายของคำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้บัญญัตินิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” โดยหมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ และ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งจากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ความหมายของคำสั่งทางปกครองประกอบไปด้วยความหมายโดยแท้ประการหนึ่ง และความหมายโดยผลของกฎหมายอีกประการหนึ่ง

ซึ่งความหมายโดยผลของกฎหมายนั้นปรากฏตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง ได้แก่

- 1) การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือการให้สิทธิประโยชน์ ในกรณีดังต่อไปนี้
 - (1) การส่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อมา หรือให้สิทธิประโยชน์
 - (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์
 - (3) การส่งยกเลิกกระบวนการพิจารณา คำเสนอ หรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน
 - (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน
- 2) การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

เมื่อได้พิเคราะห์บทนิยามคำสั่งทางปกครอง ประกอบกับบทนิยาม “เจ้าหน้าที่” แล้ว “คำสั่งทางปกครอง” คือ การใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อ

²วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 4.

³มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติว่า "เจ้าหน้าที่" หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทาง ปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

ต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ⁴ ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าคำสั่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากความหมายแรก คือ ความหมายโดยแท้ ซึ่งอาจแยกองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองออกได้ 5 ประการ ดังนี้

1) คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ หากมาตรการหรือการกระทำใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้อำนาจรัฐ เช่น การตกลงทำสัญญาหรือการบอกเลิกสัญญาทางแพ่งกับเอกชน ย่อมจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองไม่ได้

2) คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ คำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายถึงเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง กล่าวคือ ในกรณีหากเป็นการกระทำของเอกชนแม้จะมีผลกระทบต่อบุคคลอื่นก็ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะได้รับการมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครองแทนรัฐ หรือในกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐแม้กระทำลงโดยใช้อำนาจรัฐก็ไม่เป็นคำสั่งทางปกครองหากเป็นการกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เช่น การอนุมัติพระราชกำหนด หรือการใช้อำนาจบริหารโดยแท้ เช่น การลงนามรับรองร่างพระราชบัญญัติโดยนายกรัฐมนตรี หรืออำนาจตุลาการ เช่น การทำคำพิพากษา หรือกรณีพิจารณาในแง่องค์กรผู้ออกคำสั่ง คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ต้องถือว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียว ซึ่งหากเป็นการกระทำทางปกครองที่ต้องการความยินยอมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการกำหนดเนื้อหาของการกระทำ เช่น สัญญาทางปกครอง จึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

3) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์อันมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย เป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองขึ้นและก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมาย กล่าวคือ อาจมีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่

4) คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่เกิดผลเฉพาะกรณี ซึ่งการมีผลของคำสั่งทางปกครองเฉพาะกรณีไม่ได้หมายความว่าความจำกัดถึงขนาดที่จะต้องระบุตัวผู้รับคำสั่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น แต่หมายถึงคำสั่งที่ระบุกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอที่อาจจะระบุตัวได้ด้วย เช่น กลุ่มบุคคลที่ชุมนุมประท้วงอยู่บริเวณท่าเนียบรัฐบาล เป็นต้น

5) คำสั่งทางปกครองต้องมีผลบังคับโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองจะต้องมีผลออกไปกระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ดังนั้น การเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาออกคำสั่งทางปกครองย่อมไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งปลดออกจากราชการ

⁴ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. (2562). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 25.

คำสั่งสภาการพยาบาลที่ไม่รับรองปริญญาบัตรที่ใช้สมัครขึ้นทะเบียนออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ประกาศผลสอบคัดเลือกลูกจ้างชั่วคราว เป็นต้น

3.1.1.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์

คำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ หากพิจารณาในแง่ผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครอง เราสามารถแบ่งคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ออกได้เป็นสองประเภท คือ ประเภทแรก คำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ เช่น คำสั่งให้ทุนการศึกษา คำสั่งให้ใช้บ้านหรือรถยนต์ของทางราชการ เป็นต้น และประเภทที่สอง คำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์อย่างอื่นที่มีใช้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ เช่น คำสั่งที่มีลักษณะเป็นใบอนุญาตให้กระทำการต่าง ๆ คำสั่งบรรจุแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการ คำสั่งอนุมัติ ประกาศผลการสอบ เป็นต้น ซึ่งในการแยกประเภทของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะมีผลสำคัญในการพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการเพิกถอนและการเยียวยาความเสียหายของผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

3.1.1.3 ผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง ข้อบกพร่องในการเกิดขึ้นของนิติกรรมย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองไม่สมบูรณ์ทางกฎหมาย แต่โดยที่คำสั่งทางปกครองกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบดูแลงานของรัฐให้เป็นไปตามเป้าหมายเพื่อรักษาประโยชน์ร่วมกันของสังคมและคุ้มครองสิทธิของเอกชน จึงมีหลักว่า โดยปกติคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นจะต้องมีผลทางกฎหมายเสมอ เว้นแต่บางกรณีให้ถือว่าไม่เกิดผลเลย เสมือนไม่มีอยู่มาตั้งแต่เริ่มแรก⁵ สำหรับเรื่องผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น ในเบื้องต้นต้องแยกความชอบด้วยกฎหมายและความไม่ชอบด้วยกฎหมายกับความมีผลในทางกฎหมายและไม่มีผลในทางกฎหมายออกจากกัน ความชอบด้วยกฎหมายหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเงื่อนไขที่กฎหมายเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตาม เช่น เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎหมายฉบับที่เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น ๆ ประกอบกัน⁶ หากการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ อาจจะทำให้คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ออกมาใช้บังคับเป็นคำสั่งทาง

⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สื่อปัญญา. หน้า 179-180.

⁶ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการ ไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ ส่วนการมีผลหรือไม่มีผลทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลในทางกฎหมาย (การเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่) ที่จะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นตามความประสงค์ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง⁷

ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์⁸ ได้อธิบายถึงการแยกระดับผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครองออกได้เป็น 4 ระดับ คือ (1) ระดับที่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์อย่างรุนแรงที่สุดถึงขนาดที่ถือว่ากระทำปกครองนั้นไม่เคยมีมาก่อนเลย (2) ระดับที่มีผลกระทบทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ (3) ระดับที่มีผลกระทบทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อาจให้มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนให้การกระทำนั้นยังคงสมบูรณ์โดยไม่จำเป็นต้องยกเลิกหรือเพิกถอน และ (4) ระดับที่ไม่มีผลกระทบใด ๆ เลยต่อความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม เราจะพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองได้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ คำสั่งทางปกครองที่จะเกิดผลในทางกฎหมายได้นั้นอาจจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ แต่หากเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจนถึงขนาดตกเป็นโมฆะ ย่อมไม่เกิดผลในทางกฎหมายตามที่องค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครองมุ่งประสงค์

(ก) ผลของคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42 วรรคหนึ่ง⁹ ได้บัญญัติให้ คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลใช้บังคับบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป และวรรคสอง บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่น ถึงแม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย

⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (ม.ป.ป). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. หน้า 198.

⁸ ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2562). *กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในบริบทการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองของไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 42 คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้บังคับบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่น

เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นผลลง ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้น เนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ให้ ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นผลของ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

กฎหมายก็ตาม เว้นแต่คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงจนถึงขนาดตกเป็นโมฆะ ซึ่งในทางกฎหมายถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่แรก

การเกิดผลของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้ว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้น ไม่มีผลในทางกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองอื่นทั้งหมดจะมีผลทางกฎหมายทันทีที่ได้รับแจ้ง ซึ่งยึดหลักการ “ได้รับแจ้ง” เป็นต้นไป ไม่ว่าผู้นั้นจะรู้เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพราะเท่าที่กระบวนการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองจบสิ้นลงแล้ว ก่อนการแจ้งยังถือเป็นกระบวนการภายในฝ่ายปกครองอยู่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้นอย่างไรก็ได้ แต่เมื่อแจ้งไปถึงแล้วเป็นอันครบกระบวนการเป็นคำสั่งทางปกครองและมีผลทางกฎหมาย ส่วนการสิ้นผลตามมาตรา 42 วรรคสอง ท่านได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้ว่า คำสั่งทางปกครองเมื่อเกิดขึ้นแล้วจะมีผลเรื่อยไปจนกว่าจะถูกเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น เช่น เงื่อนไขสิ้นสุดโดยขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอน แต่คำสั่งทางปกครองบางอย่างอาจมีอายุโดยการกำหนดในกฎหมายกฎได้ เช่น กฎหมายอาจกำหนดให้ใบอนุญาตมีอายุ 5 ปี (เป็นเงื่อนไขเวลาโดยกฎหมาย) สำหรับการเพิกถอนนั้นอาจเป็นการเพิกถอนในกระบวนการอุทธรณ์ตามมาตรา 44 หรือเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 49 หรือตามมาตรา 54 หรือโดยการนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง

จึงเห็นได้ว่า การมีผลบังคับของคำสั่งทางปกครองจะเริ่มขึ้นต่อเมื่อมีการแจ้งคำสั่งนั้นไปถึงบุคคลที่ระบุไว้ในคำสั่งทราบแล้ว ซึ่งผู้รับคำสั่งจำต้องดำเนินการตามคำสั่งนั้นทันที โดยไม่ต้องคำนึงว่าคำสั่งนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะคำสั่งทางปกครองย่อมต้องชอบด้วยกฎหมายและสามารถมีผลใช้บังคับหรือได้รับการเชื่อฟังและปฏิบัติตามเสมอ ตราบเท่าที่ยังไม่ได้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนหรือสิ้นผลลง โดยเงื่อนไขเวลา เว้นแต่กรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด จนถึงขนาดมีผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นโมฆะ ไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมายหรือเสียไปตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดเล็กน้อย ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขให้ถูกต้องได้ หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติในบางเรื่อง เมื่อคำนึงถึงประโยชน์ในการปฏิบัติราชการแล้ว อาจแก้ไขเยียวยาข้อผิดพลาดนั้นในภายหลังได้ เช่น การออกคำสั่งทางปกครองโดยผิดพลาด เพราะยังไม่มีการยื่นคำขอให้ถูกต้องในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการเองไม่ได้ นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ หรือคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหลงลืมไม่ได้ให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการหรือไม่ได้รับฟังประชาชนผู้ที่จะถูกกระทบสิทธิหรือไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นให้ความเห็นชอบในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าจะต้องให้เจ้าหน้าที่นั้นให้ความเห็นชอบ

เสียก่อน ทั้งนี้ เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้แก้ไขเยียวยาข้อผิดพลาดเหล่านี้ในภายหลังแล้ว ก็จะถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์¹⁰

(ข) ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องไว้ในหลายลักษณะ ซึ่งขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงและความประจักษ์ชัดของเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น แต่โดยส่วนใหญ่แล้วจะให้น้ำหนักความสำคัญแก่วิธีสับัญญัติทางปกครองค่อนข้างน้อย เมื่อเทียบกับการให้ความสำคัญแก่สารบัญญัติทางปกครอง ทั้งนี้ อาจสรุปลักษณะของผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ในเบื้องต้น ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือผิดพลาดอย่างร้ายแรง และความผิดพลาดเป็นที่เห็นประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องการ ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนการกระทำดังกล่าวโดยให้มีผลย้อนหลังนับตั้งแต่วันที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลใช้บังคับ¹¹ (กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะ) หรือในกรณีคำสั่งทางปกครองตกเป็น โมฆะ ซึ่งแม้ว่ากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะยังไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยความเป็น โมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลปกครองไทยจะไม่รับรู้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ในทางกฎหมายซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งดังกล่าว¹² เช่นกัน รวมทั้งระบบกฎหมายจะปล่อยให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายอย่างรุนแรงมีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองมุ่งประสงค์ไม่ได้ ความไม่มีผลในทางกฎหมาย (โมฆะ) ของคำสั่งทางปกครองในกรณีย่อมเป็นไปตามสภาพและเหตุผลของเรื่อง

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ถึงขนาดรุนแรงและประจักษ์ชัดจนตกเป็น โมฆะ ในทางกฎหมายถือว่ายังมีผลใช้บังคับอยู่ตลอดเวลา นับแต่วันที่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง โดยคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีผลผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตามมีผลบังคับใช้อยู่ตลอดเวลา

¹⁰ กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2439). *สาระสำคัญและหลักกฎหมายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*. หน้า 11.

¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.526/2554 เทียบเคียง

¹² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2546 (ประชุมใหญ่)

จนกว่าจะมีการกระทำอื่นมาลบล้างคำสั่งนั้น หรือจนกว่าคำสั่งนั้นจะสิ้นผลลง¹³ ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือหากผู้รับคำสั่งทางปกครองมิได้ยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด คำสั่งนั้นย่อมถึงที่สุดและมีผลผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองในอันที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ¹⁴

(3) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง หากปรากฏในภายหลังว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือกรรมการในคณะกรรมการนั้นเป็นผู้ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง แต่คำสั่งทางปกครองที่ได้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ไปแล้ว ก่อนหน้านั้นย่อมไม่เสียไป โดยถือว่ากฎหมายได้รับรองผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้เป็นคำสั่งที่มีผลสมบูรณ์ต่อไป ตามมาตรา 19¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(4) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนบางประการ ได้แก่ การไม่มีผู้ยื่นคำขอ การไม่ได้จัดให้มีเหตุผลในการออกคำสั่ง การรับฟังคู่กรณีโดยไม่สมบูรณ์ และการไม่ได้ให้เจ้าหน้าที่อื่นเห็นชอบก่อนออกคำสั่ง แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเหตุบกพร่องดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญที่ถึงขนาดกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งและได้รับการแก้ไขเยียวยาให้ถูกต้องในภายหลังตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็ย่อมถือว่าสมบูรณ์ ไม่ถือว่ามีความบกพร่องเพราะเหตุดังกล่าวอีกต่อไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะนำเหตุบกพร่องดังกล่าวมาอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ และข้อกล่าวอ้างที่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องจากเหตุดังกล่าวย่อมตกไป

(5) คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ แต่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญและไม่ส่งผลกระทบต่อเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายและไม่อาจถูกเพิกถอนด้วยเหตุดังกล่าวได้

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2545). *ผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง*. อาจารย์ชูชา รวบรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์. หน้า 168.

¹⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 347/2550

¹⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, มาตรา 19 ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วย กฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งการพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึง การใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่

(6) คำสั่งทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดหรือผิดหลงเล็กน้อยที่เจ้าหน้าที่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ เช่น คำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือที่เจ้าหน้าที่พิมพ์ผิด หรือเขียนจำนวนนับผิด โดยที่สามารถทราบโดยบริบทแวดล้อมว่าเกิดจากการพิมพ์ผิด แม้จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องอยู่บ้างแต่ก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(7) คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครอง ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง แต่ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะกฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งขยายออกไปเป็นหนึ่งปี หากไม่มีการแจ้งระยะเวลาอุทธรณ์ตามไปหลังจากออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

3.1.1.4 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองและเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลา

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เป็นมาตรการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง หลังจากการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นสูงได้มีโอกาสทบทวน ควบคุม และตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นก่อนเสนอคดีต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล โดยมีที่มาจากหลักความรับผิดชอบตามลำดับสายงานบังคับบัญชา (Hierarchy) และหลักความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (specialization) เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นสูงย่อมมีอำนาจบังคับบัญชาจึงสามารถทบทวน ควบคุม และตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาได้ ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในอันที่จะตรวจสอบคำสั่งทางปกครองของตนได้ดีกว่าองค์กรอื่น จึงต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งนั้น ได้ตรวจสอบการใช้อำนาจของตนเสียก่อน โดยระบบการอุทธรณ์ที่นำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีลักษณะเป็น “ระบบอุทธรณ์แบบทั่วไป” (ในความหมายที่ว่าเป็นระบบอุทธรณ์ตามกฎหมายกลาง) เป็น “ระบบอุทธรณ์สองชั้น” (ในความหมายที่ว่าจะต้องอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งก่อนเป็นชั้นแรก และอาจมีการเสนอต่อไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในระดับสูงขึ้นไปอีกชั้นหนึ่งเป็นชั้นที่สอง) และผลของการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลยังทำให้ระบบการอุทธรณ์ดังกล่าวมีลักษณะเพิ่มขึ้นอีกลักษณะหนึ่ง กล่าวคือ มีลักษณะเป็น “ระบบอุทธรณ์แบบบังคับ”¹⁶ ในเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองตาม มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา

¹⁶ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (ม.ป.ป.). *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. หน้า 39 – 40.

คดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งมีการปรับใช้อย่างเคร่งครัดและถือว่าระบบการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนี้อยู่ในความหมายของขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

โดยหลักทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่ตกเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ แต่จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตาม หากบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย บุคคลนั้นจะต้องดำเนินการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองกระทำได้โดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 44¹⁷ ถึงมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้คู่กรณีต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายใน 15 วัน หรือตามขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ รวมถึงการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

โดยปกติเมื่อมีการแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับคำสั่งนั้นทราบ ระยะเวลาในการอุทธรณ์ก็จะเริ่มนับในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้ และหากบุคคลที่ได้รับคำสั่งนั้นไม่อุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมี “ผลบังคับผูกพัน” ซึ่งทำให้บุคคลนั้นจำต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น แม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม (ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ถึงขนาดที่ตกเป็น โมฆะ) เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น หรือมีเหตุที่บุคคลผู้รับคำสั่งสามารถขอให้พิจารณาใหม่ได้ เนื่องจากระบบการอุทธรณ์ที่นำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ทำให้มีผลในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีด้วย เรียกว่า “ระบบอุทธรณ์แบบบังคับ” ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

¹⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใด ไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมาย กำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือโดยระบุข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบด้วย การอุทธรณ์ไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับตาม มาตรา 56 วรรคหนึ่ง

3.1.1.5 การยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้โดยการที่เจ้าหน้าที่ปลงคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งนี้ การปลงคำสั่งทางปกครองอาจกระทำได้โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีผลเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ในแง่ทรัพย์สิน เงินทอง หรือประโยชน์อย่างอื่น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจหรือความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองมิให้ด้วย ด้วยเหตุนี้ในการที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ก็จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดไว้ในมาตรา 49 ถึง 52 จะเพิกถอนโดยอำเภอใจไม่ได้ และในบางกรณีการเพิกถอนอาจก่อให้เกิดฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าทดแทนความเสียหายสำหรับการเพิกถอน ในส่วนของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการก่อภาระแก่ผู้รับคำสั่งโดยหลักแล้วทั้งเจ้าหน้าที่และคู่กรณีต่างก็จะได้ประโยชน์จากการเพิกถอนนั้น เจ้าหน้าที่ได้ประโยชน์เพราะจะได้แก้ไขการกระทำของตนให้ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนคู่กรณีได้ประโยชน์เพราะจะเป็นการปลดเปลื้องภาระของตน การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจึงอยู่ในดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

ส่วนการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งการยกเลิกย่อมจะกระทำได้อย่างยิ่ง เพราะเมื่อเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายรัฐก็ยิ่งจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับคำสั่งมากขึ้นไปอีก ด้วยเหตุดังกล่าวพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 53 วรรคสอง จึงกำหนดเหตุที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการให้ประโยชน์เอาไว้ หากไม่เข้าเหตุที่กฎหมายกำหนดแล้วเจ้าหน้าที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้ สำหรับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เป็นการเพิ่มภาระนั้นเจ้าหน้าที่อาจกระทำได้โดยต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลภายนอกประกอบด้วย ตามมาตรา 53 วรรคหนึ่ง¹⁸

¹⁸ ข้อสังเกต การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น มาตรา 49 ถึง มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งหมดหรือบางส่วน โดยให้มีผลตั้งแต่ขณะที่เพิกถอนหรือมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ ส่วนการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครอง มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ โดยมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนได้ให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ อย่างไร จึงย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมาย

โดยที่คำสั่งทางปกครองมีคุณลักษณะที่โดดเด่นประการหนึ่งก็คือตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองและแจ้งคำสั่งทางปกครองไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับกับผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทันที โดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นแต่อย่างใด ดังนั้น โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและประจักษ์ชัด จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะซึ่งไม่เกิดผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งต้องการ อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักนิติรัฐเรียกร้องให้การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้องค์กรเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกมาสิ้นผลใช้บังคับในภายหลัง โดยทั่วไปแล้วองค์กรของรัฐที่สามารถลบคำสั่งทางปกครองย้อนได้แก่ องค์กรตุลาการ ทั้งนี้ โดยการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่ลบสั่งได้ในสองลักษณะใหญ่ ๆ คือ ในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง เช่น การแสดงเจตนายกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีเงื่อนไขในการลบสั่งหรือทำให้คำสั่งดังกล่าวสิ้นผลต่างกัน¹⁹ และนอกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์

(ก) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แบ่งออกเป็น 2 กรณีดังนี้ (1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรฝ่ายปกครองนอกกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง และ (2) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรศาล (จะได้อธิบายถึงในหัวข้อ 3.1.2ต่อไป)

1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรฝ่ายปกครองนอกกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

ในระบบกฎหมายไทยนั้น สุริยา ปานแป้น²⁰ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้ว่าเป็นการทบทวนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองแบบแก้ไขวิธีหนึ่ง เช่นเดียวกับกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นเหตุทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.

กำหนด และเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและศาลปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาอาจมีมากกว่าความเสียหายแก่บุคคลที่สามหรือประโยชน์สาธารณะ

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 246.

²⁰ สุริยา ปานแป้น. (2562). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 108.

2539 ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ไม่ว่าจะพ้นขั้นตอนการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองมาแล้วหรือไม่ก็ตาม โดยอาจริเริ่มดำเนินการเพิกถอนได้เองโดยไม่จำเป็นต้องมีคู่กรณียื่นคำขอตามมาตรา 49 วรรคหนึ่ง (ซึ่งจะแตกต่างจากการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองและการขอให้พิจารณาใหม่ซึ่งเจ้าหน้าที่จะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อมีคู่กรณียื่นคำขอเท่านั้น) แต่ทั้งนี้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชา และแม้ว่าเจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย เว้นแต่จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะ โดยที่คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งผลในทางกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการเฉพาะกรณีจึงมีผลกระทบต่อปัจเจกชน โดยตรง ซึ่งอาจจะเป็นไปในแนวทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์หรือสร้างภาระ (ไม่ให้ประโยชน์)แก่ผู้รับคำสั่งก็ได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้สิ้นผลลงตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 ถึงมาตรา 53 ไม่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่เป็นการสร้างภาระหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งก็ตาม โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1.1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการสร้างภาระ กล่าวคือ ตามมาตรา 50 วรรคหนึ่งตอนต้น กำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะกำหนดให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่กฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ ไว้เป็นพิเศษเมื่อเทียบกับหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองอันเป็นวัตถุแห่งการเพิกถอนในกรณีนี้นอกจากจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลร้ายแก่ผู้รับคำสั่งอีกด้วย กรณีจึงไม่จำเป็นต้องคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากผู้ที่รับคำสั่งก็ไม่ปรารถนาในความคงอยู่ของคำสั่งดังกล่าว จึงไม่มีประเด็นปัญหาในเรื่องของความเชื่อถือและความไว้วางใจในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงสามารถที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการสร้างภาระจึงสามารถกระทำได้ง่ายกว่ากรณีอื่น ๆ อีกทั้งเจ้าหน้าที่สามารถเพิกถอนได้ตลอดเวลา โดยไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องเพิกถอนภายใน 90 วันนับแต่วันที่ารู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นตาม มาตรา 49 วรรคสอง

(1.2) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะกำหนดให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งตามมาตรา 50 แต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งถือว่ามีผลเป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งสิ่งหนึ่งที่มีมักจะเกิดขึ้นในจิตใจของผู้รับคำสั่งคือความเชื่อและความไว้วางใจ ในความคงอยู่ของคำสั่งที่ให้ประโยชน์แก่ตน กรณีเช่นนี้จึงจำเป็นต้องคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองประกอบด้วย ในมาตรา 50 ส่วนท้าย แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง การเพิกถอนต้องเป็นไปตามบทบัญญัติ มาตรา 51 และมาตรา 52 โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะเป็นการให้เงินหรือทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 51²¹ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการ

²¹ มาตรา 51 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น กับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

ความเชื่อโดยสุจริตตามวรรคหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี

ในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้

- (1) ผู้นั้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือข่มขู่ หรือชักจูงใจ โดยการให้ ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย
- (2) ผู้นั้นได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ
- (3) ผู้นั้น ได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในกรณีที่เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ไป ให้ นำ บทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยถ้าเมื่อใดผู้รับคำสั่ง ทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือควร ได้รู้เช่นนั้นหากผู้นั้นมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตตั้งแต่เวลานั้นเป็นต้นไป และในกรณีตามวรรคสาม ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวน

ให้เงินยกตัวอย่างเช่น การให้ทุนการศึกษาแก่นักเรียน นิสิตหรือนักศึกษา การให้เงินอุดหนุนแก่สถาบันการศึกษาเอกชน การอนุมัติให้ข้าราชการเบิกค่าเช่าบ้านหรือค่ารักษาพยาบาล หรือให้ทรัพย์สิน เช่น การให้เมล็ดพืชหรือปุ๋ยแก่เกษตรกรหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ เช่น การให้นักเรียน นิสิตหรือนักศึกษายืมเงินเพื่อการศึกษาโดยปลอดดอกเบี้ย กรณีการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว บทบัญญัติ มาตรา 51 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นผู้ที่มีความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งไม่มีพฤติการณ์ตามมาตรา 51 (1) (2) (3) ที่จะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้รับคำสั่งมีพฤติการณ์ที่ไม่อาจอ้างความสุจริตได้ โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องเพิกถอนคำสั่งโดยให้มีผลย้อนหลังกลับไปในอดีต สำหรับผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เชื่อโดยสุจริตจะได้รับการคุ้มครองก็ต่อเมื่อผู้รับคำสั่งได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินสมควรแก่กรณี ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน สำหรับการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะได้รับจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง จำต้องพิจารณาให้ได้ว่าส่วนใดมีน้ำหนักมากกว่ากัน ทั้งนี้ ความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งจะมีมากหรือน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับกรณีที่ได้นำดำเนินการและได้ใช้ประโยชน์ที่ได้รับจากคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นสำคัญ หากไม่ปรากฏว่าผู้รับคำสั่งได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองแล้ว การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองย่อมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับคำสั่ง ผู้รับคำสั่งจึงไม่อาจได้รับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง แต่หากปรากฏว่าผู้รับคำสั่งได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้รับคำสั่งเสียหายเกินสมควรย่อมถือได้ว่าผู้รับคำสั่งมีความเชื่อในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ในกรณีเช่นนี้หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับคำสั่งเกินสมควร

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบการใช้ดุลพินิจให้รอบด้าน เช่น พิจารณาว่าระยะเวลา นับตั้งแต่ออกคำสั่งทางปกครองได้ล่วงพ้นไปนานแค่ไหนแล้ว หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความรุนแรงอยู่ในระดับใด หรือการเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะกระทบกับประโยชน์ของบุคคลที่สามอย่างไรหรือไม่ เป็นต้น โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับคำสั่งในความเชื่อถือและความไว้วางใจในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์นั้น

โดยซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายที่ผู้รับคำสั่งจะได้รับหากมีการเพิกถอนคำสั่ง ถ้าหากผลปรากฏว่าผู้รับคำสั่งจะได้รับ ความเสียหายเกินสมควรแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

จึงสรุปได้ว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้เงิน หรือทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ จะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงความสุจริต รวมทั้งความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยผู้รับคำสั่งทางปกครอง จะได้รับการคุ้มครองหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้รับคำสั่งทางปกครอง ได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง หรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินสมควร และเมื่อซึ่งนำหน้าระหว่างความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองกับประโยชน์สาธารณะแล้วเห็นควรคุ้มครองความสุจริตดังกล่าว

กรณีที่สอง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ซึ่งไม่ใช่เงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งสิทธิแก่ผู้รับคำสั่งตาม มาตรา 52²² แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติไว้แต่เพียงว่าเป็นกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ในบังคับมาตรา 51 เท่านั้น กล่าวคือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช่เป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ และนอกจากนี้ยังรวมถึงคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิตามกฎหมาย รับรองสถานะของบุคคล หรือเป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้เป็นผู้ค้าแผงลอยบริเวณจุดผ่อนผัน คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น ประกาศแต่งตั้งคณะเทศมนตรีการให้สัญชาติไทย การรับรองสัญชาติไทย การให้สถานะผู้ลี้ภัย เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้ไม่สามารถแบ่งแยกได้ ดังนั้น หากมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้แล้ว จะต้องเพิกถอนทั้งหมด มิฉะนั้นแล้วก็จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้เลย และหากเจ้าหน้าที่ฝ่าย

²² มาตรา 52_ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 51 อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนได้ แต่ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหาย เนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และให้นำความในมาตรา 51 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น

ค่าทดแทนความเสียหายตามมาตรานี้จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ไม่ถูกเพิกถอน

ปกครองจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จะต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่ง และประโยชน์สาธารณะประกอบกัน และหากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หรือมิฉะนั้นผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเงินค่าทดแทนความเสียหายดังกล่าวจะต้องมีจำนวนไม่มากไปกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน หรือผู้รับคำสั่งจะต้องร้องขอค่าทดแทนภายใน 180 วันนับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

(ข) ระยะเวลาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 วรรคหนึ่ง ได้วางหลักว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะกระทำเมื่อใดก็ได้ กล่าวคือ จะกระทำเมื่อพ้นกำหนดเวลาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือพ้นกำหนดเวลาการนำคดีไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการนำคดีไปสู่การวินิจฉัยคดีปกครอง เช่น หากมีการฟ้องคดีต่อศาลว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมาเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ผลก็ย่อมที่จะยุติเป็นที่สุดตามคำพิพากษาของศาล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะทำการเพิกถอนให้มีผลเป็นประการอื่นอีกไม่ได้ ส่วนกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่เป็นการห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวหากเข้าเหตุให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ส่วนการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับคำสั่ง โดยมาตรา 49 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักไว้ว่าต้องกระทำภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้อ้างถึงเหตุที่ให้เพิกถอนคำสั่งนั้น ดังนั้น โดยระยะเวลา 90 วันย่อมเริ่มนับเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ทราบเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งตลอดจนข้อเท็จจริงทั้งหลายที่จำเป็นต้องใช้ประกอบการตัดสินใจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากระยะเวลาดังกล่าวได้ล่วงพ้นไปแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจที่จะเพิกถอนคำสั่งนั้น ได้อีก เว้นแต่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์นั้นจะได้ทำขึ้นเพราะการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือด้วยการข่มขู่ หรือการชักจูงใจ โดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(ค) การกำหนดขอบเขตแห่งผลบังคับในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ขอบเขตแห่งผลบังคับในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คือ การกำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเกิดผลในทางกฎหมายซึ่งมีผลต่อความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองในห้วงเวลาหนึ่ง หรือมีผลต่อความคงอยู่ของเนื้อหาส่วนใดส่วนหนึ่งของคำสั่งทางปกครองนั้น โดยการกำหนดขอบเขตดังกล่าวแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีการเพิกถอนบางส่วนในแง่สาระของคำสั่ง ใช้ในกรณีที่เนื้อหาส่วนใดของคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ถูกต้องก็อาจเพิกถอนเพียงเนื้อหาส่วนนั้น และกรณีการเพิกถอนบางส่วนในแง่เวลา ใช้ในกรณีที่กำหนดให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปในอดีตนับแต่วันที่ออกคำสั่งหรือนับแต่ช่วงเวลาหนึ่ง หรือกำหนดมีผลขณะที่เพิกถอน หรือกำหนดให้มีผลไปในอนาคต ซึ่งตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนด ให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ อย่างไรก็ดี การกำหนดขอบเขตของผลบังคับในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปในอนาคตย่อมไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อ โดยสุจริตของผู้รับคำสั่งเนื่องจากการไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งที่ได้รับมาแล้ว แต่หากกำหนดขอบเขตผลบังคับในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตย่อมส่งผลกระทบต่อความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่ง กล่าวคือ ในกรณีที่กำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์ที่ได้รับมาแล้วของผู้รับคำสั่งและเป็นการทำลายความเชื่อในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองอีกด้วย ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 มาตรา 51 วรรคสี่ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตของผลกระทบในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังเอาไว้ การที่จะเรียกคืนเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งรับไปแล้วได้เพียงใดนั้น ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลากมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลมโดยพิจารณาจากความสุจริตของผู้รับคำสั่งเป็นสำคัญ หากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง หรือควรได้รู้เช่นนั้น หากผู้นั้นมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงให้ถือว่าผู้รับคำสั่งตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตและต้องคืนประโยชน์ตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป

ดังนั้น จากการศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่อาจเพิกถอนได้ จะมีหลักเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังเช่น องค์ประกอบของคำสั่งทางทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย วิธีการดำเนินการตามเงื่อนไขและระยะเวลาในการฟ้องร้องคดี ระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง รวมทั้งวิธีการฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครอง แต่ในระบบกฎหมายของไทยในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ยังมีได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ทำให้มีความ

ชัดเจนและแน่นอน จึงอาจเกิดปัญหาจากการนำหลักกฎหมายและแนวความคิดหรือทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีได้ ยกตัวอย่างเช่น ในคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงหรือที่เรียกว่า คำสั่งทางปกครองที่ตกเป็น โฆษณานั้น โดยปกติคู่กรณีหรือบุคคลทั่วไป ไม่ทราบถึงเหตุแห่งความเป็น โฆษณานั้น โดยจะเข้าใจว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายมาก่อน จนกระทั่งมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล จึงทำให้ทราบถึงความเป็น โฆษณของคำสั่งทางปกครองนั้นและไม่ต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขระยะเวลาการอุทธรณ์ รวมทั้งอายุความในการฟ้องคดีต่อศาล เนื่องจากผลของความเป็น โฆษณ ถือว่าไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น และไม่จำเป็นต้องมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั่นเอง ดังที่จะได้ศึกษาในหัวข้อของบทต่อไป

3.1.2 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในที่นี้จะขออธิบายเพียงบางส่วน ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 42 วรรคสอง และการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ได้ดังนี้

(1) เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 42 วรรคสอง²³ ได้กำหนดให้การฟ้องคดีต่อศาลจะกระทำได้อีกเมื่อผ่านระบบการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นของฝ่ายปกครองเสียก่อน หรือก็คือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองดังที่ได้กำหนดไว้ในเงื่อนไขการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 44 ถึงมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการฟ้องคดี หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขศาลก็จะปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

(2) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรศาลโดยที่ในคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล

²³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทั้งหมดหรือบางส่วนได้ และมาตรา 72 วรรคสอง กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าการเพิกถอนคำสั่งนั้นจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดทำคำพิพากษาของศาลปกครองดังกล่าว เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้กรอบของกฎหมายแห่งนิติรัฐซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักความยุติธรรม ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจสร้างดุลยภาพที่เป็นธรรมระหว่างประโยชน์ที่จะได้รับจากการกำหนดคำสั่งบังคับให้เพิกถอนกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการยอมรับผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ดำรงอยู่ก่อนเวลาที่ศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอน และโดยที่ภารกิจของศาลปกครองในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะที่เน้นการคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญเช่นเดียวกับคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ดังนี้ จึงมีความเห็นในทางตำราวิชาการว่าด้วยหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองว่า คำพิพากษาที่เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองย่อมมีผลเป็นการทั่วไป ไม่ได้ผูกพันแต่เฉพาะคู่กรณีเท่านั้น แม้ว่าศาลปกครองจะมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษามาตรา 69 วรรคหนึ่ง (7) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองแล้วจะเห็นว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้บังคับให้ศาลต้องระงับคำสั่งบังคับที่กำหนดในมาตรา 72 ในการทำคำพิพากษาเสมอในทุกกรณีด้วยเหตุนี้ แม้ว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนจะไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ศาลก็มีอำนาจทำคำพิพากษาวินิจฉัยยืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น โดยไม่จำเป็นต้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองในทุกกรณี ถ้าหากการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นจะกระทบกระเทือนประโยชน์ที่ดำรงอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างร้ายแรงศาลจะคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนั้น ในตำรากฎหมายของ ฤทัย หงษ์ศิริ มีการยกตัวอย่างกรณีที่ศาลปกครองอาจไม่เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเหตุผลเพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะของบุคคลได้ เช่น กรณีการสอบคัดเลือกเด็กเข้าเรียนที่ใช้การรับบริจาคเป็นเกณฑ์ซึ่งเป็นการกระทำโดยเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม แม้ศาลจะเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ศาลก็สามารถสั่งไม่เพิกถอนการคัดเลือกดังกล่าวได้ หากเด็กได้เข้าเรียนมาหลายปีแล้วและการเพิกถอนไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ฟ้องคดี การพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 ได้บัญญัติเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจได้อย่าง

กว้างขวางในกรอบของกฎหมายแห่งนิติรัฐซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักความยุติธรรม กล่าวคือกฎหมายไม่ได้บังคับให้ฝ่ายปกครองจะต้องมีคำบังคับโดยสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป หรือหากเป็นกรณีศาลปกครองมีคำบังคับหรือสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็มีอำนาจกำหนดคำบังคับโดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตตามความเป็นธรรมแห่งกรณีได้²⁴

3.1.3 ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงขององค์กรสำคัญที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย

ตัวอย่างแนวทางการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองของประเทศไทย ได้แก่

3.1.3.1 แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา

คณะกรรมการกฤษฎีกา ในฐานะองค์กรที่ปรึกษาทางกฎหมายได้มีโอกาสวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการให้ความเห็นทางกฎหมายนี้จะช่วยพัฒนาหลักกฎหมายปกครองในเรื่องนี้ให้สมบูรณ์ในอนาคตอีกทางหนึ่งด้วย

(1) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 590 / 2549

การที่คณะกรรมการว่าด้วยฉลากไม่มีอำนาจที่จะกำหนดให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ซึ่งถือเป็นอาหารให้เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่คณะกรรมการว่าด้วยฉลากได้มอบอำนาจให้เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอาหารเป็นผู้ออกประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก ลงวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2549 และคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504 / 2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ลงวันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2549 การออกประกาศและคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการออกนิติกรรมทางปกครองโดยที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจ ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของการมอบอำนาจที่ผู้มอบอำนาจจะต้องมีอำนาจดำเนินการในเรื่องนั้นเสียก่อนจึงจะมอบอำนาจนั้นไปยังผู้รับมอบอำนาจได้ เหตุของการออกประกาศและคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายในความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 590 / 2549 นี้ คือ ผู้ออกนิติกรรมทางปกครองได้ออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุผลสภาพภายนอกนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากมีความบกพร่องในเรื่องความสามารถในการออกนิติกรรมทางปกครอง หรือเป็นนิติกรรมทาง

²⁴ ประพฤกษ์ ชมพู่. (2554). *หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ : วิเคราะห์กรณีศาลปกครองสูงสุด พิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร*. หน้า 166.

ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติในเรื่องเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจในเนื้อหาของเรื่องนั้น

(2) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 674 / 2552²⁵

. . . ในการตอบข้อหารือของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ซึ่งมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า องค์การบริหารส่วนตำบลศาลาครุ อำเภอหนองเสือ จังหวัดปทุมธานี ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนนาย ฉ. ในเรื่องทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการครั้งดำรงตำแหน่งปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลสามโคก อำเภอสามโคก จังหวัดปทุมธานี ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนเห็นควรให้ยุติเรื่องโดยนาย ฉ. ปฏิบัติหน้าที่แทนนายกองค์การบริหารส่วนตำบลศาลาครุ เห็นชอบด้วยกับการยุติเรื่องเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2550 แล้ว รายงานการดำเนินการทางวินัยไปยังคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบล จังหวัดปทุมธานี ซึ่งคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบล จังหวัดปทุมธานี พิจารณาแล้วมีความเห็นว่านาย ฉ. เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการดำเนินการทางวินัย แม้จะสั่งในฐานะนายกองค์การบริหารส่วนตำบลศาลาครุ ย่อมถือเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงเห็นควรให้องค์การบริหารส่วนตำบลศาลาครุสอบสวนเพิ่มเติม นาย ฉ. จึงได้ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบล จังหวัดปทุมธานีว่า กรณีนี้เมื่อคณะกรรมการสอบสวนได้หรือสรุปความเห็นให้ยุติเรื่อง เนื่องจากไม่มีหลักฐานเพียงพอตามที่ถูกกล่าวหา และตนได้พิจารณาในฐานะนายกองค์การบริหารส่วนตำบลศาลาครุเห็นชอบด้วยแล้วรายงานการดำเนินการทางวินัยไปยังคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบลจังหวัดปทุมธานี ต่อมาเมื่อมีพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2550 กรณีของตนน่าจะต้องด้วยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ที่กำหนดให้บรรดาผู้ถูกดำเนินการทางวินัยในกรณีกระทำความผิดวินัยซึ่งผู้บังคับบัญชาได้สั่งยุติเรื่องก่อน หรือในวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ. 2550 ให้ผู้นั้นไม่ต้องถูกดำเนินการทางวินัยในกรณีนั้นต่อไป ในการนี้ กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น จึงขอหาหรือว่า การสั่งยุติเรื่องโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะทำให้ นาย ฉ. ไม่ถูกดำเนินการทางวินัยในกรณีนั้นอีกต่อไปตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ ด้วยหรือไม่และกรณี นาย ฉ. ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบล ปฏิบัติหน้าที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบลออกคำสั่งยุติเรื่องโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กรณีมีส่วนได้เสียหรือมีสภาพร้ายแรงทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ดังนั้น จะถือว่าคำสั่งเป็นโมฆะหรือไม่ประการใด

²⁵ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเพิกถอนคำสั่งยุติเรื่องการดำเนินการทางวินัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการล้างมลทินตามพระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550.

กรณีตามข้อหาหรือนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 11) พิจารณาแล้วได้ให้ความเห็นสรุปได้ว่า การที่ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลศาลาครุ ขณะที่ยังรักษาการแทนนายกองค์การบริหารส่วนตำบลศาลาครุ ได้ออกคำสั่งยุติเรื่องการดำเนินการทางวินัยในกรณีของตนเองเป็นคู่กรณี นั้น ตามมาตรา 13 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นคู่กรณีทำการพิจารณาทางปกครอง เมื่อปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลศาลาครุ รักษาการแทนนายกองค์การบริหารส่วนตำบลศาลาครุออกคำสั่งยุติเรื่องการดำเนินการทางวินัยในกรณีของตนเองเป็นคู่กรณี จึงมีผลให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ แต่ไม่ถึงกับไม่มีคำสั่งดังกล่าวอยู่เลย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า คำสั่งนั้นยังไม่ถูกเพิกถอนจึงเป็นกรณีที่มีการสั่งยุติเรื่องการดำเนินการทางวินัยก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัติล้างมลทิน ไซ้บังคับผู้ถูกดำเนินการทางวินัยย่อมได้รับผลตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทำให้ไม่ต้องถูกดำเนินการทางวินัยในกรณีนั้น ๆ ต่อไป

3.1.3.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทย

ถึงแม้ว่าในระบบกฎหมายไทยจะยังไม่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง หรือ ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ก็มีให้หมายความว่าการศาลปกครองปฏิเสธหลักการดังกล่าว ดังนั้น จากการศึกษาและค้นคว้าคำพิพากษาของศาลปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง พบว่าศาลปกครองได้เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย ไว้ในหลายคดี ดังนี้

(1) ที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.47/2546²⁶

คดีนี้เป็นคดีที่โอนมาจากเรื่องที่ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ โดยคดีนี้หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าคำพิพากษา “คดี อบต. ผาจุก” โดยสรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลผาจุก) ได้ดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดแก่เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญาจ้างก่อสร้างถนน กรณีเกิดความเสียหายจากการที่ทางราชการต้องจ่ายเงินสูงกว่าที่ควรจะเป็น โดยความเสียหายเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความบกพร่องและประมาทเลินเล่อของเจ้าหน้าที่จำนวน 4 คน คือ ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนการคลังขององค์การบริหารส่วนตำบลผาจุกในขณะนั้นและเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องอีก 3 คน ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงฯ มีความเห็นและมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีและเจ้าหน้าที่รวม 4 คน ร่วมรับผิดชอบใช้เงินจำนวน 71,358.20 บาท ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี โดยก่อนออกคำสั่งผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ส่งสำนวนการ

²⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดีหมายเลขแดงที่ อ.47/2546..

สอบสวนข้อเท็จจริงดังกล่าวให้แก่กระทรวงการคลังตรวจสอบเนื่องจากเห็นว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างไม่ร้ายแรง ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งว่าผู้ฟ้องคดีควรรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดแก่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นจำนวนเท่าใด

ศาลปกครองชั้นต้น พิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกับเจ้าหน้าที่อีก 3 คน ร่วมกันรับผิดชอบใช้เงินจำนวน 71,358.20 บาทโดยไม่ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ทั้งที่เป็นเรื่องที่ไม่ได้รับยกเว้นตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการที่เป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่ง นอกจากนี้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้ชดใช้เงินในฐานะลูกหนี้ร่วม โดยไม่ได้ระบุว่าผู้ใดต้องรับผิดชอบใช้เฉพาะส่วนของตนเท่าใดและไม่ได้พิจารณาว่าบุคคลทั้ง 4 คน กระทำการด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ อย่างไร สาระสำคัญของคำสั่งดังกล่าวจึงขัดกับมาตรา 8 และมาตรา 10 และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่า เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในบทบัญญัติมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่า เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อจงใจกระทำให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายต้องการ นอกจากนี้ ยังปรากฏข้อเท็จจริงที่รับฟังได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นกรณีกระทำละเมิดที่เกิดจากเหตุทั่วไปและมีจำนวนเงินตั้งแต่ 50,000 บาท แต่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้รายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบก่อนตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ไม่ต้องรายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบ ฉบับลงวันที่ 28 ตุลาคม 2541 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีต้องปฏิบัติ แม้อาจจะได้มีการแก้ไขจำนวนเงินค่าเสียหายที่กำหนดให้รายงานกระทรวงการคลังตรวจสอบโดยแก้ไขจากเดิมเป็น 100,000 บาท ก็ตาม ก็มิได้มีผลเป็นการลบเลือนการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ตามประกาศกระทรวงการคลัง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ความเสียหายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีมิได้เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีก็ได้ยืนยันไว้ในอุทธรณ์ที่ยื่นต่อศาลปกครองสูงสุดว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีกับพวกเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างไม่ร้ายแรง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีอำนาจเรียกให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามนัยมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ทั้งกรณีนี้เป็นความเสียหายที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรายงาน

กระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบก่อนแต่ผู้ถูกฟ้องคดีก็มีได้รายงานกระทรวงการคลัง ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินตามหนังสือดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นเมื่อถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้โดยไม่ต้องยื่นอุทธรณ์ก่อนร้องทุกข์ และเมื่อเรื่องร้องทุกข์ได้โอนมาเป็นคดีของศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองย่อมมีอำนาจรับคดีไว้พิจารณาพิพากษาต่อไปได้ และเมื่อคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่ง เพราะคำสั่งนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว จึงพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นไม่เพิกถอนคำสั่ง แต่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีระงับการกระทำเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินแก่ผู้ถูกฟ้องคดี แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเกี่ยวกับการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากความเข้าใจผิดของคู่กรณีและลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งให้ชดใช้เงินของหน่วยงานของรัฐ เพราะเป็นปัญหาที่ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกับคดีนี้หรือไม่ คู่กรณีจึงชอบที่จะอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งตามขั้นตอนและวิธีการที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือที่กฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อน

(2) ศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531/2552

สรุปข้อเท็จจริงในคดีนี้ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบในหลักการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กระทรวงอุตสาหกรรม) กำหนดพื้นที่ที่จะอนุญาตให้ทำเกลือสินเธาว์และเขตที่จะอนุญาตให้สูบน้ำเกลือได้ดิน โดยมีเงื่อนไขว่า พื้นที่ที่จะอนุญาตจะต้องเป็นพื้นที่ซึ่งเคยมีการทำเกลืออยู่เดิม หรือมีความเหมาะสมในด้านแหล่งน้ำใต้ดิน แหล่งน้ำผิวดิน และไม่เป็นแหล่งเกษตรกรรม โดยมีหลักการว่า ห้ามทำเกลือในพื้นที่ป่าไม้ พื้นที่ที่เหมาะสมแก่การเกษตร เป็นต้น และกำหนดให้การทำเกลือสินเธาว์เป็นอุตสาหกรรมเหมืองแร่ที่ใช้เทคโนโลยีอันไม่เกิดผลเสียหายแก่สิ่งแวดล้อม ห้ามทำกิจการด้วยวิธีอื่นใดที่ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด และการอนุญาตต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด รวมทั้งให้สำนักงานคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติให้ความเห็นประกอบการพิจารณาอนุญาต ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อาศัยอำนาจตามมาตรา 33 (1) แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 ดำเนินการออกประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดท้องที่ที่จะอนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์และสูบน้ำหรือสูบน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2534 โดยในจังหวัดนครราชสีมาได้กำหนดให้บ้าน โพนไพล หมู่ที่ 2 ตำบลพังเทียม อำเภอโนนไทย (ปัจจุบันเปลี่ยนเป็นอำเภอพระทองคำ) เป็นพื้นที่หนึ่งที่จะอนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์ฯ ซึ่งต่อมามีผู้ได้รับอนุญาต ในปี พ.ศ. 2547 จำนวน 8 ราย ผู้ฟ้องคดีทั้ง 22 คน ซึ่งได้รับผลกระทบ

จากประกาศดังกล่าวเห็นว่าประกาศออกโดยสำคัญผิดเนื่องจากพื้นที่บ้าน โพน ไพลไม่เคยเป็นพื้นที่ที่ทำเกลือมาก่อน แต่เป็นพื้นที่ที่เหมาะสมแก่การเกษตร อีกทั้งประกาศพิพาทยังออกมาโดยไม่มีความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติประกอบการพิจารณาอนุญาตจึงไม่สอดคล้องกับมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2534 จึงฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ยกเลิกประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เฉพาะข้อ 2.3

ศาลปกครองนครราชสีมาเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 33 (1) ดังกล่าวให้อำนาจผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการออกประกาศกำหนดจำนวนโรงงานแต่ละประเภทหรือชนิดตามที่กฎกระทรวงฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2512) และบัญชีท้ายกระทรวง จะอนุญาตให้ตั้งหรือขยายหรือที่จะไม่อนุญาตให้ตั้งหรือขยายโรงงานในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งได้ แต่ประกาศพิพาทเป็นการออกเพื่อกำหนดท้องที่ที่จะอนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์ การออกประกาศพิพาทจึงไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 33 (1) แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 และไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาที่ศาลต้องวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกประกาศพิพาทตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เมื่อตามมาตรา 33 (1) บัญญัติให้ก่อนที่จะออกประกาศเพื่อกำหนดจำนวนโรงงานแต่ละประเภทหรือชนิดที่จะอนุญาตฯ ต้องส่งนำประกาศดังกล่าวไปให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ แต่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้ส่งประกาศพิพาทไปให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อนที่จะประกาศในราชกิจจานุเบกษาอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่มาตรา 33 (1) กำหนด ส่วนมติเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2534 นั้นเป็นเพียงมติที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในหลักการเกี่ยวกับการกำหนดพื้นที่และมาตรการควบคุมการทำเกลือจากน้ำเกลือใต้ดินเท่านั้น ประกาศพิพาทจึงออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะผิดพลาดชัดเจนและร้ายแรง ซึ่งในทางกฎหมายถือเสมือนว่าไม่มีกรออกประกาศพิพาท ศาลจึงไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฉบับดังกล่าวเพราะประกาศฉบับดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว²⁷ ทั้งนี้ โดยเทียบเคียงตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 47 / 2546

²⁷ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาที่ อ. 1188/2559 มีข้อสังเกต อย่างไรก็ตาม การที่ศาลปกครองสูงสุดจะยกคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นแล้วส่งสำนวนคดีขึ้นไปยังศาลปกครองชั้นต้นเพื่อให้พิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ โดยแจ้งคำสั่งไม่รับคำฟ้องข้อหาที่ 1 ไว้พิจารณา ให้ผู้ฟ้องคดีทั้ง 22 คน ทราบเพื่อใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดย่อมไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีดังกล่าว และคดีอาจล่าช้าเนื่องจากเป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คำฟ้องในข้อหาที่ 1 อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลปกครองสูงสุดจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาในคดีนี้ตามข้อ 111 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

(3) ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 1188/ 2559

หน้าที่ 56 วินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นำประกาศฉบับดังกล่าวลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2534 โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมไม่ได้นำประกาศฉบับดังกล่าวเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ จึงไม่ชอบด้วยรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ อันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ตามมาตรา 33 (1) แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 การที่ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดท้องที่ที่อนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์และโรงงานสูบน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2534 ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฉบับดังกล่าว ศาลจึงไม่จำเป็นต้องคำพิพากษาเพิกถอนประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดท้องที่ที่อนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์และโรงงานสูบน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2534 เพราะประกาศฉบับดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัวนั้น เป็นการวินิจฉัยก้าวล่วงเข้าไปในข้อหาที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุดและเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสองเข้าใจว่าศาลไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เพราะประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฉบับดังกล่าวไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว และเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสองไม่อุทธรณ์ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่าประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งศาลจะยกขึ้นวินิจฉัยและพิพากษาหรือมีคำสั่งได้ตาม ข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 พิพากษาแก้คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้เพิกถอนประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดท้องที่ที่อนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์และโรงงานสูบน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2534 เฉพาะข้อ 2.3 ที่กำหนดให้บ้านโพนไพล ตำบลพังเทียม อำเภอโนนไทย (ปัจจุบันเปลี่ยนเป็นอำเภอพระทองคำ) จังหวัดนครราชสีมา เป็นท้องที่ที่อนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์และโรงงานสูบน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน ตั้งแต่วันที่ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือ วันที่ 24 ตุลาคม 2534 นอกจากที่แก้ ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดท้องที่ที่อนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์และโรงงานสูบน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2534 ไม่ชอบด้วยรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ที่กำหนดไว้ตามมาตรา 33 (1) แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 พิพากษาแก้คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดท้องที่ที่อนุญาตให้ตั้งโรงงาน

ทำเกลือสินเธาว์และโรงงานสูบหรือนำน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2534 เฉพาะข้อ 2.3 ซึ่งคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ แม้จะวินิจฉัยว่าประกาศดังกล่าวไม่ชอบด้วยรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ที่กำหนดไว้ตามมาตรา 33 (1) แห่งพระราชบัญญัติโรงงานพ.ศ. 2512 แต่พอจะสรุปได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นการบกพร่องในแบบพิธีการเท่านั้นน่าจะยังไม่ถึงขั้นที่มีลักษณะที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เพียงแต่เป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองสามารถพิพากษาเพิกถอนเสียได้²⁸

(4) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526/2554²⁹

ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (เทศบาลเมืองพระประแดง) ได้ตราเทศบัญญัติเทศบาลเมืองพระประแดง เรื่องการกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอย พ.ศ. 2545 ขึ้น โดยมีบัญญัติราคาค่าธรรมเนียมต่อท้ายเทศบัญญัติดังกล่าว โดยได้กำหนดอัตราค่าเก็บและขนสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยไว้ด้วย ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ปลัดเทศบาลเมืองพระประแดง) ปฏิบัติราชการแทนนายกเทศมนตรีเมืองพระประแดง ได้ออกประกาศเทศบาลเมืองพระประแดง เรื่อง การปรับอัตราค่าธรรมเนียมการเก็บขยะมูลฝอย ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2547 โดยได้กำหนดการปรับอัตราค่าธรรมเนียมการเก็บขยะมูลฝอยขึ้นใหม่ ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งประกอบอาชีพค้าขายอยู่ในเทศบาลเมืองพระประแดงได้รับความเดือดร้อนจากประกาศดังกล่าวเนื่องจากมีอัตราค่าธรรมเนียมการเก็บขยะมูลฝอยสูงขึ้นจากเดิม จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ยกเลิกประกาศเทศบาลเมืองพระประแดง

ศาลปกครองชั้นต้น พิจารณาแล้วเห็นว่าประกาศพิพาทเป็นการกระทำทางกฎหมายอันมีลักษณะเป็นกฎ ซึ่งเมื่อกระทำโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงเป็นการออกประกาศเทศบาลโดยปราศจากอำนาจ เนื่องจากการดำเนินการใด ๆ เพื่อกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในเรื่องนี้กฎหมายกำหนดให้กระทำเป็นเทศบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นอกจากนี้ เนื้อหาในส่วนอัตราค่าธรรมเนียมที่กำหนดในประกาศเทศบาลดังกล่าวมีลักษณะขัดแย้งกับอัตราค่าธรรมเนียมที่กำหนดไว้ในเทศบัญญัติเทศบาลเมืองพระประแดง ประกาศเทศบาลดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นจึงพิพากษาให้ยกเลิกประกาศฉบับดังกล่าวนับตั้งแต่วันที่คดีถึงที่สุด

ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติการสาธารณสุขพ.ศ. 2535 บัญญัติให้เทศบาลมีอำนาจตราเทศบัญญัติเพื่อกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการให้บริการเก็บและขนสิ่งปฏิกูลหรือขยะมูลฝอยได้แต่ต้องไม่เกินอัตราขั้นสูงตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยอัตราค่าธรรมเนียมการให้บริการเก็บขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยและอัตราค่าธรรมเนียมอื่นๆ พ.ศ. 2545 เมื่อเทศบัญญัติใดมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมเทศบัญญัติดังกล่าวจะต้อง

²⁸ ความเห็นจากการจัดเวทีเสวนาแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างตุลาการศาลปกครองกับพนักงานคดีปกครอง, สำนักงานศาลปกครองเพชรบุรี, กันยายน 2561.

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526/2554

กระทำโดยการตราเป็นเทศบัญญัติด้วยกระบวนการอย่างเดียวกัน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกเพียงประกาศเทศบาลเมืองพระประแดงเพื่อปรับอัตราค่าธรรมเนียมการเก็บขยะมูลฝอย จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกประกาศดังกล่าวโดยปราศจากอำนาจ และโดยที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและขนสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยจากประชาชนนั้น ให้เป็นอำนาจของเทศบาลที่จะกระทำได้แต่ต้องกระทำโดยออกเป็นเทศบัญญัติและจะกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินอัตราตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งหมายความว่า กฎหมายได้ระบุไว้แล้วว่า ผู้ทรงอำนาจในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมดังกล่าวก็คือ สภาเทศบาลโดยความเห็นชอบของผู้ว่าราชการจังหวัดและจะต้องกระทำในรูปแบบของเทศบัญญัติ ดังนั้น การออกประกาศพิพาทโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจของสภาเทศบาลและผู้ว่าราชการจังหวัด และเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีสภาพความร้ายแรงถึงระดับที่ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เคยมีอยู่เลย แต่เนื่องจากมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับได้แต่เพียงสั่งให้เพิกถอนกฎที่ศาลเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยที่ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ จึงแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนประกาศเทศบาลเมืองพระประแดง โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ 1 ตุลาคม 2547 อันเป็นวันที่ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับ

(5) คำพิพากษาศาลปกครองเพชรบุรี คดีหมายเลขแดงที่ บ.12/2559³⁰

เรื่อง ผลบังคับใช้ของการประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ กรณีผู้ได้รับคัดเลือกบางรายได้ทำการทุจริต โดยข้อเท็จจริงคดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (อธิบดีกรมการปกครอง) ได้จัดการสอบคัดเลือกเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ 2552 ซึ่งมีผู้ได้รับการคัดเลือกรวมทั้งสิ้น 286 คน ตามประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ลงวันที่ 23 เมษายน 2552 ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้เข้ารับการสอบคัดเลือกด้วย ต่อมาผู้ร้องเรียนไปยังสำนักงาน ป.ป.ช. ว่า มีการทุจริตในการสอบคัดเลือก คณะกรรมการ ป.ป.ช. ใต้สวนแล้วเห็นว่า มีการทุจริตในการสอบคัดเลือกโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบการสอบได้รับคำสั่งให้ช่วยเหลือผู้เข้าสอบจำนวนหนึ่งให้เป็นผู้สอบได้ โดยมีผู้กระทำทุจริตจำนวน 139 คน รวมถึงผู้ฟ้องคดีด้วย แต่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติให้กันผู้ฟ้องคดีกับพวก รวม 20 คน ไว้เป็นพยาน จึงชี้มูลความผิดเพื่อให้มีการลงโทษทางวินัยและดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ที่กระทำทุจริตเพียง 119 คน ส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีกับพวกรวม 20 คนดังกล่าวไม่ถูกลงโทษทางวินัยและ

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองเพชรบุรี คดีหมายเลขแดงที่ บ.12/2559

ไม่ถูกดำเนินคดีอาญา ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมการปกครอง) ได้หารือไปยังเลขาธิการ คณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับวิธีดำเนินการเพิกถอนประกาศผลการคัดเลือกดังกล่าว

ศาลปกครองเพชรบุรีเห็นว่า เมื่อประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือก ข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอฯ มีลักษณะเป็นประกาศที่ให้สิทธิแก่ผู้มีชื่อใน ประกาศได้เข้ารับการอบรมหลักสูตรนายอำเภอจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ แต่เนื่องจาก ประกาศดังกล่าวได้ทำขึ้นจากการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงเกี่ยวกับคะแนน สอบที่แท้จริงในส่วนของผู้ฟ้องคดีและผู้ที่ยื่นกรรมการป.ป.ช. กันไว้เป็นพยานรวมทั้งผู้ที่ถูก กล่าวหาและชี้มูลความผิดรวมทั้งสิ้น 139 คน เป็นผลให้ประกาศฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วน ซึ่งแม้ต่อมาจะมีการออกประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ยกเลิกผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้า ศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอฯ (บางส่วน) ซึ่งมีผลเป็นการเพิกถอนประกาศกรมการปกครอง ฉบับเดิมและเป็นการเพิกถอนเกินกำหนดเวลาเก้าสิบวันแล้ว แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าประกาศ กรมการปกครองฉบับเดิมทำขึ้นจากการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงเกี่ยวกับ คะแนนสอบที่แท้จริง และเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีทราบตั้งแต่แรกเนื่องจากให้การรับสารภาพไว้ แล้วนั้นอันเป็นการกระทำโดยทุจริต ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีอำนาจในการเพิกถอนประกาศ กรมการปกครองที่ให้ยกเลิกผลการคัดเลือกข้าราชการดังกล่าว เฉพาะส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้ตามนัยมาตรา 49 วรรคสอง และมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พิพากษายกฟ้อง

3.1.3.3 แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ตามที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้วินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง (อาจจะเทียบได้กับเรื่องของความเป็น โฆษะ กรรมของคำสั่งทางปกครอง) เป็นครั้งแรก ตามบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งได้แก่

(1) บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 786/2548³¹

เรื่อง กรมการขนส่งทางบกหรือการเพิกถอนใบอนุญาตประการการขนส่ง โดยรถ ขนาดเล็กที่สิ้นอายุแล้วและมีการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาต ข้อหาเรื่องนี้มีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า บริษัท วิ สุวัตขนส่ง จำกัด ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบการขนส่ง โดยรถขนาดเล็กสายทุ่งสง - บางขัน ที่ จังหวัดนครศรีธรรมราช โดยก่อนที่ใบอนุญาตจะสิ้นอายุลงในวันที่ 14 มิถุนายน 2547 บริษัท วิสุวัต ขนส่ง จำกัด ได้ยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตเมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2547 แต่ต่อมาปรากฏว่า นาย ทะเบียนประจำจังหวัดนครศรีธรรมราชได้มีคำสั่งลงวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547 เพิกถอนใบอนุญาต

³¹ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 786/2548

ผู้ประกอบการฯ ของบริษัท วิสุวัตขนส่ง จำกัด เนื่องจากไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในใบอนุญาต บริษัท วิสุวัตขนส่ง จำกัด จึงได้ยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมขอให้ยกเลิกคำสั่งของนายทะเบียนและให้กลับไปมีผลตามใบอนุญาต จึงมีปัญหาข้อหารือในประเด็นว่า คำสั่งของนายทะเบียนในกรณีนี้เป็นการดำเนินการที่ต้องตามกฎหมายหรือไม่ และคำอุทธรณ์ของบริษัท วิสุวัตขนส่ง จำกัด พังขึ้นหรือไม่ จากข้อเท็จจริงดังกล่าว คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้วินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ใบอนุญาตประกอบการขนส่งโดยรถขนาดเล็กที่กรมการขนส่งทางบกได้ออกให้แก่บริษัท วิสุวัตขนส่ง จำกัด ได้หมดอายุลงเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน 2547 จึงถือว่าใบอนุญาตนี้ได้สิ้นสุดผลลงโดยเงื่อนไขแล้วตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การที่นายทะเบียนประจำจังหวัด นครศรีธรรมราชได้มีคำสั่ง ที่ 5/2547 ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547 เพื่อเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการขนส่งโดยรถขนาดเล็กของบริษัทวิสุวัตขนส่ง จำกัด ที่สิ้นสุดไปแล้วดังกล่าว ย่อมไม่มีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบริษัท วิสุวัตขนส่ง จำกัด แต่อย่างใด คำสั่งดังกล่าวจึงไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น เพราะผู้ประกอบการไม่มีสิทธิเดินรถตั้งแต่วันที่ใบอนุญาตสิ้นอายุ ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งของนายทะเบียนประจำจังหวัด นครศรีธรรมราช ที่สั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการขนส่งฯ ดังกล่าวอีก และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาอุทธรณ์เพื่อเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

(2) บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 268/2552

เรื่อง ผลใช้บังคับของคำสั่งทางปกครอง (หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.)) ที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย³² มีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า มีบุคคลขออนุญาตทำไม้จากทางราชการในที่ดินตามหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) แต่ปรากฏว่าที่ดินตามหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ที่ออกให้แก่บุคคลดังกล่าว นั้น อยู่ในเขตป่าไม้ถาวรและเขตป่าสงวนแห่งชาติ ดังนั้น จึงได้วินิจฉัยว่า โดยที่มาตรา 58 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 4) กำหนดห้ามเดินสำรวจในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี ประกอบกับมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติฯ กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือหรือครอบครองที่ดิน ก่อสร้าง แฝ้วถาง เผาป่า ทำไม้ เก็บหาของป่า หรือกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ ดังนั้นหากมีการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรีหรือในเขตป่าสงวนแห่งชาติอันขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติฯ ย่อมถือได้ว่า

³² บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ผลใช้บังคับของคำสั่งทางปกครอง (หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย) (เรื่องเสร็จที่ 268/2552).

เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้งจึงทำให้นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ดังกล่าว ไม่มีผลใช้บังคับ โดยเหตุแห่งความบกพร่องอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 268 / 2552³³ เป็นกรณีที่ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ ประมวลกฎหมายที่ดิน และพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 อย่างชัดแจ้ง ซึ่งเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง ในเรื่องความบกพร่องในข้อกฎหมาย หรือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

(3) บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 898/2554

เรื่อง การแต่งตั้งบุคคลที่เสียชีวิตแล้วเป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา วินิจฉัยไว้ว่า ก.ค.ศ. มีมติและประกาศลงวันที่ 9 มีนาคม 2554 แต่งตั้ง นายประจักษ์เป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิด้านการเงินการคลังใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษาเขต 26 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาฯ แต่นายประจักษ์ได้เสียชีวิตลงก่อนได้รับการแต่งตั้ง เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2554 ย่อมมีผลทำให้สภาพบุคคลของนายประจักษ์ สิ้นสุดลงด้วยความตายตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ทำให้มติและประกาศในส่วนที่แต่งตั้งผู้ตายดังกล่าว จึงไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเพื่อเป็นหลักฐานว่ามติและประกาศแต่งตั้งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลทางกฎหมายในส่วนที่แต่งตั้งนายประจักษ์ ก.ค.ศ. จึงต้องออกประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าคำสั่งแต่งตั้งในส่วนของนายประจักษ์นั้น ไม่มีผลทางกฎหมาย ซึ่งเหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของบันทึกนี้เป็นกรณีที่ถือว่ามติและประกาศในส่วนที่แต่งตั้งผู้ตายดังกล่าวเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากความบกพร่องในความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริง อันเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดโดยชัดแจ้งและร้ายแรง

(4) บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 761/2557³⁴

เรื่อง ผลบังคับใช้ของการประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ กรณีผู้ได้รับคัดเลือกบางรายได้ทำการทุจริต วินิจฉัยในหลายประเด็น ได้แก่

³³ เรื่องเสรีจที่ 268/2552 ได้อ้างอิงคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 ในประเด็นว่า การออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงในทางกฎหมาย ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง.

³⁴ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ผลบังคับใช้ของการประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอกรณีผู้ได้รับการคัดเลือกบางรายทุจริต (เรื่องเสรีจที่ 761/2557).

ประเด็นที่หนึ่ง การเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอเป็นขั้นตอนที่จำเป็นแก่การได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายอำเภอ ซึ่งทำให้ผู้เข้าศึกษาอบรมอาจจะมีสิทธิหรือไม่มีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาแต่งตั้งฯ ดังนั้น ประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือกข้าราชการ เพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ ปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของอธิบดีกรมการปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ได้รับการคัดเลือกและผู้ที่ไม่ได้รับการคัดเลือก จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และจากข้อเท็จจริงที่มีการให้คะแนนในการสอบข้อเขียนแก่ผู้ได้รับการคัดเลือกจำนวน 139 คน โดยไม่มีการตรวจสอบคำตอบ และผู้ที่ได้รับการคัดเลือกดังกล่าวได้เขียนกระดาษคำตอบขึ้นใหม่นอกห้องสอบและมีผู้นำไปใส่ในสมุดกระดาษคำตอบแทนกระดาษคำตอบเดิมที่เขียนในห้องสอบ อันเป็นการกระทำทุจริต ดังนั้น ประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอฯ ซึ่งมีผู้ได้รับคัดเลือกรวมทั้งสิ้น 286 คน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรง และขัดแย้งบางส่วน ทำให้ประกาศผลการคัดเลือกในส่วนของผู้ได้รับการคัดเลือกจำนวน 139 คน ดังกล่าว ไม่มีผลในทางกฎหมายมาตั้งแต่นั้น ประเด็นที่สอง เมื่อประกาศผลการคัดเลือกฯ ดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้งบางส่วน กรมการปกครองจึงสมควรแก้ไขปรับปรุงด้วยการยกเลิกผลการคัดเลือกในส่วนที่ผิดพลาด เพื่อให้เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่าประกาศผลการคัดเลือกในส่วนดังกล่าว ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่นั้น ประเด็นที่สาม ถือว่ามีเหตุให้แก้ไขปรับปรุงด้วยการยกเลิกผลการคัดเลือกเฉพาะในส่วนของผู้ที่ได้รับการคัดเลือกดังกล่าวเท่านั้น (ผู้ที่ถือว่าร่วมทุจริต 139 คน) ประเด็นที่สี่ เนื่องจากถือว่าประกาศฯ ดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้ง ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่นั้นแล้วการยกเลิกผลการคัดเลือกในส่วนที่ผิดพลาด จึงถือว่าไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

3.2 คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างขัดแย้งและร้ายแรงในต่างประเทศ

หลักการในเรื่องความไม่มีตัวตนหรือความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ได้รับการยอมรับจากหลายประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งบางประเทศก็ได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ในประมวลกฎหมายปกครองของตนไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่บางประเทศมิได้มีบัญญัติไว้ชัดเจนแต่ได้อาศัยองค์การที่มีหน้าที่วินิจฉัยคดีปกครองเป็นผู้พัฒนาหลักเกณฑ์ผ่านคำพิพากษาจนเป็นบรรทัดฐาน ซึ่งในการศึกษาครั้งนี้ ผู้ศึกษาจะขอยกตัวอย่างหลักเกณฑ์ของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ดังนี้

3.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะ ผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในเรื่องการควบคุมคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงนั้น แม้ประเทศฝรั่งเศสจะมีระบบกฎหมายปกครองที่ก้าวหน้ามาก แต่เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสหรือศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นผู้พัฒนาผ่านคำพิพากษาจนเป็นบรรทัดฐาน ถือเป็นกรวางหลักกฎหมายปกครองทั่วไป จนมีหลักเกณฑ์มากมายที่เป็นที่เข้าใจกัน โดยทั่วไปในหมู่นักกฎหมายปกครอง³⁵ และเป็นที่มาของกฎหมายประเภทหนึ่งในหลาย ๆ ประเภท สาเหตุหลักที่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองหรือสภาแห่งรัฐ เนื่องจากในบางกรณีกฎหมายที่มีอยู่ไม่ชัดเจน วางหลักกว้างเกินไป หรือครอบคลุมไปไม่ถึงกรณีพิพาทที่ขึ้นสู่ศาล หรือในบางกรณีกฎหมายเพียงแต่กำหนดถึงกรณีเฉพาะเรื่องแต่ไม่ได้กำหนดเป็นหลักทั่วไปถึงกรณีอื่น ๆ ว่าจะมีหลักเกณฑ์อย่างไรบ้าง สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสจึงได้พยายามสร้างทฤษฎีและหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญขึ้นทีละเล็กทีละน้อยจนสามารถพัฒนาขึ้นมาเป็นระบบกฎหมายได้ในที่สุด โดยระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะไม่นำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับคดีปกครองโดยตรง และมีแนวคิดมาช้านานแล้วว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย ควรมีลักษณะแตกต่างเป็นเอกเทศจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันเอง ประกอบกับการที่รัฐสภาได้ตรากฎหมายห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาคดีปกครอง

และต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐขึ้นพร้อมกันกับการตั้งศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ซึ่งทำหน้าที่ตัดสินปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล โดยในปี ค.ศ. 1873 ศาลคดีขัดกันได้ตัดสินวางเป็นหลักการห้ามนำกฎหมายเอกชนมาใช้ในนิติสัมพันธ์มหาชน โดยต้องใช้หลักกฎหมายพิเศษคือ หลักกฎหมายมหาชน ด้วยเหตุผลดังกล่าว ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสจึงไม่นำหลักเรื่องโมฆะกรรมในกฎหมายแพ่งมาใช้กับกรณีคำสั่งทางปกครอง แต่ศาลปกครองได้นำทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย (théorie de l'inexistence juridique des actes administratifs) มาใช้กับการพิจารณาพิพากษาคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงจนเป็นหลักตามแนวบรรทัดฐาน (jurisprudence) ซึ่งผลทางกฎหมายตามทฤษฎีดังกล่าว คือ คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่มีผลใด ๆ เลย (nul et non avenue หรือ nul et de nul effet) หมายความว่า เป็นกรณีที่ไม่มีผลผูกพันใด ๆ ที่จะต้องปฏิบัติตาม หากฝ่ายปกครองยังบังคับ

³⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2540). การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร. หน้า 29.

การให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง หรือที่เรียกว่า “voie de fait”³⁶

หลักในเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างชัดเจนและร้ายแรงมากที่สุด ถึงขนาดที่ไม่สามารถทำให้นิติกรรมนั้นเกิดผลทางกฎหมายใด ๆ ได้ ซึ่งถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีนิติกรรมนั้นเลย คือ มีลักษณะโมฆะ โดยหลักการเรื่องความเป็นโมฆะของนิติกรรมทางปกครองนี้ได้รับการยอมรับจากหลายประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งมีการบัญญัติเรื่องนี้ในประมวลกฎหมายปกครองของตนไว้อย่างชัดเจน ทำให้มีผลคือ หากมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดให้เกิดความเป็นโมฆะ นิติกรรมดังกล่าวจะต้องถูกเพิกถอนอย่างสิ้นเชิง แต่อย่างไรก็ดี ในประเทศฝรั่งเศสแม้จะมีได้บัญญัติในเรื่องเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้ในประมวลกฎหมายว่า มีกรณีใดบ้างที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองเป็นนิติกรรมที่ไม่มีอยู่เลย (ความเป็นโมฆะ) เพราะในทางตำรายอมรับว่าเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและไม่มีแน่นอนอย่างมาก แต่ที่ผ่านมาในการวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในหลายกรณีก็ได้วินิจฉัยว่านิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยถือเป็นโมฆะนั้นเอง โดยมีแนวคิดว่านิติกรรมทางปกครอง³⁷ ที่แม้จะทำขึ้นและมีอยู่ในทางข้อเท็จจริง แต่มีเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง (affecté d'une illégalité particulièrement grave et flagrante) ถือเป็น “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่ในทางกฎหมาย” กล่าวคือไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย หรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น

3.2.1.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงจนถือว่าไม่มีอยู่เลยนั้นอาจเกิดได้จากหลายเหตุ ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยบุคคลที่ไม่ใช่ฝ่ายปกครอง หรือเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับหน้าที่ปกครอง³⁸ หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีหลักฐานพิสูจน์ได้เลยว่ามีการทำคำสั่งทางปกครองนั้นจริงเป็นต้น ซึ่ง

³⁶ เอกพงษ์ ตั้งวิชาชาญ. (2548). *ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ และไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 51.

³⁷ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” (actes administratifs) มีความหมายครอบคลุมทั้ง “กฎ” (decisions réglementaires) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป มิได้เฉพาะเจาะจงบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ “คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย” (decisions individuelles) และ “กฎเกณฑ์เฉพาะกรณี” (decisions d'espèce) หรือ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ผสมผสานลักษณะกฎและคำสั่งทางปกครองเฉพาะรายไว้ด้วยกัน

³⁸ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (ม.ป.ป). *เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง*. หน้า 253.

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นมิได้มีบทบัญญัติไว้ชัดเจน ศาลจะเป็นผู้พิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นโมฆะ ดังนั้น จึงต้องอาศัยแนวคำวินิจฉัยจากสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองฝรั่งเศสในการนำหลักเรื่องนิติกรรมที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย (โมฆะ) มาปรับใช้

เท่าที่ผ่านมาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศส (Conseil d'État) ได้เคยวินิจฉัยให้คำสั่งทางปกครองดังต่อไปนี้เป็นโมฆะ³⁹ ได้แก่

1) เป็นคำสั่งขององค์กรซึ่งไม่มีอยู่จริงโดยทางกฎหมาย คือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง เนื่องจากทำขึ้นโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเลย ไม่มีกฎหมายรองรับ ไม่ใช่ฝ่ายปกครอง จึงมิใช่คำสั่งที่ทำขึ้น โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งที่ทำขึ้นโดยที่ประชุมใหญ่ของบรรดาเจ้าหน้าที่กู้ภัยซึ่งมีมติให้เจ้าหน้าที่กู้ภัยรายหนึ่งพ้นจากตำแหน่ง⁴⁰ หรือมีกรณีหนึ่งที่สภาแห่งรัฐพิพากษาว่าโมฆะและไม่มีอยู่ คือ มติคณะกรรมการบริหารเทศบาล (conseil d'administration) ที่เกิดจากการประชุมของนายกเทศมนตรีและผู้ช่วยซึ่งสภาแห่งรัฐพิจารณาเห็นว่าไม่มีบทกฎหมายใดที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการดังกล่าวที่จะร่วมกันมีมติในเรื่องใดแทนที่สภาเทศบาล หรือนายกเทศมนตรี ในเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานของเทศบาล องค์กรดังกล่าวจึงเป็น “องค์กรที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมาย” (un organisme dépourvu d'existence légale) (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 1983 คดี Saerens) หรือเป็นกรณีบุคคลที่ออกคำสั่งทางปกครองปราศจากอำนาจ คือ คำสั่งทางปกครองกระทำลงโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจเพราะไม่ใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือยังไม่ได้รับการแต่งตั้งหรือบุคคลดังกล่าวได้พ้นจากการดำรงตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจไปแล้ว โดยเบื้องต้นบุคคลที่จะออกคำสั่งทางปกครองใดต้องได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจในเรื่องนั้น หากแอบอ้างหรือแสดงตนว่าเป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวและออกคำสั่งไปย่อมเป็นเหตุบกพร่องอย่างร้ายแรงและชัดเจน จึงถือว่าเป็นโมฆะ

2) เป็นกรณีการออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากอำนาจ ซึ่งเป็นการไปก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายอื่น ได้แก่ กรณีที่องค์กรซึ่งมีเฉพาะอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เท่านั้น แต่ไปออกคำสั่งในเรื่องที่เป็นคำสั่งทางตุลาการ กล่าวคือ เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำลงไปโดยไม่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนเลย ซึ่งเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจอย่างชัดเจน โดยการล้ำเข้าไปในอำนาจของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากยังมีหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ อันเป็นกรอบในการใช้อำนาจของทั้งสองฝ่าย จึงต้อง

³⁹ ซัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 281.

⁴⁰ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 20 janvier 1911, Naudet, R. p.52.

กระทำการภายใต้กรอบอำนาจของฝ่ายตัวเองเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่ากรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก้าวล่วงไปใช้อำนาจตุลาการ เช่น กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งประกาศให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลเป็นโมฆะและให้มีการเลือกตั้งใหม่ ทั้งที่เรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงเป็นความบกพร่องอย่างร้ายแรง จึงต้องถือว่าไม่มีอยู่เลย⁴¹ นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสยังเคยวินิจฉัยว่ากรณีที่ฝ่ายปกครองได้ทำคำสั่งทางปกครองขึ้นโดยอาศัยฐานของบทบัญญัติของกฎหมาย⁴² หรืออาศัยฐานของคำสั่งทางปกครองอื่น⁴³ ซึ่งศาลได้ประกาศว่าไม่มีอยู่เลยไปก่อนหน้านั้นแล้ว คำสั่งที่สร้างขึ้นย่อมกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยตามไปด้วย เช่นเดียวกับกรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมเหตุผลของคำสั่งที่ศาลปกครองได้พิพากษาเพิกถอนไปแล้ว คำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมนั้นย่อมไม่มีผลในทางกฎหมาย⁴⁴ ซึ่งกรณีเหล่านี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยละเมิดต่ออำนาจบังคับแห่งคำพิพากษาศาลอันเป็นการก้าวล่วงอำนาจขององค์กรตุลาการ คำสั่งจึงไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย

ตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยคดี Rosan Girard คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐฝรั่งเศส (ประชุมใหญ่)⁴⁵

เป็นกรณีเกี่ยวกับเรื่องที่ว่าผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งเกี่ยวกับการเลือกตั้งทั้ง ๆ ที่เป็นอำนาจของศาล คือ เมื่อไม่มีการโต้แย้งการเลือกตั้งต่อศาลที่มีอำนาจ ประกาศผลการเลือกตั้งดังกล่าวย่อมมีผลสมบูรณ์ การที่ผู้ว่าราชการประกาศให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะจึงเป็นประกาศที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรง เป็นโมฆะและไม่มีอยู่เลย

ข้อเท็จจริง ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลในเมือง Moule (มณฑล Guadeloupe) เมื่อวันที่ 13 เมษายน 1953 ได้มีเหตุความวุ่นวายในระหว่างการลงคะแนนเสียงและระหว่างการนับคะแนนในตอนเย็นของวันดังกล่าว ตำรวจได้ทำการยึดหีบบัตรเลือกตั้งในหน่วยเลือกตั้งแห่งหนึ่งจากหน่วยเลือกตั้งทั้งหมดสี่หน่วย และผู้ว่าราชการมณฑลมีคำสั่งให้นายแพทย์ Rosan Girard

⁴¹ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 31 mai 1957, Rosan Girard, R. p.335.

⁴² คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 29 juin 1956, Dame veuve Bidard, R. p.273.

⁴³ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 10 novembre 1999, préfet de la drome, req. n°126382.

⁴⁴ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 20 mai 1988, Madame Nardin, R. p.198.

⁴⁵ * “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย”, ลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 และลงพิมพ์เผยแพร่ในหนังสือหลักกฎหมายจากคำพิพากษาศาลปกครองต่างประเทศ เล่มที่ 1.

** เรียบเรียงจากหนังสือรวมคำพิพากษาที่สำคัญทางกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส (Les grands arrêts de la jurisprudence administrative) ของ M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé และ B.Genevois, 13^e edition, Dalloz, 2001, หน้า 534 – 540.

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคคอมมิวนิสต์ และเป็นนายกเทศมนตรีที่กำลังจะหมดวาระการดำรงตำแหน่ง ซึ่งเป็นประธานสำนักงานเลือกตั้งกลางด้วย ให้ส่งรายงานผลการเลือกตั้งของหน่วยเลือกตั้งอีกสามหน่วยที่เหลือให้กับทำเนียบผู้ว่าราชการเพื่อให้สภาที่ปรึกษาจังหวัด (Conseil de prefecture) ซึ่งทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการเลือกตั้งนำคะแนนไปรวมกับคะแนนจากหีบบัตรของหน่วยเลือกตั้งหนึ่งหน่วยที่ตำรวจยึดมา และประกาศผลการเลือกตั้งทั่วไป นายแพทย์ Rosan Girard ปฏิเสธที่จะส่งผลการนับคะแนนของหน่วยเลือกตั้งที่เหลือทั้งสามหน่วยให้กับผู้ว่าราชการ และทำการประกาศผลการเลือกตั้งในเวลาเที่ยงคืน โดยให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งตามบัญชีรายชื่อของพรรคคอมมิวนิสต์เป็นผู้ชนะการเลือกตั้ง โดยยึดถือผลการนับคะแนนจากหน่วยเลือกตั้งทั้งสามหน่วยเลือกตั้งที่ตนเองถืออยู่ แทนที่ผู้ว่าราชการจะส่งผลการเลือกตั้งดังกล่าวไปยังสภาที่ปรึกษาจังหวัดตามกระบวนการตามปกติ กลับมีประกาศเมื่อวันที่ 27 เมษายน ให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะ หลังจากนั้นได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษขึ้นทำหน้าที่แทนสภาเทศบาลตามกฤษฎีกาลงวันที่ 2 พฤษภาคม 1953 โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 5 เมษายน 1884 และมีการเลือกตั้งใหม่ ในวันที่ 5 กรกฎาคมถัดมา ปรากฏว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งตามบัญชีรายชื่อที่ไม่ใช่พรรคคอมมิวนิสต์ได้รับเสียงข้างมากนายแพทย์ Rosan Girard กับพวกจึงฟ้องโต้แย้งกฤษฎีกาข้างต้นและการเลือกตั้งดังกล่าว

คำพิพากษา สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 5 เมษายน 1884 บัญญัติ “ว่าในขณะที่ยังไม่อาจจัดตั้งสภาเทศบาลเพื่อทำหน้าที่ได้ ให้จัดตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่งขึ้นทำหน้าที่แทน” กฤษฎีกาที่ถูกต้องนี้ได้รับการตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว ข้อเท็จจริงปรากฏว่าตามประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลจำนวน 27 คน เมื่อวันที่ 26 เมษายน 1953 เวลา 24:00 นาฬิกา ได้อ้างถึงรายงานการนับคะแนนเสียงซึ่งจัดทำโดยประธานและสมาชิกในหน่วยเลือกตั้งที่ 1 ซึ่งทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลือกตั้งกลางในการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลเมือง Moule ในวันเดียวกัน แม้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอ้างว่าไม่มีการประกาศผลการเลือกตั้งโดยเปิดเผย และรายงานผลการเลือกตั้งดังกล่าวเป็นเอกสารที่จัดทำขึ้นเอง แต่ไม่ปรากฏว่ามีพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นประธานของสำนักงานเลือกตั้งกลางก็ได้ปฏิเสธข้อกล่าวหา ไม่ว่าข้อเท็จจริงในเรื่องเหตุการณ์ความวุ่นวายในการเลือกตั้ง การยึดหีบบัตรเลือกตั้งโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจในหน่วยเลือกตั้งที่สอง และส่งให้จังหวัดเพื่อให้สภาที่ปรึกษาจังหวัดในฐานะที่เป็นคณะกรรมการเลือกตั้งตามประกาศจังหวัด ลงวันที่ 26 เมษายน 1953 ทำการนับคะแนนเสียงและการนับคะแนนในหน่วยเลือกตั้งเพียงสามหน่วยที่เหลือจากทั้งหมดสี่หน่วยเลือกตั้ง เมื่อไม่มีการโต้แย้งต่อศาลที่มีอำนาจจะให้ถือว่าประกาศผลการเลือกตั้งดังกล่าวเป็นนิติกรรมที่ไม่มีอยู่เลยไม่ได้ การที่ผู้ว่าราชการแห่ง Guadeloupe ได้ออกประกาศที่ 53 - 618 ลงวันที่ 27 เมษายน 1953 ระบุว่าเลือกตั้งเมื่อวันที่ 26 เมษายน 1953 ไม่ได้มี

อยู่เลยนั้น จึงเป็นความบกพร่องอย่างร้ายแรง จึงต้องถือว่าเป็น โฆษะและไม่มีอยู่เลย (nul et non avenue) แม้ว่าจะไม่มีการโต้แย้งประกาศดังกล่าวต่อศาลชั้นต้นที่มีอำนาจเพื่อให้พิพากษาว่า ประกาศดังกล่าวเป็น โฆษะก็ตาม แต่ก็ไม้อาจนำมากล่าวอ้างว่าประกาศผลการเลือกตั้งของ สำนักงานเลือกตั้งกลางเป็น โฆษะ

ทั้งนี้แม้ว่าสภาที่ปรึกษาจังหวัด (Conseil de prefecture) ซึ่งทำหน้าที่เป็น คณะกรรมการเลือกตั้งได้มีประกาศเมื่อ วันที่ 29 เมษายน 1953 ว่า การประกาศผลการเลือกตั้งเป็น โฆษะก็ตาม จากข้อเท็จจริงที่กล่าวข้างต้นจึงต้องถือว่าได้มีประกาศผลการเลือกตั้งเมื่อ วันที่ 26 เมษายน 1953 โดยสำนักงานเลือกตั้งกลาง เมื่อประกาศดังกล่าวไม่ได้มีการถูกโต้แย้งต่อสภาที่ ปรึกษาจังหวัดประกาศผลการเลือกตั้งดังกล่าวจึงมีผลยุติ เมื่อพิจารณาความใน มาตรา 44 แห่ง พระราชบัญญัติ ลงวันที่ 5 เมษายน 1884 แล้วเห็นว่าไม่อาจใช้กับข้อเท็จจริงในกรณีนี้ได้ ข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดี (นายแพทย์ Rosan Girard) ที่โต้แย้งกฤษฎีกาเกี่ยวกับการตั้งคณะกรรมการพิเศษ ขึ้นทำหน้าที่ในเทศบาล Moule โดยอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าวจึงฟังไม่ขึ้น การออกกฤษฎีกา ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เพิกถอน

ข้อสังเกต หลังจากสภาแห่งรัฐไม่รับคำฟ้องบางข้อหาไว้พิจารณาเนื่องจากเป็น การฟ้องคดีเมื่อพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือเป็นการฟ้องต่อศาลที่ไม่มีอำนาจพิจารณาข้อหา ดังกล่าวแล้ว สภาแห่งรัฐได้พิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีต่อไป ซึ่งเป็นที่มาของคำพิพากษาโดยที่ ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 31 พฤษภาคม 1957 รวม 2 คดีด้วยกัน

สภาแห่งรัฐเห็นว่า ประการแรก ประกาศของผู้ว่าราชการที่ระบุว่า การเลือกตั้งเมื่อ วันที่ 26 เมษายน 1953 ไม่มีอยู่เลย ประกาศดังกล่าวต่างหากที่ไม่มีอยู่เลย แม้ว่าการโต้แย้งประกาศ ดังกล่าวต่อศาลที่มีอำนาจไม่ได้กระทำในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่ก็ไม่อาจใช้เป็นฐานทาง กฎหมายในการออกกฤษฎีกาจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษได้ ประการที่สองการประกาศผลการ เลือกตั้งโดยสำนักงานเลือกตั้งกลางมีผลยุติเนื่องจากไม่มีการโต้แย้งประกาศดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึง พิพากษาเพิกถอนกฤษฎีกาจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษ (คดี Rosan Girard) และการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 1953 (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) ลงวันที่ 31 พฤษภาคม 1957 คดี Lansier et Herem

ภายหลังจากที่สภาแห่งรัฐมีคำพิพากษาดังกล่าวแล้ว แทนที่รัฐบาลจะปฏิบัติตาม ผลของคำพิพากษาโดยให้สภาเทศบาลที่ได้รับการเลือกตั้งเมื่อ วันที่ 26 เมษายน 1953 และถูกกัน ออกจากอำนาจในเทศบาลเป็นเวลาสี่ปีมาแล้วเข้าทำหน้าที่ รัฐบาลกลับประกาศยุบสภาเทศบาล โดย กฤษฎีกาลงวันที่ 4 กรกฎาคม 1957 และจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษขึ้นใหม่ กฤษฎีกาดังกล่าวถูกเพิก ถอนโดยสภาแห่งรัฐตามคำพิพากษา ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 1959 โดยการฟ้องของนายแพทย์ Rosan Girard ในระหว่างนั้น ได้มีการจัดตั้งขึ้นใหม่ ปรากฏว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งในบัญชีของพรรค คอมมิวนิสต์ได้รับเลือกจำนวน 20 คนจาก 27 ที่นั่ง

ในแง่กฎหมาย คดี Rosan Girard เป็นคดีที่สำคัญ เนื่องจากมีการใช้ “ทฤษฎีความไม่มีอยู่ในกฎหมายปกครอง” (Théorie de l’existence en droit administrative) โดยสภาแห่งรัฐได้พิพากษาว่าคำสั่งของผู้ว่าราชการ ลงวันที่ 27 เมษายน 1953 เป็นโมฆะ และไม่มีอยู่ (nul et non avenue) ซึ่งหมายถึงสภาแห่งรัฐพิจารณาเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่มีอยู่เลย (inexistent) ในคำพิพากษาคดี Rosan Girard สภาแห่งรัฐได้ให้เหตุผลที่ชัดเจนและเป็นเหตุผลทางวิชาการ โดยวางหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างร้ายแรงของการกระทำของฝ่ายปกครอง

3) เป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่บังคับแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแต่เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำไปเพื่อเจตนาประสงค์ร้ายเป็นการส่วนตัวโดยแท้ (voie de fait) มิได้เป็นไปตามอำนาจทางปกครองที่ไว้แก่เจ้าหน้าที่นั้น คือ กรณีไม่มีอำนาจออกคำสั่งเลยและเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งกรณีไม่มีอำนาจหน้าที่นั้นจะต้องเห็นได้ชัดแจ้งโดยบุคคลทั่วไป องค์กรหรือเจ้าหน้าที่นั้นต้องปราศจากอำนาจในการออกคำสั่งเรื่องนั้นอย่างสิ้นเชิงยกตัวอย่างเช่น คำสั่งห้ามข้าราชการเข้าบ้านพักส่วนตัวอันเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลอย่างร้ายแรงและเห็นโดยแจ้งชัดว่าไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง⁴⁶

4) เป็นการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งมิใช่เพื่อให้ทำงานตามหน้าที่ แต่เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากตำแหน่งนั้นเท่านั้น ถือว่ามีความบกพร่องในวัตถุประสงค์อย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งให้ข้าราชการที่เกษียณอายุราชการแล้วดำรงตำแหน่งต่อไป หรือคำสั่งแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งทางราชการเพียงเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ แต่ไม่ได้มอบหมายภาระหน้าที่ให้ปฏิบัติหรือที่เรียกกันว่า “nomination pour ordre” สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยว่าคำสั่งแต่งตั้งลักษณะนี้ตกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยหรือโมฆะนั้นเอง⁴⁷ เพราะมิใช่คำสั่งที่มีความบกพร่องธรรมดาทั่วไป (simplement irrégulières) แต่เป็น “มาตรการฉ้อฉล” (mesures frauduleuses) อันเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง จึงไม่ควรรับรู้ผลทางกฎหมายใด ๆ ฝ่ายปกครองจึงเพิกถอนคำสั่งได้ทุกเมื่อ⁴⁸ และศาลสามารถประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทุกเมื่อ โดยในเรื่องการฉ้อฉลหรือทุจริตนี้ ในหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีหลักมาอย่างต่อเนื่องว่า การกระทำทางปกครองที่ได้มาจากการทุจริตฉ้อฉลนั้น ไม่เคยก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ แก่ผู้รับ และถือว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งต่อมา ผู้ตรากฎหมายได้นำหลักตามแนวคำวินิจฉัยมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในกฎหมายว่าด้วยสิทธิและหน้าที่

⁴⁶ คำพิพากษาศาลคดีชัคกันฝรั่งเศส T.C., 27 juin 1966, Guigon, R. p.830, A.J.D.A. 1966, p.547, note De Laubadere.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. Sect., 30 juin 1950, Massonau, R. p.400, concl. J. Delvolvé, S. 1951.3.57, note F.M.

⁴⁸ CHAPUS (R.), Droit administrative général – Tome II, (15e édition: Paris: Montchrestien, 2001), p.202.

ของข้าราชการว่าการแต่งตั้งหรือการเลื่อนตำแหน่งซึ่งมีวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากให้บุคคลเข้าครองตำแหน่งที่ว่างอยู่และปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้น ให้ถือว่าไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย⁴⁹

คำสั่งทางปกครองในบางกรณีที่มีเนื้อหาก่อตั้งสิทธิแต่เนื่องจากไม่มีเหตุผลที่สมควรคุ้มครองสิทธิที่ผู้รับคำสั่งได้รับไป แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อตั้งสิทธิเป็นการถาวรและอาจถูกปลงล้างได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนด เช่น คำสั่งที่ห้าขึ้น โดยกลั่นแกล้งของผู้รับคำสั่ง เพื่อเมื่อผู้รับคำสั่งไม่สุจริตเสียแล้วก็ยอมไม่มีเหตุผลที่จะต้องคุ้มครองสิทธิที่ได้รับไป ทั้งนี้ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “กลั่นแกล้งทำให้ทุกสิ่งเป็นอันเสียไป” (fraus omnia corrumpit) หรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและชัดเจนถึงขั้นตกเป็นโมฆะ หรือที่เรียกกันว่า คำสั่งที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย

5) เป็นการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงาน ทั้งที่เจ้าหน้าที่นั้นพ้นกำหนดที่ต้องทำหน้าที่นั้นแล้ว

6) เป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญ (vice de forme)⁵⁰ กล่าวคือ ต้องพิจารณาระดับแห่งความร้ายแรงและความชัดเจนของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นกรณีไป เพราะคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดในแบบที่เป็นสาระสำคัญไม่ได้ทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีตัวตนทุกกรณี ยกตัวอย่างเช่น ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกลับทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา ซึ่งถือว่าเป็นความบกพร่องเนื่องมาจากไม่ได้ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญ ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีตัวตน โดยมีข้อเท็จจริงในคดี คือ หัวหน้าหน่วยดับเพลิงเรียกพนักงานดับเพลิงมาพูดคุยและมีมติให้ไล่พนักงานคนหนึ่งออก จากนั้นได้มีการแจ้งมติดังกล่าวให้นายกเทศมนตรีทราบแต่นายกเทศมนตรีมิได้ทำคำสั่งไล่ออกเป็นลายลักษณ์อักษร เพียงแต่บอกกับพนักงานคนดังกล่าวด้วยวาจาว่าให้คืนเครื่องแบบพนักงานดับเพลิง กรณีดังกล่าวถือว่านายกเทศมนตรียังไม่มีคำสั่งไล่พนักงานดับเพลิงคนดังกล่าวออก⁵¹ ดังนั้น อาจถือได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ทำตามแบบ หรือไม่เคยปรากฏหลักฐานใด ๆ ในสารบบของฝ่ายปกครอง ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย

จึงสรุปได้ว่า คำสั่งคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะของประเทศฝรั่งเศสอาจเกิดจากเหตุที่เห็นโดยชัดเจนว่าไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครองและละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างร้ายแรง ซึ่งเรียกว่า “voie de fait” มีผลให้

⁴⁹ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 มาตรา 12 วรรคสาม.

⁵⁰ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2545). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์*, 32(2), หน้า 252.

⁵¹ คดี C.E. 8 decembre 11982, Commune de Dompierre.

ตกเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย และในกรณีคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในวัตถุประสงค์อย่างร้ายแรงและชัดเจนในลักษณะอื่น ๆ เช่น มีการฉ้อฉลก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยเช่นกัน รวมทั้งกรณีที่ฝ่ายปกครองก้าวล่วงไปใช้อำนาจขององค์กรอื่น เช่น อำนาจตุลาการ กรณีที่มีลักษณะเหตุดังกล่าวถือเป็นเหตุแห่งความบกพร่องในเนื้อหาสาระของคำสั่ง ส่วนในกรณีคำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นโดยองค์กรที่ไม่มีกฎหมายรองรับ ถือว่ามีคำสั่งที่สร้างขึ้นโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมาย เหตุในลักษณะดังกล่าวถือเป็น เหตุแห่งความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง

มีข้อสังเกต สำหรับปัญหาว่าคำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นจะทำให้กลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไรร้ายแรงหรือไม่ ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันยังเห็นไม่ตรงกัน เนื่องจากในประเทศเยอรมนีถือว่าตกเป็นโมฆะ ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ในแง่ของเรื่องเป็นเพียงคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ เช่น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการโพ้นทะเลทำคำสั่งซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการอาณานิคม⁵² แต่ในส่วนของความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ในแง่ของสายการบังคับบัญชา เช่น การที่ผู้ใต้บังคับบัญชาทำคำสั่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชา ระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศเห็นพ้องกันว่า มีผลเพียงทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้เท่านั้น เช่น สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเคยมีคำวินิจฉัยว่าการที่อธิบดีกรมศิลปากรทำคำสั่งซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาที่การเป็นการออกคำสั่งโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจจึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งพิพาท⁵³ ซึ่งมีผู้อธิบายว่าการที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือเช่นนี้ เป็นเพราะโครงสร้างการบริหารราชการมีความซับซ้อนและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานต่าง ๆ อาจเกี่ยวพันกันได้ การที่เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองนอกกรอบอำนาจของตนไปบ้าง จึงเป็นการสำคัญผิดไม่ร้ายแรงถึงขั้นทำให้คำสั่งทางปกครองต้องกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย

3.2.1.2 ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

เนื่องจากศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างทฤษฎี L'inexistence หรือทฤษฎีว่าด้วยการไม่มีตัวตน หรือไม่มีอยู่ ขึ้นมาใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัดซึ่งผลตามทฤษฎีนี้ คือ คำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผลใด ๆ เลย (nul et non aveu หรือ nul et de nul effet) เป็น

⁵² C.E. Sect., 18 décembre 1953, Welter, R. p.564.

⁵³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E., 17 mars 1944, Sieur Richepin, R. p.91.

กรณีที่ไม่มีความผูกพันใด ๆ ที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งลักษณะของความเป็นโมฆะของประเทศฝรั่งเศส มีหลักว่า นิติกรรมทางปกครองที่เป็น โมฆะนั้น ไม่มีผลมาแต่เริ่มแรก และผู้ใดก็สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ ไม่ว่าจะเป็นคน ฝ่ายปกครอง หรือองค์กรวินิจัยคดีปกครอง โดยไม่ต้องนำมาฟ้องขอให้เพิกถอน เพียงแต่เป็นการฟ้องเพื่อแสดงความไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเท่านั้น และจะยกขึ้นกล่าวอ้างเมื่อใดก็ได้โดยไม่มีอายุความ เพราะถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ได้อยู่ตามความเป็นจริง⁵⁴ และประเทศฝรั่งเศสยังมองว่านิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยแตกต่างจากนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายธรรมดาที่ยังคงมีผลบังคับตราบเท่าที่ยังไม่ถูกเพิกถอนโดยฝ่ายปกครองหรือโดยศาล ซึ่งการตรวจสอบนิติกรรมที่ไม่มีอยู่เลย ศาลจะพิพากษาว่า “โมฆะและไม่มีอยู่” (nul et non avanu) หรือ “โมฆะและไม่มีผล” (nul et de nul effet) แต่ในกรณีของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายธรรมดา ศาลจะเพิกถอน (annuler) นิติกรรมนั้น ซึ่งความแตกต่างในเรื่องนี้ถือเป็นความแตกต่างในรูปแบบเท่านั้น เพราะในกรณีที่ศาลสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเพิกถอนจะมีผลย้อนหลังและ “ถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีนิติกรรมนั้นเลย” (est reputé n’être jamais intervenue)⁵⁵ เช่นเดียวกัน

3.2.1.3 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

ในระบบการฟ้องคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ได้มีการกำหนดรูปแบบการอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองไว้ 2 ระบบ คือ “การอุทธรณ์ระบบปกติ” (recours administrative ordinaire) ซึ่งเป็นหลักทั่วไปในการปกครอง ไม่มีรูปแบบหรือกระบวนการไม่ต้องคำนึงถึงส่วนได้เสีย และไม่มีกำหนดเวลา และ “ระบบการอุทธรณ์แบบพิเศษ” (recours speciaux) คือ มีกฎหมายกำหนดให้มีการอุทธรณ์โดยจะกำหนดวิธีการ กระบวนการ ระยะเวลาไว้โดยเฉพาะ ซึ่งโดยปกติแล้วจะถือว่าเป็นระบบอุทธรณ์แบบไม่บังคับ แต่ทั้งนี้ เมื่อเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดระบบการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ (recours obligatoire) เอาไว้ หากผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการให้มีการแก้ไขเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนการฟ้องคดีต่อศาลศาลปกครองฝรั่งเศสถือหลักว่าเป็นกรณีที่ศาลก็รับคำฟ้องไว้พิจารณาไม่ได้ ซึ่งถือเสมือนว่าเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี และมีลักษณะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งศาลมีหน้าที่ยกการไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาด้วยเหตุดังกล่าวขึ้นเอง โดยหลักแล้วศาลถือว่าเป็นข้อบกพร่องที่ไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ และเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เนื่องจากหลักเกณฑ์ในเรื่องเงื่อนไขในการฟ้องคดี

⁵⁴ ReneChapus, (1988), Droit administratif général, Tome I. 12 édition, (Paris : Montchrestien), pp.632-633.

⁵⁵ ขงยุทธ อนุกุลและดาราทรร นพแก้ว. (2549). นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย (actes administratifs inexistence). วารสารวิชาการศาลปกครอง, 6(1). หน้า 134.

ได้แก่ “หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล” โดยได้มีการยอมรับมาโดยตลอดตามแนวคำวินิจฉัยของศาล รวมถึงบัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษร และหลักดังกล่าวเรียกร้องให้การนำคดีมาสู่ศาลสมควรให้ฝ่ายปกครองได้ทราบเรื่องและพิจารณาในเรื่องดังกล่าวเสียก่อนซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสได้พัฒนาการปรับใช้หลักดังกล่าวในทิศทางที่มีผลให้มีการใช้หลักอย่างไม่เคร่งครัดจนเกินไป ถือเป็นกรณีเงื่อนไขการฟ้องคดีที่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ในภายหลัง และแม้จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแต่ศาลก็ได้พัฒนาหลักตามคำพิพากษาจนทำให้มีข้อยกเว้นจำนวนมาก เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยศาล

เนื่องจากการขอให้ศาลปกครองวินิจฉัยแสดงว่าไม่มีอยู่เลยหรือความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน ดังนั้น ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ จึงไม่อยู่ในภายใต้บังคับระยะเวลาการอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครอง และผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล

3.2.1.4 การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

โดยปกติแล้วการฟ้องคดีปกครองที่มีการกล่าวอ้างว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเป็นการฟ้องเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเนื่องมาจากความบกพร่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย 5 สาเหตุ⁵⁶ คือ (1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจ (2) ออกโดยผิดแบบ คือ กระทำผิดรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนด (3) ออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ คือ กระทำไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (4) ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย และ (5) ออกโดยบิดเบือนอำนาจ หรือบิดเบือนขั้นตอน หรือวิธีการ ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียมีความสามารถตามกฎหมายต้องฟ้องภายในอายุความ และต้องมีโชคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม โดยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ได้สร้างหลักกฎหมายปกครองเพื่อจำแนกความไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายระดับที่มีผลต่างกัน เพื่อประสิทธิภาพในการควบคุมคำสั่งทางปกครอง ได้แก่⁵⁷ (1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง จนถึงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีอยู่ เรียกว่า *inexistence* (2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับธรรมดา ซึ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ร้ายแรง

⁵⁶ รศ. ดร. โกลิน พลกุล, (2553). *การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง*. เอกสารประกอบการอบรม โครงการอบรมนิติกร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 26 – 27 สิงหาคม 2530. อ้างถึงใน ดร.ประสาธ พงษ์สุวรรณ. เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับกลาง รุ่นที่ 13.

⁵⁷ มานิตย์ จุมปา. (2540). *การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 57.

เท่ากับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประเภทแรก และจะมีผลบังคับแก่ผู้รับคำสั่งจนกว่าจะมีการยกเลิกเพิกถอน และ (3) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายที่ฝ่ายปกครองมีสิทธิจะกล่าวอ้างเพื่อยกเลิกเพิกถอนได้ คือ ไม่เป็นเหตุให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะร้องขอให้ฝ่ายปกครองยกเลิกเพิกถอน ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ

ทั้งนี้ ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากคำสั่งนั้นยังไม่ถูกเพิกถอนหรือทุเลาการบังคับไว้ บุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของคำสั่งย่อมถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง อย่างไรก็ตาม ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนถึงขนาดไม่มีอยู่เลยนั้น ในกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักว่า คำสั่งทางปกครองประเภทที่เป็น โมฆะนั้น ไม่มีผลมาแต่เริ่มแรก และผู้ใดยกขึ้นกล่าวอ้างได้ โดยฝ่ายตุลาการในประเทศฝรั่งเศสเห็นว่าประชาชนไม่มีหน้าที่ต้องเคารพเชื่อฟังคำสั่งดังกล่าว เพราะหากบังคับให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ผิดพลาดร้ายแรงเช่นนี้ ก็ย่อมเท่ากับยอมรับการใช้อำนาจโดยมิชอบอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครอง⁵⁸

โดยในประเทศฝรั่งเศสมีกลไกในการพิสูจน์ความไม่มีตัวตนหรือไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง ทั้งในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและในชั้นศาล ดังนี้⁵⁹

- ในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ (การประกาศความเป็น โมฆะของคำสั่งทางปกครอง) ดังนั้น การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง (คำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะ) จะใช้วิธีการ “เพิกถอน” ให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตตั้งแต่ต้น (retrait) เสมือนว่าไม่เคยมีการทำคำสั่งนั้นมาก่อนเลย ส่วนหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย (เป็น โมฆะ) นั้น สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้มีแนวคำพิพากษาว่า หลักว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา⁶⁰ และไม่ต้องมีเหตุผลประกอบคำสั่งเพิกถอน⁶¹ ซึ่งแตกต่างจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีทั่ว ๆ ไปที่ต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งเพิกถอนและการเพิกถอนต้องกระทำภายในระยะเวลาอันจำกัด หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิแก่ผู้รับคำสั่ง ทั้งนี้ เพราะในบรรดาคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องนั้น

⁵⁸ WALINE (M.), *Traité élémentaire de droit administrative*, (5e édition : Paris : Sirey, 1950), p.407. อ้างถึงใน สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (ม.ป.ป). โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย. หน้า 11.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12 - 16.

⁶⁰ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. Sect., 3 février 1956, de Fontbonne, précité.

⁶¹ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. 21 février 1997, Romono, R. p.55.

คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมายถือเป็นคำสั่งที่มีความร้ายแรงมากที่สุด จึงมีการผ่อนคลายหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนคำสั่งให้กระทำได้ง่ายที่สุด

มีข้อสังเกตว่า การใช้วิธีการเพิกถอนกับคำสั่งที่เป็น โฆษะเช่นนี้น่าจะเป็นเรื่องที่จะขัดแย้งกันในตัวเองเพราะเมื่อเป็นคำสั่งที่เป็น โฆษะคือ ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายแล้ว ย่อมไม่ต้องมีอะไรให้เพิกถอนอีก

ในชั้นการพิจารณาขององค์กรตุลาการ

บุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนจากคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนสามารถฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งดังกล่าวได้โดยไม่มีกำหนดอายุความฟ้องคดี⁶² โดยคำฟ้องประเภทนี้เรียกในทางเทคนิคว่า “recours en déclaration d’inexistence” ซึ่งการที่สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้สร้าง “ทฤษฎีว่าด้วยการไม่มีตัวตนหรือไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครอง” (L’ inexistence) ขึ้นมาก็เพื่ออุดช่องว่างเรื่องอายุความฟ้องร้องคดีปกครอง เพราะกรณีอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนทั่วไปอย่างต่อเนื่องไปหากไม่เปิดโอกาสให้มีการเยียวยา การอ้างหลักการไม่มีตัวตนของคำสั่งทางปกครองที่ผิดปกติดังกล่าวอย่างชัดเจน จึงเป็นการเปิดโอกาสให้เอกชนที่เดือดร้อนหรือเสียหายได้รับการเยียวยา แม้จะเลยกำหนดอายุความตามปกติแล้วก็ตาม⁶³ โดยคำฟ้องประเภทนี้แตกต่างจากคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองในกรณีทั่วไป (recours pour excès de pouvoir) โดยกรณีนี้ผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่ศาลเห็นว่าคำสั่งที่พิพาทมีลักษณะผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนถึงขนาดไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย (หรือตกเป็น โฆษะ) ศาลก็จะเปลี่ยนคำฟ้องเป็นการฟ้องขอให้ประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครอง (ประกาศความเป็น โฆษะ) และพิพากษาว่าคำสั่งที่พิพาทเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย (คำสั่งที่พิพาทเป็น โฆษะ) นอกจากนี้ ศาลปกครองยังมีอำนาจยกประเด็นเกี่ยวกับความไม่มีอยู่เลย (โฆษะ) ของคำสั่งทางปกครองขึ้นวินิจฉัยได้เอง เพราะถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (moyen d’ordre public)⁶⁴ แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะไม่ได้ยกขึ้นกล่าวไว้ข้างในคำฟ้องก็ตาม

นอกจากนี้ การฟ้องคดีเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่นี้ สามารถฟ้องต่อศาลได้โดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องระยะเวลา (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 15 พฤษภาคม 1981 คดี Maurice และคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 1986 คดี Commissaire de la République des Landes) ในขณะที่การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยทั่วไปนั้นต้องฟ้องในกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13 มิถุนายน 1986 คดี Toribio

⁶² คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. 8 décembre 1982, Commune de Dompierre-sur-Besbre, R. p.707.

⁶³ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 57. หน้า 58.

⁶⁴ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐฝรั่งเศส C.E. 5 mai 1971, préfet de Parris, R. p.329 ; A.J.D.A 1972 p.301 not V.S.

et Bideau) และสิ่งที่สำคัญประการหนึ่งก็คือเนื่องมาจากเหตุผลของความร้ายแรงที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่มีอยู่ จึงทำให้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยฯ ศาลสามารถยกขึ้นพิจารณาได้เอง (คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ 5 พฤษภาคม 1971 คดี Préfet de Paris et ministre de l'intérieur) แม้ว่าศาลสามารถยกปัญหาเรื่องความไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครองได้เอง แต่ในบางกรณีศาลแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่จะใช้ทฤษฎีนี้ในกรณีที่เป็นเรื่องของความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ร้ายแรงของนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น และกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยนี้ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ก่อสิทธิหรือมีผลเด็ดขาด ฝ่ายปกครองจึงสามารถยกเลิกนิติกรรมดังกล่าวได้เสมอ (คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 1956 คดี de Fontbonne) ในขณะที่การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ก่อสิทธินั้น สามารถทำได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการเท่านั้น (คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน 1922 คดี Dame Cachet)

3.2.1.5 ผลกระทบของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

ในการใช้อำนาจของศาลในการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปในเวลาใดเวลาหนึ่งนั้น จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่าง ความร้ายแรงของเหตุแห่งการเพิกถอนกับความสำคัญของผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอน โดยที่ศาลจะต้องตรวจสอบว่าเหตุที่คำสั่งทางปกครองนั้นขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งก็คือ การเคารพต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งหลายและภายใต้ระบบกฎหมายนั้น การทำคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายทั้งหลายซึ่งอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า และตามธรรมเนียมปฏิบัติของกฎหมายฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญในหลักของความชอบด้วยกฎหมาย และในปัจจุบันก็ได้ปรับเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงที่จะต้องเคารพต่อสถานะซึ่งปัจเจกชนได้รับสิทธิตามกฎหมายด้วย โดยความแน่นอนแห่งสถานะหรือแห่งสิทธิที่ได้รับมาแล้วก็เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องได้รับความคุ้มครองตามตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีที่ศาลจะให้อำนาจในการยกเลิก (abrogation) และ การเพิกถอน (retrait)⁶⁵ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเสมือนว่าคำสั่งนั้นไม่เคยเกิดขึ้น ในบางกรณีอาจจะมีผลกระทบต่อความแน่นอนแห่งสถานะหรือแห่งสิทธิของปัจเจกชน คือ ผู้ที่ได้รับสิทธิจากคำสั่งทางปกครองที่ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนมาแล้ว จึงกลายเป็นปัญหาโต้เถียงในทางวิชาการถึงความสำคัญระหว่าง “ความชอบด้วยกฎหมาย” (légalité) และ “ความมั่นคงแห่งนิติสถานะ” (sécurité juridique) (หรือ

⁶⁵ ประมวลกฎหมายฝรั่งเศส ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองไว้ใน บรรพ 2 ลักษณะ 4 การสิ้นสุดใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งในบทนิยามได้แยกออกเป็นการยกเลิกและการเพิกถอน โดยในมาตรา L – 240-1 (Article L 240-1) ได้ให้ความหมายของคำว่า “ยกเลิก” (abrogation) ว่าหมายถึง การลบล้างให้สิ้นสุดทางกฎหมายในอนาคต และคำว่า “เพิกถอน” (retrait) ว่าหมายถึง การลบล้างให้สิ้นสุดทางกฎหมายในอนาคตและย้อนหลังไปในอดีตด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวกับความเชื่อมั่นในสิทธิที่ได้รับตามกฎหมาย (confiance légitime) เช่นเดียวกับการเพิกถอน (annulation) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ในปัจจุบันศาลปกครองฝรั่งเศสจึงต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และไม่อาจละเลยในเรื่องของความเชื่อมั่นในสิทธิที่ได้รับตามกฎหมายหรือความมั่นคงแห่งนิติสถานะได้ รวมทั้งการใช้อำนาจของศาลปกครองควรจะต้องสอดคล้องหรืออยู่ภายใต้ “หลักความเชื่อถือและไว้วางใจที่กฎหมายคุ้มครอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายของสหภาพยุโรปในบางกรณีด้วย ยกตัวอย่างเช่น สภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยกรณีที่มีการขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ข้าราชการออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าฝ่ายปกครองต้องแต่งตั้งข้าราชการกลับเข้าไปในตำแหน่งเดิมในวันถูกให้ออก (C.E. Veron - Raville, 27 พฤษภาคม 1949) โดยที่ศาลได้ให้เวลาตามสมควรแก่ฝ่ายปกครองในการที่จะเอาคนที่แต่งตั้งมาใหม่ออก เพื่อให้คนเก่าเข้ารับตำแหน่งเดิม โดยในกรณีนี้ก็ถือว่าคนที่ถูกแต่งตั้งใหม่ที่มาแทนคนที่ถูกออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องได้รับความคุ้มครองเนื่องจากเขารับสิทธินั้นมาแล้ว ทั้งนี้หลักที่กล่าวมาใช้สำหรับผู้ถูกไล่ออกที่มีตำแหน่งสภาพพิเศษซึ่งไม่อาจไปทำตำแหน่งอื่นได้ เช่น ผู้พิพากษา ศาสตราจารย์ เป็นต้น⁶⁶

3.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในมาตรา 35 ประโยคที่หนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (เรียกโดยย่อ VwVfG) ได้กำหนดบทนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ว่าหมายถึง คำสั่ง คำวินิจฉัยสั่งการ หรือมาตรการซึ่งฝ่ายปกครองวางเป็นข้อกำหนดสิทธิและหน้าที่ (Regelung) แก่กรณีเฉพาะรายภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง และคำสั่งทางปกครองต้องก่อให้เกิดผลโดยตรงไปสู่ภายนอก นอกจากนี้ มาตรา 35 ประโยคที่สอง VwVfG ได้กำหนดให้ “คำสั่งทั่วไป” (Allgemeinverfügung) เป็นคำสั่งทางปกครองโดยได้ระบุว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะทั่วไปและได้กำหนดแนวคำสั่งทางปกครองทั่วไปไว้ 3 ประการ คือ (1) เป็นคำสั่งที่มีไปยังกลุ่มบุคคลที่กำหนดเฉพาะเจาะจงหรือสามารถกำหนดเฉพาะเจาะจงได้ หรือ (2) เป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับสถานะทางกฎหมายมหาชนของทรัพย์สิน หรือ (3) เป็นคำสั่งที่เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สิน โดยประชาชนทั่วไป (Allgemeinheit) ดังนั้น ลักษณะเฉพาะของ “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” (Allgemeinverfügung)⁶⁷ จึงเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องของผู้รับคำสั่งทางปกครองอันเป็น

⁶⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2531). วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 7(3). หน้า 752.

⁶⁷ ท่านอาจารย์กมลชัช รัตนสกวาศ์ และอาจารย์วรเจต ภาคีรัตน์ ได้แปลคำว่า “Allgemeinverfügung” โดยใช้คำว่า “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” โดยได้กล่าวถึงว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม แต่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป, อ้างถึงใน กมลชัช รัตนสกวาศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. หน้า 152 และวรเจต ภาคีรัตน์. (2546). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 134.

ข้อกำหนดสิทธิและหน้าที่ (Adressat der Regelung) โดยตรงหรือโดยอ้อม ดังนั้น คำสั่งทางปกครอง⁶⁸ ต้องมีลักษณะเป็นข้อกำหนดหรือข้อความที่เป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ (Regelungscharakter) โดยผู้ออกหรือผู้ทำคำสั่งทางปกครองได้แสดงเจตนาที่มุ่งก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย (rechtsverbindliche Anordnung) และผลทางกฎหมายนั้น จะมีอยู่ที่ต่อเมื่อสิทธิและหน้าที่ของผู้รับคำสั่งทางปกครองได้เกิดขึ้นเปลี่ยนแปลง หรือถูกระงับไป นอกจากนี้ยังรวมไปถึงบรรดาคำสั่งทั้งหมดที่ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายและยังต้องมีคุณลักษณะอื่น ๆ ด้วย คือ เป็นข้อกำหนดที่ใช้แก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ และต้องออกโดยฝ่ายปกครอง ต้องมีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก และอยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น ดังนั้น การกระทำทางกฎหมายเอกชนทั้งหลายจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

3.2.2.1 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศเยอรมนี อาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท โดยพิจารณาจากระดับความไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ประเภทแรก คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และ ประเภทสอง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะก็ได้⁶⁹ โดยในส่วนของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงหรือที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะ” นั้น ระบบกฎหมายเยอรมันได้อธิบายแนวคิดเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้งโดยใช้ “ทฤษฎีความชัดแจ้ง” (Evidenz theorie) ที่ถือว่า กรณีที่คำสั่งทางปกครองบกพร่องอย่างร้ายแรงและความบกพร่องนั้นเป็นที่ประจักษ์ชัดแก่วิญญูชนทั่วไป ย่อมไม่มีความจำเป็นต้องคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคลที่เกี่ยวข้อง แต่ถือว่าคำสั่งนั้นไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมายตั้งแต่นั้น⁷⁰ และหากกรณีความผิดพลาดของคำสั่งทางปกครองมีความร้ายแรงและชัดแจ้งถึงขนาดวิญญูชนทั่วไปสามารถวินิจฉัยได้เอง เมื่อพิจารณาประกอบกับ

⁶⁸ เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นข้อกำหนดให้ปฏิบัติ หรือห้ามมิให้ปฏิบัติ อนุญาตหรืออนุมัติ การปฏิเสธการวางข้อจำกัด การเพิกถอน ส่วนการรับรอง เช่น การรับรองชื่อ ถิ่นที่อยู่ สำหรับการก่อตั้งสิทธิ เช่น การแต่งตั้งให้เป็นข้าราชการ หรือการวินิจฉัยสั่งการที่มีการโต้แย้ง เช่น คำวินิจฉัยสั่งการให้ได้รับประโยชน์ (Leistungsbescheid), Richter/Schuppert/Bumke, Casebook Verwaltungsrecht, พิมพ์ครั้งที่ 3 ค.ศ. 2000, หน้า 149.

⁶⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2537). *พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 132.

⁷⁰ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58. หน้า 2.

หลักความยุติธรรมโดยเนื้อหาแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับสภาพบังคับของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว⁷¹ ซึ่งจะแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ที่ไม่ถึงขนาดเป็น โฆษะ) เพราะแม้คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถือว่ายังคงมีผลบังคับตราบเท่าที่คำสั่งนั้น ยังไม่มีการเพิกถอนหรือทุเลาการบังคับไว้ จึงมีผลให้บุคคลผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งย่อมต้องผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง จะอ้างว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งมิได้ และคำสั่งนั้นจะยังมีผลบังคับเป็นที่สุดหากไม่ได้มีการโต้แย้งภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ในระบบกฎหมายเยอรมัน มาตรา 35 กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG) วางหลักให้คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น หากคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมาย จึงไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองเนื่องจากขาดองค์ประกอบของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย และเมื่อไม่ถือว่ามีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว ผลในทางกฎหมายของการกระทำดังกล่าวจึงถือว่าไม่เกิดขึ้นตามไปด้วยโดยอัตโนมัติ การกระทำที่ถือว่าไม่เกิดเป็นคำสั่งทางปกครองเลย เช่น การสั่งการที่กระทำโดยบุคคลซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการสั่งการที่ไม่ได้แจ้งไปยังบุคคลผู้รับคำสั่ง กรณีดังกล่าวไม่ถือว่าคำสั่งนั้นได้เกิดขึ้นและดำรงอยู่ (exist) ในทางกฎหมาย⁷² ซึ่งกรณีนี้แตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ เพราะคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็น โฆษะ ในทางทฤษฎีแล้วไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวมีค่าเป็น “ศูนย์” (nullum) โดยต้องยอมรับว่าการกระทำดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้ว และเกิดเป็นคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งต้องการ

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการบัญญัติหลักในเรื่องความเป็น โฆษะกรรมของนิติกรรมทางปกครองไว้อย่างชัดเจน ซึ่งศาลปกครองสามารถหยิบยกมาใช้วินิจฉัยคดีได้โดยตรงและในกฎหมายจะมีบททั่วไปบัญญัติไว้อีกชั้นหนึ่งว่าคำสั่งทางปกครองตกเป็น โฆษะเมื่อมีเหตุบกพร่องที่ร้ายแรงอย่างยิ่งและปรากฏชัดแจ้ง ดังนั้น แม้คำสั่งทางปกครองในกรณีหนึ่งจะไม่เข้าเหตุที่กำหนดให้เป็น โฆษะตามที่กฎหมายได้แจกแจงไว้ แต่ก็อาจมีลักษณะเป็น โฆษะตามบททั่วไปก็ได้ โดยในกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสหพันธ์รัฐ (Verwaltungsverfahrensgesetz

⁷¹ กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2540). *ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน*. ในรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศ.ดร.ประยูร กาญจนกุล. หน้า 61.

⁷² ปัญญา จันสกุล. (2550). *ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ และไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 56 – 57.

: VwVfG) ค.ศ. 1976 (VwVfG) ได้มีการบัญญัติเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้ใน มาตรา 44 ประกอบกับ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง (1) VwVfG โดยมีบทบัญญัติทั่วไปของนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะ⁷³ คือ บทบัญญัติมาตรา 44 วรรคหนึ่ง⁷⁴ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป (allgemeinBestimmung) ที่ให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ โดยบัญญัติว่านิติกรรมทางปกครองจะตกเป็นโมฆะเมื่อมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเป็นที่ทราบกันอย่างแจ่มชัด (besondersschwerwiegendeFehler und dung) ซึ่งความผิดพลาดอย่างร้ายแรงนี้อาจเป็นความผิดพลาดทางกฎหมายวิธีสบัญญัติก็ได้ แต่จะต้องเป็นความผิดพลาดที่เห็นได้อย่างเด่นชัด (auf der Stimtragen) แม้แต่วิญญาณที่ไม่ได้มีการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่าเป็นนิติกรรมที่ผิดพลาดอย่างแจ่มชัด⁷⁵ เหตุผลทางทฤษฎีที่บัญญัติให้นิติกรรมทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและแจ่มชัดให้เป็นโมฆะนั้น มาจากผลของหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (das Prinzip der Rechtssicherheit) หลักกฎหมายนี้ถือว่านิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแม้จะมีข้อผิดพลาด ผู้รับนิติกรรมทางปกครองย่อมไม่อาจรู้แน่ชัดได้จึงต้องถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลบังคับเสมอ หากผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่ไม่เห็นด้วยก็มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านได้ เพื่อประโยชน์ความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชน ดังนั้น หากความผิดพลาดของนิติกรรมทางปกครองมีความร้ายแรงและแจ่มชัดถึงขนาดวิญญาณทั่วไปวินิจฉัยได้เอง ประกอบกับหลักความยุติธรรม โดยเนื้อหาแล้ว (das PrinzipmateriellenGerechtigkeit) ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับสภาพบังคับของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจึงเกิดหลักโมฆะกรรมของนิติกรรมทางปกครองขึ้น ในส่วนของมาตรา 44 วรรคสอง ได้บัญญัติเหตุแห่งโมฆะกรรมในแต่ละเรื่อง (Bestimmung in einzelnen, dieabsolutenNichtigkeitsgrunde) ไว้โดยเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัยของความผิดพลาดอย่างร้ายแรงว่าเป็นโมฆะเสมอ

ดังนั้น เหตุแห่งความเป็นโมฆะของนิติกรรมทางปกครองสามารถแยกได้ ดังนี้⁷⁶

1) เป็นกรณีมีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงมากจนเห็นได้ชัด ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง คือ นิติกรรมทางปกครองเป็นโมฆะ เมื่อมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเป็นที่ทราบกันอย่างแจ่มชัด แม้แต่วิญญาณที่ไม่ได้ศึกษากฎหมายก็เห็นได้ถึงความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง และจะต้องพิจารณาเป็นเฉพาะราย ๆ ไป เช่น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้น โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจ

⁷³ ในเยอรมัน นักวิชาการส่วนหนึ่ง เสนอความเห็นว่าการคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะย่อมเสียเปล่าหรือไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น ผู้รับคำสั่งจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้น และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นได้, อังแล้วเชิงอรรถที่ 67, หน้า 167.

⁷⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์, อังแล้วเชิงอรรถที่ 67, หน้า 167.

⁷⁵ H.Meyer and H. Borgs-Maciejowski, (1982). KommentarzumVerwaltungsverfahrensgesetz, (Germany : Frank-furt am Main : A. Metzner). P.380.

⁷⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์, อังแล้วเชิงอรรถที่ 71, หน้า 60 – 64.

หน้าที่ในเรื่องนั้น เช่น ในกรณีการที่หน่วยงานรักษาป่าไม่มีคำสั่งติดตั้งป้ายจราจรกำหนดวิธีการเดินรถมาปักนอกเขตพื้นที่ของตน โดยเป็นพื้นที่ของเจ้าพนักงานจราจร หรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจในเนื้อหานั้นเลย เช่น กรณีพนักงานสอบสวนคดีอาญาไปออกคำสั่งให้คู่กรณีที่ขับรถโดยประมาทชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคดีทำนองนี้ศาลปกครองเยอรมนีเคยวินิจฉัยว่าเป็น โฆษะ

2) เป็นกรณีเฉพาะตาม มาตรา 44 วรรคสอง ซึ่งได้แก่

(2.1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่อาจทราบได้ว่าออกโดยส่วนราชการฝ่ายปกครองใดหรือหน่วยงานของรัฐหน่วยใด ซึ่งแนวคิดเบื้องหลังในกรณีนี้คือ ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ถูกกระทบกระเทือนสิทธิจากคำสั่งทางปกครอง จะต้องทราบว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวออกจากส่วนราชการใด เพื่อบุคคลนั้นจะได้ใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้ถูก เนื่องจากโดยหลักแล้ว การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่หรือส่วนราชการที่มีคำสั่งนั้น ผู้รับคำสั่งไม่อาจยื่นอุทธรณ์ต่อส่วนราชการอื่นได้ หากผู้รับคำสั่งไม่อาจทราบได้ว่าส่วนราชการใดเป็นผู้ออกคำสั่งก็จะไม่สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งกับส่วนราชการผู้ออกคำสั่งได้

(2.2) นิติกรรมทางปกครองจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีพิธีการมอบเอกสารสำคัญให้ (durchAushan digungeinerUrkunde) หรือก็คือ คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำตามแบบที่กำหนด แต่มิได้ทำตามแบบนั้น ซึ่งโดยทั่วไปแนวคิดในทางกฎหมายปกครองจะให้ความสำคัญกับเรื่องแบบพิธีในการทำคำสั่งน้อยกว่าเรื่องเนื้อหาสาระหรืออำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องแบบพิธีไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนในการทำคำสั่ง (procedure) หรือรูปแบบคำสั่ง (form) ก็มักจะไม่ได้ถือเป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเสียเปล่า แต่เป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ แต่ก็มีบางกรณีที่ระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ถือว่าความบกพร่องในแบบพิธีบางกรณีมีความร้ายแรงถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองต้องเสียเปล่า เช่น กฎหมายเยอรมันถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แต่มิได้ระบุให้ทราบว่าหน่วยงานใดเป็นผู้ออกคำสั่งตกเป็น โฆษะ⁷⁷ เพราะผู้รับคำสั่งไม่อาจรู้ได้ว่าผู้ใดออกคำสั่งและไม่อาจใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งได้ นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมัน ความบกพร่องในขั้นตอนหลังจากการทำคำสั่งไปแล้วอาจเป็นเหตุให้คำสั่งตกเป็น โฆษะได้ โดยในมาตรา 44 วรรคสอง (2) VwVfG บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการส่งมอบเอกสารสำคัญแต่ไม่ได้มีการมอบเอกสารดังกล่าวตกเป็น โฆษะ เช่น พิธีการมอบเอกสารการได้มาซึ่งสัญชาติเยอรมันและการเสียสัญชาติเยอรมัน หรือคำสั่งให้สัญชาติแก่คนต่างด้าวที่ไม่ได้

⁷⁷ มาตรา 44 วรรคสอง (1) VwVfG.

มีการส่งมอบเอกสารสำคัญต่อผู้รับคำสั่งตามที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยสัญญาชาติ พิธีการส่งมอบเอกสารแต่งตั้งข้าราชการตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการประเภทต่าง ๆ ซึ่งเป็นรูปแบบในการสถาปนาความสัมพันธ์พิเศษในการเป็นข้าราชการ เป็นต้น ซึ่งการที่ไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้ตามพิธีการนั้น นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ยังไม่สมบูรณ์ ยังไม่มีผลบังคับ

(2.3) นิติกรรมทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองนั้น (die ortliche Zuständigkeit) และเป็นกิจการเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ในกรณีนี้คือ คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ แต่เป็นที่เห็นได้ชัดว่าออกหรือทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจเพราะอยู่นอกเขตพื้นที่ที่อสังหาริมทรัพย์หรือสิทธินั้นตั้งอยู่ (เจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจในเขตพื้นที่นั้น) เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเกี่ยวกับการควบคุมอาคารในเขตท้องที่ A ไปออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหรือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองในเขตท้องที่ B ใบอนุญาตและคำสั่งดังกล่าว ย่อมตกเป็น โฆษะ แต่ถ้าเป็นกิจการอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ใบอนุญาตและคำสั่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นก็ไม่ได้ตกเป็น โฆษะแต่อย่างใด

(2.4) นิติกรรมทางปกครองที่สั่งให้ผู้รับคำสั่งกระทำการหรือปฏิบัติกรอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งด้วยเหตุผลทางข้อเท็จจริงแล้วไม่อาจปฏิบัติได้ (objektivetatsächliche Unmöglichkeit) คือ ตามมาตรา 44 (4) ถือเป็นคำสั่งทางปกครองให้กระทำการในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ หรือกำหนดให้กระทำการในสิ่งที่ไม่มิผู้ใดปฏิบัติได้ โดยพิจารณาจากวิญญูชนทั่วไปว่าไม่อาจปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ได้ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาซึ่งไม่สามารถทำให้สิ่งที่ต้องการนั้นเกิดเป็นรูปธรรมได้ จึงทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่มีสภาพบังคับแต่อย่างใด และด้วยเหตุนี้จึงทำให้เป็น โฆษะ เช่น ในทางตำราได้อธิบายว่าการเรียกเงินค่าธรรมเนียมที่สูงมากเกินกว่าวิญญูชนทั่วไปจะชำระได้ หรือการออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารบ้านเรือน โดยไม่ปรากฏว่ามีอาคารบ้านเรือนดังกล่าว หรือได้มีการรื้อถอนไปก่อนแล้ว เป็นต้น แต่เหตุบกพร่องนี้ในทางคดียังไม่ปรากฏ

(2.5) นิติกรรมทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันผิดกฎหมาย ซึ่งหากผู้รับนิติกรรมทางปกครองปฏิบัติตามแล้ว ตนอาจจะต้องรับโทษทางอาญา (Strafe) หรืออาจจะต้องถูกรับทางปกครอง (Bussgeld) คือ เป็นกรณีตามมาตรา 44 (5) บางครั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจออกคำสั่งทางปกครองโดยใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตแห่งกฎหมาย โดยทั่วไปยังถือว่าคำสั่งนั้นมีผลบังคับอยู่ แต่ข้อกำหนดที่ให้ปฏิบัติตามนั้นจะมีผลทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจจะต้องรับโทษทางอาญาหรือโทษปรับทางปกครอง นโยบายทางกฎหมายจึงต้องเลือกที่จะคุ้มครองผู้รับคำสั่งมิให้ต้องเสี่ยงต่อการกระทำอันจะต้องรับโทษดังกล่าว ด้วยการกำหนดให้คำสั่งดังกล่าวไม่มีผลบังคับและให้เป็น โฆษะ เช่น การกำหนดให้ผู้รับ

คำสั่งทางปกครองเข้าไปในเคสสถานของผู้อื่นโดยเกินขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งเสี่ยงต่อการกระทำผิดอาญา แต่หากเป็นการกระทำผิดหน้าที่ของตนตามกฎหมายอื่น หรือต้องรับผิดทางแพ่ง ย่อมไม่เข้าเหตุโมฆะนี้⁷⁸

(2.6) นิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (gute Sitten) คือ เป็นกรณีตามมาตรา 44 (6) ในทางตำราเห็นว่าน่าจะนำมาจากเหตุแห่งโมฆะกรรมในทางแพ่งตามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) เป็นบทบัญญัติที่มาจำกัดขอบเขตเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งหากความไม่ชอบด้วยกฎหมายถึงขนาดไปกระทบหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็น่าจะเป็นเหตุเพียงพอให้เป็น โมฆะได้ ยกตัวอย่างเช่น การออกใบอนุญาตให้แสดงโชว์ลามกอนาจาร⁷⁹

3) เป็นกรณีเฉพาะตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติ ให้คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกให้แก่ตัวเอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะด้วย ซึ่งเป็นคำสั่งในแง่ของตัวเจ้าหน้าที่ คือ เป็นกรณี ที่มีผู้มีคำขอและเจ้าหน้าที่ผู้อนุญาตเป็นบุคคลเดียวกัน แต่หากออกให้แก่ผู้ที่เป็นเครือญาติของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองตาม มาตรา 20 วรรคหนึ่ง (2) – (6) ก็ไม่ตกเป็น โมฆะ หรือหากเป็นกรณีตามมาตรา 44 วรรคสาม (2) กรณีนิติกรรมทางปกครองที่ออกให้ผู้ที่เป็นเครือญาติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งนั้น ทำให้มีผลเป็นโมฆะไม่ถึงกับตกเป็นโมฆะ

4) เป็นกรณีตามมาตรา 44 วรรคสี่ ยังได้บัญญัติ ให้คำสั่งทางปกครองเป็น โมฆะบางส่วนได้ โดยยอมรับว่าโอกาสที่คำสั่งทางปกครองอาจผิดพลาดอย่างร้ายแรงถึงระดับ โมฆะเพียงบางส่วนนั้นย่อมเกิดขึ้นได้ แต่ถ้าส่วนที่เป็น โมฆะนั้นเป็นสาระสำคัญของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งถ้าหากปราศจากเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้เลย คำสั่งทางปกครองย่อมตกเป็น โมฆะทั้งหมด เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตให้สร้างร้านอาหารและเครื่องดื่ม โดยมีข้อกำหนดเพิ่มเติมว่าผู้รับนิติกรรมทางปกครองต้องทำให้พาหนะของลูกค้าไม่ว่าจะเป็นรถยนต์ รถจักรยานยนต์ หรือรถจักรยาน เป็นระเบียบอยู่ตลอดเวลา และไม่ให้มีการส่งเสียงดังหน้าร้านอาหารของตน ซึ่งการไม่ส่งเสียงดังนั้น ไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้รับนิติกรรมจะปฏิบัติได้เลยย่อมตกเป็น โมฆะ ส่วนความเป็นระเบียบก็อาจกระทำได้โดยการขอความร่วมมือ ดังนี้ ข้อกำหนดดังกล่าวมิใช่สาระสำคัญของใบอนุญาตให้เปิดร้านอาหารฯ จึงไม่ทำให้ใบอนุญาตดังกล่าวตกเป็น โมฆะ

⁷⁸ กมลชัย รัตนสกวรวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 71. หน้า 64.

⁷⁹ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์เยอรมัน T. 84 P.314.

5) ในกฎหมายเยอรมันจะมีหลักเกณฑ์อย่างอื่นอีก คือ เป็นกรณีที่ศาลปกครองเยอรมันได้วางหลักเพิ่มเติมด้วยการตีความ เช่น คำสั่งทางปกครองที่เนื้อหาสาระไม่มีความชัดเจนว่าประสงค์ให้ปฏิบัติอะไร (vagueness)⁸⁰ เป็นต้น

จึงสรุปได้ว่า เหตุดังกล่าวข้างต้นอาจแบ่งออกได้เป็นสามกลุ่มใหญ่ ๆ คือ (1) เหตุแห่งความบกพร่องในเนื้อหาของสาระของคำสั่ง คือ คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเนื้อหาอย่างร้ายแรงและตกเป็น โฆษะ เช่น คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาที่เป็นไปไม่ได้ หรือคำสั่งทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะตามบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคสอง VwVfG รวมไปถึงคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (2) เหตุแห่งความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง ในประเทศเยอรมนีถือว่าตกเป็น โฆษะ เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ป่าไม้มีคำสั่งติดตั้งป้ายจราจรทั้งที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่จราจร⁸¹ หรือกรณีที่เทศบาลออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารทั้งที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานผังเมือง⁸² (3) เหตุแห่งความบกพร่องในแบบพิธีในการทำคำสั่ง คือ คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องออกเป็นหนังสือและส่งมอบคำสั่งหรือเอกสารนั้นให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่เจ้าหน้าที่กลับออกคำสั่งทางปกครองโดยมิได้ทำเป็นหนังสือและไม่ได้ส่งมอบให้แก่ผู้รับคำสั่ง

3.2.2.2 ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมันได้บัญญัติถึงผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ ไว้อย่างชัดเจนใน มาตรา 43 (3) ว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะถือว่าเสียเปล่าไม่มีผลทางกฎหมาย หมายความว่า ไม่มีผลผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครอง บุคคลที่สามารถองค์กรหน่วยงานอื่น ตลอดจนองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย

3.2.2.3 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (vwGo) มีบทบัญญัติว่าด้วยระบบการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นโดยฝ่ายปกครองมาบัญญัติเอาไว้ซึ่งเรียกว่า “การคัดค้าน (WIDERSPRUCH)” (หรือที่กฎหมายไทยเรียกว่า “การอุทธรณ์”) โดยมีบทบัญญัติใน มาตรา 68 – 77 ซึ่งมาตราที่สำคัญได้แก่ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง วางหลักว่าก่อนเสนอคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือคำฟ้องขอให้มีการออกคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการปฏิเสธไม่ออกให้โดยฝ่ายปกครอง จะต้องมีการ

⁸⁰ Mahendra Pal Singh. (1985), German administrative law in common law perspective, New York: Springer – Verlag. pp.78 - 79.

⁸¹ คำพิพากษาศาลสูงบาเยิร์น BayObLG NVwZ 1984, p.399

⁸² คำพิพากษาศาลปกครองบาเดน – เวือดเทมแบร์ก VBIBW 1983, p.25

ทบทวนความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยกระบวนการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นของฝ่ายปกครองเสียก่อน ซึ่งก็คือการกำหนดให้ต้องมีการอุทธรณ์โต้แย้งเพื่อตรวจสอบเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ความชอบด้วยวัตถุประสงค์ ภายในฝ่ายปกครองก่อน ภายในระยะเวลา 1 เดือนนับแต่ทราบคำสั่งทางปกครอง และมาตรา 69 กำหนดให้ก่อนฟ้องคดีต่อศาล จะต้องมีการอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองเสียก่อน ทั้งนี้ ตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล ถือว่ากระบวนการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นก่อนการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งเริ่มต้นโดยการยื่นอุทธรณ์ ถือเป็นเงื่อนไขการพิจารณาพิพากษาในเนื้อหาของเรื่อง มิใช่เงื่อนไขการรับคดีไว้พิจารณา ดังนั้น จึงมีใช้เหตุที่ศาลจะนำมาใช้เพื่อปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้ ก่อนที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาในเนื้อหาของคดีต่อไป รวมทั้งได้มีบทบัญญัติกำหนดข้อยกเว้นไว้ เช่น กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หรือในมาตรา 75 ในกรณีที่มิใช่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์มิได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ในเนื้อหาของเรื่องภายในเวลาอันสมควร ไม่ใช่เหตุที่ศาลจะนำมาใช้เพื่อปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา หรือเป็นข้อยกเว้นที่เกิดขึ้นจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง โดยขยายใช้แก่กรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ยกข้อโต้แย้งว่าคู่กรณีไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ขึ้นต่อผู้ในชั้นศาล ซึ่งหลักคิดนี้ตั้งอยู่บนข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “ความมีประสิทธิภาพและความคุ้มค่าของการพิจารณาคดี” โดยระบบแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นก่อนการฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์หลักที่จะเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนและเห็นชอบด้วยกับข้อเรียกร้องของผู้ฟ้องคดีหากมีน้ำหนัก แต่วัตถุประสงค์นั้นย่อมไม่เกิดขึ้นและบรรลุผลเมื่ออีกฝ่ายได้แสดงออกอย่างชัดเจนในระหว่างการพิจารณาว่าตนไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของผู้เสียหาย ซึ่งใช้ได้ทั้งในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ยื่นอุทธรณ์เสียเลยก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล และในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์หลังจากที่พ้นระยะเวลาอุทธรณ์ไปแล้ว

ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ ไม่มีผลในทางกฎหมายใดเลยตั้งแต่ขณะออกคำสั่งทางปกครอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองชอบที่จะไม่ปฏิบัติตามคำสั่งได้โดยไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครองนั้น และไม่อยู่ภายใต้บังคับของระยะเวลาการอุทธรณ์ ดังนั้น การฟ้องคดีต่อศาลเพื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะจึงไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน แต่อย่างไรก็ตาม ผู้รับคำสั่งทางปกครองควรระมัดระวังและใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองก่อนตามกำหนดเวลา เนื่องจากขึ้นอยู่กับศาลว่าจะวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับใด

3.2.2.4 การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

ศาลปกครองเยอรมนีมีภารกิจสำคัญในการคุ้มครองสิทธิ (สิทธิเรียกร้องทางมหาชน) ของประชาชนจากการล่วงละเมิด โดยองค์กรฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ การฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนของ

คำสั่งทางปกครองย่อมมีจุดมุ่งหมายในการขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระ โดยมีผลกระทบต่อสิทธิเรียกร้องทางมหาชนของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น ในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทนี้ถ้าคำฟ้องปรากฏตามทางพิจารณาของศาลว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งทางปกครองดังกล่าวกระทบสิทธิเรียกร้องทางมหาชนของผู้ฟ้องคดีศาลปกครองก็ต้องพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวรวมตลอดถึงคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (ถ้ามี) โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมักไม่ถึงขนาดเป็น โฆษะ แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจถูกเพิกถอนได้ ซึ่งในระหว่างที่ยังไม่มีการเพิกถอน คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมายอยู่

การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 42 VwGO คือ การฟ้องที่มุ่งหมายเพื่อให้มีการลบล้างคำสั่งทางปกครอง หรือเพื่อวินิจฉัยให้ออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกต้อง หรือมีการละเว้น ซึ่งเงื่อนไขที่สำคัญในการฟ้องโต้แย้งนี้มีข้อพิจารณาที่สำคัญ คือ การมีอยู่ของคำสั่งทางปกครอง แต่ในขณะที่การฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ ซึ่งไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด กรณีดังกล่าวจึงถือว่าไม่มีวัตถุประสงค์ อันเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีเพื่อการคุ้มครองสิทธิ แต่จะต้องใช้การฟ้องขอให้พิสูจน์สิทธิ (Feststellungsklage) เพื่อพิจารณาความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครอง⁸³ ส่วนการยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้พิสูจน์ความเป็น โฆษะนั้นนอกจากจะไม่อยู่ภายใต้บังคับระยะเวลาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ยังไม่มีกำหนดอายุความฟ้องคดีด้วย เนื่องจากประมวลกฎหมายพิจารณาความในศาลปกครองไม่ได้วางหลักเรื่องระยะเวลาในการกล่าวอ้างความเสียหายเปล่าของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะไว้

ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนี ได้มีบทบัญญัติเหตุแห่งความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครองและบทบัญญัติการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ แต่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่ใช่บังคับแก่กรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็น โฆษะ เนื่องจากคำสั่งที่เป็น โฆษะย่อมไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น ดังนั้น การที่กฎหมายบัญญัติเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะไว้อย่างชัดเจนเช่นนี้ จึงทำให้การพิจารณาและการดำเนินการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะในชั้นเจ้าหน้าที่และในชั้นศาลของประเทศเยอรมันมีความชัดเจนขึ้น ดังนี้⁸⁴

ในชั้นการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ในประเทศเยอรมนีมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ โฆษะกรรมของคำสั่งทางปกครอง โดยได้กำหนดวิธีการจัดการกับคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะไว้เป็นการเฉพาะ

⁸³ บรรเจิด สิงคนดี. (2547). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน*. โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 92 – 93.

⁸⁴ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58. หน้า 12 – 16.

แยกต่างหากจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายธรรมดา เมื่อคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องเพิกถอนให้สิ้นผลไปและไม่อยู่ภายในบังคับของระยะเวลาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองด้วย แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจหยิบยกประเด็น โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองที่ตนออกไปนั้นขึ้นพิจารณาเองได้ตาม มาตรา 44 วรรคห้า VwVfG ได้บัญญัติ ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถประกาศความเสียหายหรือความเป็นโมฆะได้ไม่ว่าจะริเริ่มดำเนินการเอง หรือโดยการร้องขอของบุคคลที่เกี่ยวข้อง⁸⁵ ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าการประกาศความเป็นโมฆะมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น บุคคลที่ไม่พอใจในผลของการประกาศความเป็นโมฆะจึงอาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนประกาศความเป็นโมฆะนั้นได้

ในชั้นการพิจารณาขององค์กรตุลาการ

ในระบบกฎหมายของเยอรมัน นอกจากการยื่นคำขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งสามารถยื่นคำขอได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลาแล้วบุคคลที่เกี่ยวข้องยังมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้พิสูจน์หรือประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้อีกทางหนึ่งด้วยตามที่กำหนดในมาตรา 43 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) ซึ่งการฟ้องคดีประเภทนี้เรียกว่า “การฟ้องขอให้พิสูจน์สิทธิ” ซึ่งเป็นคนละประเภทกับการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ การพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองเป็น โมฆะหรือไม่ อาจจะไม่ใช่เรื่องง่ายของประชาชนทั่วไปกรณีจึงอาจมีการฟ้องคดีผิดประเภทได้ เช่น ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน แทนที่จะฟ้องขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองจะเปลี่ยนคำฟ้องให้สอดคล้องกับประเภทคดีโดยถือว่าผู้ฟ้องคดีขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งที่พิพาท ทั้งนี้ การฟ้องในกรณีเช่นนี้ เมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ คำพิพากษาของศาลจึงมีผลเป็นเพียงการประกาศให้ทราบหรือเป็นเพียงการรับรองสิทธิเท่านั้น

ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะย่อมไม่มีผลบังคับใด ๆ ในทางกฎหมาย ประชาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือศาลปกครอง ไม่จำเป็นต้องให้ความสำคัญกับคำสั่งดังกล่าว และ

⁸⁵ การประกาศความเป็นโมฆะนี้เป็นวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายปฏิบัติราชการทางปกครองของหลายประเทศ เช่น เยอรมัน ออสเตรีย สเปน โปรตุเกส โดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองประกาศความเป็นโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา นอกจากนี้ กฎหมายบางประเทศอาจกำหนดขั้นตอนการประกาศความเป็นโมฆะเป็นพิเศษ เช่น ประเทศสเปน กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่จะประกาศความเป็นโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือคณะกรรมการที่ปรึกษาของระชาคมปกครองตนเองต่าง ๆ เสียก่อน อ้างถึงใน สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58. หน้า 12-16.

ผู้รับคำสั่งที่ไม่มั่นใจว่าคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับนั้นจะเป็น โฆษะหรือไม่ ก็อาจร้องขอให้ศาล พิสูจน์ความเป็น โฆษะได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีนิติกรรมทางปกครองที่เป็น โฆษะ เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองควรจะต้องประกาศ โฆษะกรรมและแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบถึงเหตุแห่ง โฆษะด้วย มิฉะนั้นจะเป็นการเสี่ยงภัยอย่างมากหากผู้รับคำสั่งถือเอาเองว่าคำสั่งทางปกครองนั้น เป็น โฆษะและไม่ใส่ใจกับการโต้แย้งคัดค้าน เพราะความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่อง การตรวจสอบในทางสารบัญญัติซึ่งจะทราบได้ก็ต่อเมื่อได้มีการดำเนินคดีและตรวจสอบในเรื่อง นั้นแล้ว หรือจะเป็นการฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองโดยทำเป็นคำฟ้องขอพิสูจน์ความเป็น โฆษะ ตามมาตรา 43 VwGo หรือบางครั้งมีการอนุโลมให้ทำเป็นคำฟ้องโต้แย้งสิทธิได้ ซึ่งในปัจจุบัน มาตรา 44 VwVfG ได้บัญญัติเหตุแห่ง โฆษะไว้ชัดเจน

3.2.2.5 ผลกระทบของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาด อย่างชัดเจนและร้ายแรง

ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมัน⁸⁶ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกและเพิกถอน การกระทำทางปกครองตามกฎหมายวิธีดำเนินการทางปกครองของประเทศเยอรมัน อยู่ใน มาตรา 48 ถึงมาตรา 51 โดยมาตรา 48 บัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอน มาตรา 59 บัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิก มาตรา 50 บัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกและเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่เอื้อประโยชน์ประโยชน์อันมี ผลต่อบุคคลที่สาม และมาตรา 51 บัญญัติเกี่ยวกับการขอให้พิจารณาใหม่

การเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นหนทางแก้ไขความ ผิดพลาด แต่สำหรับการยกเลิกการกระทำทางปกครองนั้นจะใช้ก็ต่อเมื่อการกระทำทางปกครองใด เป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมาแต่แรก แต่เกิดการเปลี่ยนแปลงในเรื่องของ ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของการกระทำทางปกครองนั้น ๆ หรือแม้กระทั่งอาจเป็น กรณีที่การกระทำทางปกครองใดแม้จะอยู่ต่อไปก็ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อีก โดยการเพิกถอนและ ยกเลิกนั้น อาจกำหนดให้มีผลต่อการกระทำทางปกครองใดทั้งหมดหรือบางส่วน หรืออาจจะจำกัด ในแง่ของทรัพย์สิน หรือจำกัดในแง่ของเวลา คือ การให้มีผลตั้งแต่ต้น (ex tunc) ซึ่งเป็นการมอง ย้อนกลับ ไปในอดีต หรือมีผลนับแต่บัดนี้เป็นต้นไปซึ่ง (ex nunc) ซึ่งเป็นการมองไปในอนาคตก็ได้ ทั้งนี้ การเพิกถอนและยกเลิกนั้นใช้ได้กับการกระทำทางปกครองที่เป็นการให้คุณและการกระทำ ทางปกครองที่เป็นภาระ แต่ผลที่เกิดขึ้นแต่ละประเภทดังกล่าวนี้จะไม่เหมือนกัน ในขณะที่หากมี การเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่เป็นภาระย่อมเป็นเรื่องที่น่ายินดีสำหรับผู้รับคำสั่งนั้นแต่ ในทางกลับกันหากยกเลิกการกระทำทางปกครองที่เป็นการให้คุณหรือประโยชน์ก็จะถูกขยับจาก

⁸⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2541). การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง. รวมบทความทางวิชาการ กฎหมายว่าด้วยวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. หน้า 165.

ผู้รับคำสั่งนั้น เพราะเขาได้ให้ความเชื่อถือต่อการดำรงอยู่ของการกระทำทางปกครองนั้น ๆ และปรับตัวให้เข้ากับการกระทำทางปกครองนั้นแล้ว โดยในการชั่งน้ำหนักกันระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้านหนึ่งกับหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งนี้เป็นกรณีที่ต้องพิจารณากันเป็นการเฉพาะราย โดยจะต้องเทียบกับผลของการเพิกถอนที่จะเกิดขึ้นกับผู้ได้รับประโยชน์ ผลของการไม่เพิกถอนที่จะเกิดขึ้นกับส่วนรวมและบุคคลที่สาม ลักษณะและการเกิดผลของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการยังเป็นแบบแผนมากเท่าไรก็จะยิ่งก่อให้เกิดความเชื่อถือในการดำรงอยู่ของการกระทำทางปกครองมากขึ้นเท่านั้น นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงความมากน้อยของความไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ตลอดจนระยะเวลา นับแต่ได้ออกการกระทำทางปกครองมาว่ายาวนานเพียงใดด้วย การชั่งน้ำหนักนี้อาจนำไปสู่การเพิกถอนที่มีลักษณะจำกัด ไม่ว่าจะจำกัดในแง่ของเนื้อหาหรือในแง่ของเวลา หรืออาจจะนำไปสู่การที่ไม่อาจเพิกถอนการกระทำทางปกครองนั้น ๆ ได้เลย ความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมได้รับความคุ้มครอง เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง หรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้ว โดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี เช่น ในมาตรา 49 วรรคหก ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ซึ่งกำหนดให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

ดังนั้น กรณีคำสั่งทางปกครองที่เหตุแห่งการฟ้องคดีมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ ศาลปกครองจะนำหลักการคุ้มครองความเชื่อและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองในสถานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาประกอบการพิจารณาพิพากษาซึ่งศาลปกครองจะต้องชั่งน้ำหนักกันระหว่างประโยชน์ของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เชื่อถือและไว้วางใจในความมั่นคงดำรงผลของคำสั่งและจะได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งนั้นกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้จากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมายมาพิจารณาประกอบการ ส่วนในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะนั้น ย่อมไม่เกิดผลในทางกฎหมายด้วยเหตุนี้จึงถือว่าไม่มีผู้รับคำสั่งทางปกครองที่จะเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากคำสั่งดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบในทางข้อเท็จจริงต่อสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งดังกล่าวและต่อบุคคลที่สามได้ ผู้ที่มีสิทธิยื่นฟ้องคดีขอให้ศาลพิสูจน์ความเป็น โฆษะนั้นของคำสั่งทางปกครองจึงต้องตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวด้วยว่าผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะนั้นหรือไม่⁸⁷

⁸⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 83. หน้า 127 – 128.

สรุปดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงสะท้อนให้เห็นถึงความยุ่งยากในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองในกรณีใดที่บกพร่องอย่างร้ายแรงถึงขั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เสียเปล่าหรือไม่มีอยู่เลย โดยในประเทศฝรั่งเศสอาจเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับนโยบายของศาล (politique jurisprudentielle) ที่จะเห็นสมควรเป็นประการใดในทางปฏิบัติ แนวคิดที่ว่าด้วยโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองจึงไม่ใช่แนวคิดที่มีเนื้อหาทางทฤษฎี หรือมีเกณฑ์พิจารณาที่แน่นอน (notion conceptuelle) แต่เป็นแนวคิดที่ศาลนำมาใช้ในกรณีที่เห็นว่ามี ความจำเป็นต้องผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการลบล้างคำสั่งทางปกครองหรือการฟ้องคดี ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าความเป็นโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองเป็นแนวคิดที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (notion fonctionnelle) ซึ่งศาลจะคำนึงถึงผลของความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญในการวินิจฉัยว่าความบกพร่องในกรณีใดที่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย ดังนั้น เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีหลักกฎหมายที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน แต่บางครั้งอาจมีการใช้หลักกฎหมายนั้นไม่ตรงกันบ้างซึ่งอาจแตกต่างกันออกไปในรายละเอียด เช่น ส่วนของเหตุแห่งโมฆะกรรม หรือ ผลแห่งโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจจะเป็นเพราะเหตุผลด้านวัฒนธรรมทางกฎหมายหรือเหตุผลทางเทคนิคของแต่ละประเทศ แต่อาจกล่าวได้ว่า แนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีหลักการที่ใหญ่ ๆ และสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกัน โดยเฉพาะการไม่ยอมรับผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน