

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับเหตุแห่งคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

เมื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัดของทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีแล้วพบว่าแม้ว่าทั้งสองประเทศจะเรียกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแตกต่างกัน กล่าวคือ ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า “คำสั่งทางปกครองที่ไม่มีตัวตนหรือไม่มีอยู่เลย” ในขณะที่ประเทศเยอรมนีเรียกคำสั่งดังกล่าวว่า “คำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะ” แต่ทั้งสองประเทศต่างยอมรับตรงกันว่า คำสั่งทางปกครองอาจเกิดข้อบกพร่องอย่างร้ายแรงได้ และเมื่อเป็นเช่นนั้น ย่อมไม่สมควรให้คำสั่งดังกล่าวมีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเสียเปล่าหรือไม่มีอยู่เลย ผู้รับคำสั่งจึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว สำหรับในประเทศไทย แม้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะไม่มีบทบัญญัติรับรองไว้ชัดแจ้งเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงไว้ แต่จากการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่ผ่านมาพบว่ามีแนวคำพิพากษาศาลปกครอง รวมทั้งความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ที่ได้มีการวินิจฉัยกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น โดยศาลปกครองได้มีการนำแนวคิดว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย มาใช้ในการวินิจฉัยคดีในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเมื่อได้ศึกษาคำพิพากษาดังกล่าวแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าประเด็นปัญหาที่น่าสนใจศึกษาแบ่งเป็นสี่ส่วน ได้แก่ ปัญหาในส่วนของเหตุที่ถือว่าเป็นความบกพร่องร้ายแรงถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่มีอยู่เลยหรือเป็นโมฆะ ปัญหาในส่วนของความหมายและผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงนั้น ปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนและระยะเวลาในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และปัญหาในการฟ้องคดีต่อศาล ในที่นี้จึงจะได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวทั้งหมด ดังนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับความหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

เนื่องจากในประเทศไทยยังไม่มียกย่องผู้ได้รับรองไว้ชัดเจนในเรื่องของบทนิยามจำกัดความหรือความหมายคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงไว้ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขออนุญาตหยิบยกคำอธิบายของท่านศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์¹ ซึ่งได้อธิบายถึงลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะว่า การจะตีความว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็น โฆษะ สมควรพิจารณาที่ “ผล” เป็นหลัก โดยทั่วไปความเป็น โฆษะ คือ การไม่ยอมรับว่ามีผลใด ๆ เกิดขึ้นเลยอันไม่แตกต่างไปจากกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ โดยให้มีผลย้อนหลังลงไปทั้งหมดจนเป็นสูญ แต่กรณีของ โฆษะ นี้จะต้องเป็นเรื่องบกพร่องอย่างรุนแรงที่เห็นได้ชัดเจน โดยบุคคลทั่วไป อันเป็นเรื่องรุนแรงยิ่งกว่ากรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ประเภทที่อาจเพิกถอนย้อนหลังไปทั้งหมดได้ เพราะความเป็นสูญของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์สืบเนื่องไปจากผู้นั้นด้วย ทุกอย่างเป็นสูญหมด ไม่มีสิทธิใด ๆ ที่จะเกิดสืบเนื่องต่อไปได้ โดยความบกพร่องดังกล่าวมีความชัดเจนถึงระดับที่ทำให้ไม่มีผู้ใดเลยที่จะอ้างความคาดหวัง โดยชอบด้วยกฎหมาย และรัฐจะไม่รับผิดชอบใด ๆ ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด²

รองศาสตราจารย์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์³ ได้อธิบายว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรง และความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเห็นได้ชัดเจน ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47 / 2546 (ประชุมใหญ่) ซึ่งถือว่าเป็นคดีแรกที่มีการนำหลักเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีตัวตน หรือ โฆษะ มาปรับใช้ โดยที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง “ในทางกฎหมาย...ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง” โดยเป็นการนำหลักในเรื่อง “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย” (actes administratifs inexistantes) ของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี⁴ ซึ่งนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่มีความบกพร่องอย่างชัดเจนและร้ายแรงมากที่สุด จนไม่สามารถทำให้นิติกรรมนั้นเกิดผลทางกฎหมายใด ๆ ได้ ถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีนิติกรรมนั้นเลย คือ มีลักษณะเป็น โฆษะนั้นเอง

¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์. หน้า 284-285.

² สำหรับบทวิเคราะห์ในแนวทางเดียวกันนี้ อ้างถึงใน ชงยุทธ อนุกุล และคาราพร นพแก้ว. (2549). *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 6(1). หน้า 135 – 138.

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดปลาตอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

กรณีปัญหาเกี่ยวกับเหตุบกพร่องที่กระทบต่อความสมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองในระดับที่ถือว่าทำให้คำสั่งนั้นเสมือนไม่มีอยู่เลย (หรือเป็นโมฆะกรรม) ในประเทศไทยก็ยังไม่มีความชัดเจนว่าได้แก่กรณีใดบ้าง การนำหลักการเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองมาปรับใช้ในคดีปกครองของไทย แม้ว่าในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังไม่มีการบัญญัติถึงกรณีต่าง ๆ ที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่านัยกฎหมายปกครองและศาลปกครองไทย ไม่ยอมรับหลักการเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง

ทั้งนี้ ผู้ศึกษาจะกล่าวถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง แม้ว่าในระบบกฎหมายไทยมีเพียงบทบัญญัติในลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องไม่ถูกต้องตามความชอบด้วยกฎหมายของสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ โดยความบกพร่องดังกล่าวไม่ร้ายแรงถึงระดับโมฆะกรรม และไม่เป็นที่เหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์³ เช่น การออกคำสั่งทางปกครองโดยรับฟังข้อเท็จจริงยังไม่เพียงพอ ซึ่งเป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับโมฆะกรรมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้จะยังมีได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง หรือความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ก็มีได้หมายความว่าศาลปกครองปฏิเสธหลักการดังกล่าว ดังนั้นเหตุใดบ้างที่จะถือว่าคำสั่งทางปกครองมีความบกพร่องอย่างร้ายแรง เห็นประจักษ์ชัดว่าคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงจนกระทั่งทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียเปล่าหรือไม่มีอยู่เลย จากการศึกษาและค้นคว้าหลักกฎหมายดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี เพื่อนำมาเทียบเคียง รวมทั้งการศึกษาและค้นคว้าแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง รวมทั้งองค์การทางกฎหมายที่สำคัญ เช่น ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อให้ทราบว่าในการที่จะวินิจฉัยกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดปลาตอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น มีเหตุใดบ้าง และจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งในที่นี้จะศึกษาโดยจำแนกถึงเหตุดังกล่าวตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง จึงขอหยิบยกตัวอย่างจากแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย อันได้แก่

³ มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นที่เหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์... ฯลฯ

ตามปกติแล้วในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่ายปกครองต้องเคารพเงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง อัน ได้แก่ เงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครอง และเงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งต้องเคารพเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง อัน ได้แก่ เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง และเงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกคำสั่งทางปกครองด้วย ในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ แต่หากการฝ่าฝืนมีลักษณะที่รุนแรงมากเห็นได้ประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองที่ออกมาย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือน ไม่มีอยู่เลย หรือศาลอาจพิพากษาให้คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ ซึ่งเมื่อได้ศึกษาค้นคว้าคำพิพากษาศาลปกครอง พบว่า ศาลปกครองเคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัดไว้ ดังนี้

4.2.1 เหตุอันเกิดจากความไม่ชอบด้วยกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่

1) กรณีเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองปราศจากอำนาจและกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญ เช่น การก้าวล่วงไปใช้อำนาจขององค์กรอื่น เป็นต้น

2) กรณีกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

ตัวอย่าง แนวคำพิพากษาที่จะกล่าวดังต่อไปนี้ เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็น “กฎ” ทั้งนี้ เราอาจศึกษาและนำแนวคิดตามคำวินิจฉัยในคดีเหล่านี้มาเปรียบเทียบกับเรื่องการกระทำทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526/2554⁴ โดยเหตุที่ทำให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัด ในคดีพิพาทนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่ามีความคาบเกี่ยวกันระหว่างการกระทำที่ปราศจากอำนาจและการกระทำที่ผิดรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ หากมองรูปแบบภายนอกกว่าในคดีพิพาทนี้มีการออกเทศบัญญัติหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องของรูปแบบ แต่หากประเด็นว่านายกเทศมนตรีเมืองพระประแดงมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมอัตราค่าธรรมเนียมการให้บริการเก็บและขนสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอยหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องของอำนาจ ซึ่งการกระทำผิดที่รูปแบบในคดีนี้เป็น การกระทำผิดรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่กระทบถึงอำนาจในการออกประกาศพิพาท ซึ่งเหตุผลสำคัญที่ทำให้ประกาศพิพาทมีสภาพร้ายแรงถึงระดับที่ต้องถือว่าไม่มีอยู่เลย ก็มาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งไม่มีอำนาจในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการเก็บและขนสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอย แต่ก้าวล่วงไปใช้อำนาจดังกล่าวซึ่งเป็นอำนาจของสภาเทศบาล ดังนั้น จึงมีข้อพิจารณาว่า ตามหลัก

⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526/2554

ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะต้องกระทำเพียงเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น วัตถุประสงค์ของหลักดังกล่าวก็เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ

อย่างไรก็ตาม หากนำเหตุเกี่ยวกับการก้าวล่วงอำนาจตามคำพิพากษาดังกล่าวมาใช้กับกรณีของคำสั่งทางปกครองจะพบว่า เหตุนี้มีลักษณะที่คล้ายกับเหตุในต่างประเทศ คือ ในระบบกฎหมายเยอรมัน การออกคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นที่ไม่มีอำนาจในเนื้อหา นั้นเลย ถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงและประจักษ์ชัดตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง VwVfG โดยศาลปกครองเยอรมันเคยวินิจฉัยในคดีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหนึ่งไปใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติงานอยู่คนละองค์กรกันว่าเป็น โฆษะ ซึ่งถือว่าเป็นเหตุแห่งความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ป่าไม้มีคำสั่งตัดตั้งป้ายจราจร ทั้งที่เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่จราจร

ในขณะที่ระบบกฎหมายของฝรั่งเศสมีความเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นแต่เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่อื่น ไม่ถึงขั้นทำให้คำสั่งทางปกครองไม่มีอยู่เลยแต่ เป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้เท่านั้น โดยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเคยพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรีที่ไม่มีอำนาจหน้าที่และเห็นได้ว่าเป็นอำนาจของรัฐมนตรีอื่นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้⁵ ซึ่งการที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเห็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีได้แบ่งแยกองค์กรฝ่ายปกครองเป็นเอกเทศอย่างชัดเจน โดยองค์กรฝ่ายปกครองทั้งหมดกระทำการใด ๆ ในนามของรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลเพียงหนึ่งเดียวด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้น การก้าวล่วงอำนาจระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองด้วยกันจึงไม่รุนแรงและประจักษ์ชัดถ้าเทียบกับกรณีของประเทศเยอรมนี⁶

แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีลักษณะเหตุแห่งความบกพร่องในเนื้อหาสาระของคำสั่ง เช่น เป็นกรณีที่องค์กรซึ่งมีเฉพาะอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เท่านั้น แต่ไปออกคำสั่งในเรื่องที่เป็นคำสั่งทางตุลาการ ยกตัวอย่างเช่น สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่าการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก้าวล่วงไปใช้อำนาจตุลาการ เช่น กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งประกาศให้การเลือกตั้งสมาชิก

⁵ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 1981 คดี Syndicat de Guyoville อ้างถึงใน ปัญญา จันสกุล. (ม.ป.ป). *ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ และไทย*. หน้า 66.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

สภาเทศบาลเป็นโมฆะและให้มีการเลือกตั้งใหม่ ทั้งที่เรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล คำสั่งทางปกครองดังกล่าวถือเป็นความบกพร่องอย่างร้ายแรงต้องถือว่าไม่มีอยู่เลย

ดังนั้น จึงอาจสรุปตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526 / 2554 นี้ได้ว่า เมื่อใดก็ตามที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจกระทำการเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปล่วงล้ำออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น อาจถือเป็นเหตุให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงในระดับที่ต้องถือว่าไม่เคยมีการกระทำนั้นอยู่เลย ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกับประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าศาลปกครองมองเรื่องการก้าวล่วงอำนาจเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก และเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความบกพร่องอย่างร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัด จนอาจทำให้นิติกรรมทางปกครองกลายเป็นโมฆะได้

และกรณีตามคำพิพากษาของศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531 / 2552⁷ ผู้ศึกษาเห็นว่า เหตุที่ทำให้ประกาศพิพาทไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง มาจากเหตุบกพร่อง 2 ประการ คือ ประการแรกเหตุจากการที่หน่วยงานทางปกครองออกประกาศพิพาทโดยไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 33 (1) แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศดังกล่าว และประการที่สอง เหตุบกพร่องเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ คือ การไม่ได้ส่งร่างประกาศพิพาทไปให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อนประกาศในราชกิจจานุเบกษา ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า หากเหตุที่ทำให้ประกาศมีความบกพร่องอย่างร้ายแรง คือ การที่หน่วยงานทางปกครองออกประกาศพิพาทโดยไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 33 (1) นั้น ก็ถือว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองออกประกาศพิพาทโดยมีความผิดพลาดหรือสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการออกประกาศ อันเป็นการออกประกาศพิพาทโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายในระดับที่อาจถูกเพิกถอนได้เท่านั้น ส่วนเหตุบกพร่องเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญเนื่องจากไม่ได้ส่งประกาศพิพาทให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อนประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้น ไม่ได้มีความรุนแรงถึงขนาดที่จะทำให้ประกาศดังกล่าวต้องเสียเปล่าหรือไม่มีอยู่เลยแต่อย่างใด

ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การที่ศาลนำแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย มาใช้ในการวินิจฉัยคดีนี้ เนื่องจากตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองศาลจะต้องพิจารณาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดี ไม่อาจพิพากษาเกินกว่าคำขอหรือน้อยกว่าคำขอของผู้ฟ้องคดีได้ ซึ่งศาลอาจพิจารณาแล้วเห็นว่าประกาศพิพาททั้งฉบับไม่ชอบด้วยกฎหมายและการให้ประกาศดังกล่าวในส่วนที่ไม่ได้ฟ้องขอให้เพิกถอนยังคงมีอยู่ต่อไปย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม การนำแนวคิดเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง

⁷ คำพิพากษาของศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531/2552

เสมือนไม่มีอยู่เลย มาใช้ในการพิจารณาคดีนี้ย่อมมีผลทำให้ประกาศพิพาททั้งฉบับ ไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเป็นธรรมมากกว่า ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงตามคำพิพากษาในคดีนี้ ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงอย่างแท้จริงที่ใช้กับกรณีอื่น ๆ ด้วย เพียงแต่เป็นกรณีศาลปกครองนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้โดยคำนึงถึงผลที่ประสงค์ให้เกิดขึ้นเป็นสำคัญเพื่อทางออกแต่ศาลมิให้พิพากษาเกินคำขอ

ทั้งนี้ ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่า เนื่องจากประกาศพิพาทในคดีนี้มีสภาพเป็นกฎ ไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการเยียวยาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎไว้ จึงต่างจากกรณีของคำสั่งทางปกครองที่มาตรา 41 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้บัญญัติการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง ที่ต้องได้รับความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่อื่นก่อนออกคำสั่ง โดยการให้เจ้าหน้าที่ที่สามารถขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นในภายหลังจากที่ได้มีการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว แต่จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์หรือก่อนนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ในกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ดังนั้น ในกรณีของคำสั่งทางปกครองหากมีเหตุบกพร่องอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนจึงจะออกคำสั่งทางปกครองได้ แต่ไม่ได้ดำเนินการ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะถือเป็นเพียงคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ ไม่ถึงขนาดเป็นเหตุให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงแต่อย่างใด

4.2.2 เหตุอันเกิดจากขอบอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง

เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองได้จึงต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น ๆ โดยกฎหมายมิได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับได้ทุกเรื่อง แต่จะบัญญัติไว้เสมอว่าเจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งมาใช้บังคับในเรื่องนั้นได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้น ข้อเท็จจริงนี้เรียกว่า “ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง” ในกรณีที่ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจไม่ได้เกิดขึ้นในเวลา而出คำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีลักษณะผิดพลาดร้ายแรง เห็นประจักษ์ชัด ย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้เคยมีคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวไว้ ได้แก่

1) คำพิพากษาที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.47/2546⁸

จากคำวินิจฉัยในคดีข้างต้นในกรณีตามมาตรา 12⁹ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายต้องการ คือ เจ้าหน้าที่ต้องกระทำละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ และต้องเป็นการกระทำละเมิดที่จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น จึงจะทำให้หน่วยงานมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้เงินได้ แต่ข้อเท็จจริงฟังเป็นที่ยุติว่า การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ไม่ใช่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตาม มาตรา 8¹⁰ และมาตรา 10¹¹ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน หน่วยงานจึงไม่มีอำนาจเรียกให้เจ้าหน้าที่ชดใช้เงินดังกล่าว คำสั่งทางปกครองของหน่วยงานจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจและเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อย่างชัดแจ้ง และถือว่าการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ รวมถึงการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีการรายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบนั้น เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติอีกด้วย ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า เหตุที่ทำให้คำสั่งให้ชดใช้เงินในกรณีนี้ตกเป็นโมฆะ คือ เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในทางสารบัญญัติ เนื่องมาจาก

⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (ที่ประชุมใหญ่) คดีหมายเลขแดงที่ อ.47/2546.

⁹ มาตรา 12 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด

¹⁰ มาตรา 8 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

๑๑๑ ๑๑๑

ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน มิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับและเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น

¹¹ มาตรา 10 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 8 มาใช้บังคับโดยอนุโลมแต่ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

๑๑๑ ๑๑๑)

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนหลักในเรื่องความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ให้ผู้ฟ้องคดีกับพวกรับผิดชอบใช้คำสั่งใหม่ทดแทนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งที่หน่วยงานทางปกครองเองก็ยอมรับว่าผู้ฟ้องคดีกับพวกไม่ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนเจตนาใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองอย่างร้ายแรง และส่วนการไม่ส่งสำนวนให้กระทรวงการคลังตรวจสอบนั้นถือเป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ทางวิธีสบัญญัติ น่าจะเป็นเหตุประกอบเท่านั้น เพราะมีความรุนแรงน้อยกว่า อีกทั้งในเวลาต่อมา ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาว่าการออกคำสั่งที่เรียกให้ชดใช้คำสั่งใหม่ทดแทนโดยไม่รายงานให้กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนเป็นการออกโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹²

จะเห็นได้ว่า แม้คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดจะมีความเห็นสอดคล้องกับศาลชั้นต้นว่า คำสั่งให้ใช้เงินนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แต่ก็มีเหตุผลของคำวินิจฉัยที่แตกต่างกัน คือ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงเนื่องจากขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และไม่มีรายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐฝรั่งเศส (ประชุมใหญ่) ในคดี Rosan Girard แล้ว จะเห็นว่าศาลปกครองสูงสุดได้ยกปัญหาความไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยวางหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างร้ายแรงของการกระทำของฝ่ายปกครองไว้ซึ่งผลก็คือ โมฆะและไม่มีอยู่ ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีจะกระทำการใดเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินอีกไม่ได้

2) บันทึกระงับการปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 898/2554

เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของบันทึกนี้ เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องมติและประกาศในส่วนที่แต่งตั้งผู้ตายดังกล่าวเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากความบกพร่องในความจริงอยู่จริงของข้อเท็จจริง อันเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดโดยชัดแจ้งและร้ายแรง และความเห็นตามเรื่องเสรีจฯ นี้ ถือได้ว่าเป็นการวางหลักสำคัญเกี่ยวกับการประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง เมื่อคำสั่งแต่งตั้งบุคคลที่เสียชีวิตแล้ว ไม่มีผลในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งให้สิ้นผลไป แต่ชอบที่จะประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าคำสั่งแต่งตั้งใน

¹² คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 252/2557 และ อ. 1068/2558

ส่วนนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย ซึ่งในทางกฎหมาย ก็คือ การประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งเป็นแต่ตั้งๆ นั่นเอง แต่สาเหตุที่ทำให้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ใช่คำว่า “ประกาศความเป็นโมฆะ” เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ได้บัญญัติวิธีการดังกล่าวไว้

3) บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 268/2552¹³

ความเห็นตามเรื่องเสร็จนี้ เป็นกรณีที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้นำแนวคิด เรื่อง คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ มาใช้อย่างชัดเจนครั้งแรก ตามข้อเสนอของ รศ. ดร. กมลชัย รัตนสากววงศ์ ที่ให้ทัศนะว่า “หลักในเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองเป็นหลักทั่วไปและสามารถนำมาปรับใช้ได้ แม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะมิได้บัญญัติไว้...”¹⁴ และในบันทึกความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้มีการอ้างอิงคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 47/2546 ในคดี อบต. ผาจุก เอาไว้ด้วย ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าคณะกรรมการฯ ก็ได้ยอมรับแนวคิดเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกับศาลปกครองสูงสุด แม้จะมีได้ใช้คำว่า “ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง” แต่ใช้คำว่า “ไม่มีผลใช้บังคับ” ซึ่งในทางกฎหมาย ก็มีความหมายอย่างเดียวกันคือ ตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น

จึงสรุปได้ว่า เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47 / 2546 (ประชุมใหญ่) ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง “ในทางกฎหมาย...ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง” โดยเป็นการนำหลักในเรื่อง “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย” (actes administratifs inexistant) ของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี¹⁵ ในคดีดังกล่าวศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจและเป็นคำสั่งที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เพราะคำสั่งนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว ซึ่งจากคดีนี้อาจถือได้ว่าศาลปกครองของไทยได้ใช้แนวคิดในเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองใน

¹³ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ผลใช้บังคับของคำสั่งทางปกครอง (หนังสือรับรองการทำงานประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย) (เรื่องเสร็จที่ 268/2552).

¹⁴ รายงานประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 1 (13/2552) 10/2552 วันที่ 25 มีนาคม 2552 หน้า 7. (เรื่องเสร็จที่ 268/2552) อ้างอิงจาก โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง : มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนากล้าสุดในระบบกฎหมายไทย โดย สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ.

¹⁵ สำหรับบทวิเคราะห์ในแนวทางเดียวกันนี้ อ้างถึงใน ขงยุทธ อนุกุล และดาราทพร นพเก้า. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 135 – 138.

ลักษณะที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นสำคัญ ดังนั้น เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครอง อาจเกิดจากเหตุที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติและไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ เนื่องจากออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดเจน เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และเนื่องจากความบกพร่องในความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริง และเนื่องจากการออกคำสั่งที่ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้

4.2.3 เหตุอันเกิดจากเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง อาจเกิดจากเหตุของเนื้อหาของคำสั่งนั้นทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่อาจปฏิบัติตามหรือให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติในสิ่งที่ผิดกฎหมายที่ทำให้ต้องรับโทษทางอาญา หรือขัดกับศีลธรรมอันดีของประชาชน ยกตัวอย่างเช่น

1) ในกรณีนี้ มีคดีซึ่งศาลปกครองมีความเห็นขัดแย้งกับความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองเพชรบุรี คดีหมายเลขแดงที่ บ.12/2559¹⁶ และบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 761/2557¹⁷ โดยที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้วินิจฉัยในหลายประเด็น ได้แก่ ประเด็นที่หนึ่ง ประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของอธิบดีกรมการปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ได้รับการคัดเลือกและผู้ที่ไม่ได้รับการคัดเลือกจึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และจากข้อเท็จจริงที่มีการให้คะแนนในการสอบข้อเขียนแก่ผู้ได้รับการคัดเลือกจำนวน 139 คน โดยไม่มีการตรวจสอบคำตอบและผู้ที่ได้รับการคัดเลือกดังกล่าวได้เขียนกระดาษคำตอบขึ้นใหม่ในห้องสอบและมีผู้นำไปใส่ในสมุดกระดาษคำตอบแทนกระดาษคำตอบเดิมที่เขียนในห้องสอบ อันเป็นการกระทำทุจริต ดังนั้น ประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนบางส่วน ทำให้ประกาศผลการคัดเลือกในส่วนของผู้ได้รับการคัดเลือกจำนวน 139 คน ดังกล่าวไม่มีผลในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น จึงมีเหตุที่จะแก้ไขปรับปรุงด้วยการยกเลิกผลการคัดเลือกเฉพาะในส่วนของผู้ได้รับการคัดเลือกดังกล่าวเท่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงได้ออกประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ยกเลิกผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอฯ (บางส่วน) ซึ่งมีรายชื่อ

¹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองเพชรบุรี คดีหมายเลขแดงที่ บ.12/2559

¹⁷ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ผลบังคับใช้ของประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอกรณีผู้ได้รับการคัดเลือกบางรายทุจริต (เรื่องเสร็จที่ 761/2557).

ผู้ฟ้องคดีด้วย ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นหนังสืออุทธรณ์ประกาศดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ปลัดกระทรวงมหาดไทย) ให้อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนประกาศยกเลิกผลการคัดเลือกและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว

ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้คดีนี้คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ให้ความเห็นว่าประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอฯ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและแจ้งชัดบางส่วน ทำให้ประกาศผลการคัดเลือกในส่วนของผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจำนวน 139 คน ดังกล่าว ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น ในขณะที่คำพิพากษาของศาลปกครองเห็นว่าประกาศกรมการปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ แต่เนื่องจากเหตุในการออกคำสั่งดังกล่าวเกิดขึ้นโดยกลฉ้อฉลของผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ เกิดขึ้นจากการกระทำโดยทุจริตในการสอบทำให้คะแนนสอบที่ได้ไม่ตรงกับความเป็นจริง (จากข้อเท็จจริงที่กล่าวไปข้างต้น) การเพิกถอนประกาศดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้ระยะเวลาการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ตามมาตรา 49 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครองเห็นว่าการทุจริตในการสอบคัดเลือกดังกล่าวไม่ร้ายแรงถึงขนาดทำให้ประกาศผลการคัดเลือกในส่วนพิพาทไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายเลย แต่มีผลเพียงทำให้ประกาศดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจถูกเพิกถอนได้เท่านั้น ทั้งนี้ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาดังกล่าว ผู้ศึกษามีข้อพิจารณาว่าการทุจริตในการสอบคัดเลือกตามกรณีพิพาทในคดีนี้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าทางเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบการสอบคัดเลือกและข้าราชการผู้เข้ารับการสอบคัดเลือกต่างมีส่วนร่วมในการทุจริตในการสอบ โดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบช่วยเหลือผู้เข้าสอบจำนวนหนึ่งให้เป็นผู้สอบได้ ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้จึงแตกต่างกับการทุจริตในการสอบที่มีผู้กระทำเพียงลำพัง ประกอบกับผู้ร่วมกระทำการทุจริตเป็นข้าราชการทั้งหมดซึ่งสมควรต้องประพฤติตนเป็นแบบอย่างที่ดีให้แก่ประชาชน การกระทำการทุจริตในครั้งนี้อาจเป็นการกระทำที่ขัดกับจริยธรรมของข้าราชการอย่างร้ายแรง และเป็นเรื่องที่วิญญูชนทั่วไปรับรู้ได้ว่าการทุจริตในการสอบลักษณะนี้เป็นเรื่องที่ร้ายแรงและเสื่อมเสียศีลธรรมอันดีซึ่งสังคมไม่อาจยอมรับได้ จึงไม่สมควรรับรู้ผลใด ๆ ในส่วนที่มีการทุจริตนั้นเลย เหตุดังกล่าวจึงควรถือเป็นเหตุที่ทำให้ประกาศผลการคัดเลือกในส่วนที่มีการทุจริตไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง

อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้การกำหนดเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงจะส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายอย่างมากและจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังก็ตาม แต่หากเห็นประจักษ์ชัดว่าเหตุดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง การนำแนวคิดในเรื่องนี้มาใช้จะมีประโยชน์ต่อการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง อย่างเช่นในคดีหมายเลขแดงที่ ป. 12/2559 นี้ ที่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบการสอบคัดเลือกและข้าราชการผู้เข้ารับ

การสอบคัดเลือกต่างมีส่วนร่วมในการทุจริตในการสอบเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจถูกเพิกถอนได้ ทั้งที่ลักษณะของเหตุดังกล่าวมีความร้ายแรง เห็นประจักษ์ชัด ซึ่งหากในคดีนี้ศาลปกครองวินิจฉัยให้การกระทำทุจริตในลักษณะเช่นนี้เป็นเหตุที่ทำให้ประกาศผลการคัดเลือกไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย ย่อมเป็นการวางหลักบรรทัดฐานในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและสามารถนำมาเป็นเครื่องมือในการควบคุมการกระทำทางปกครองได้เป็นอย่างดี เนื่องจากผลจากการกระทำทุจริตดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายและยังสามารถได้รับการหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างโดยไม่ถูกจำกัดเรื่องระยะเวลา จึงทำให้การควบคุมฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ โดยคดีนี้อาจเทียบได้กับเหตุที่ทำให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัดเหมือนเช่นในประเทศฝรั่งเศสที่ถือว่า เรื่อง “มาตรการฉ้อฉล” (mesures frauduleuses) เป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง จึงไม่ควรรับรู้ผลทางกฎหมายใด ๆ เช่น เมื่อมีการฉ้อฉลก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย เพราะถือเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในวัตถุประสงค์อย่างร้ายแรงและชัดแจ้งในลักษณะอื่น ๆ ซึ่งเหตุดังกล่าวถือเป็นเหตุแห่งความบกพร่องในเนื้อหาสาระของคำสั่ง ฝ่ายปกครองจึงเพิกถอนคำสั่งได้ทุกเมื่อ และศาลสามารถประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งได้ทุกเมื่อ

ส่วนในประเทศเยอรมนีก็เทียบได้กับนิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (gute Sitten) ซึ่งก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเนื้อหาอย่างร้ายแรงและทำให้ตกเป็น โฆษะเช่นกัน

2) บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 786/2548¹⁸

จากกรณีนี้อาจกล่าวได้ว่าคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตที่หมดอายุลงแล้วนั้น ถือเป็นคำสั่งที่มีเนื้อหาไม่สมเหตุสมผล หรือขัดต่อความเป็นจริง หรือเป็นคำสั่งที่มีเนื้อหาที่เป็นไปไม่ได้ เพราะไม่มีทางที่จะเพิกถอนในสิ่งที่ไม่มีอยู่อีกต่อไปแล้วในทางกฎหมายได้ ซึ่งกรณีนี้ในระบบกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ในประเทศเยอรมัน ถือว่าเป็นเหตุแห่งความบกพร่องในเนื้อหาสาระของคำสั่ง ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะตามบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคสอง VwVfG ดังนั้น จึงทำให้คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเช่นนี้ตกเป็น โฆษะ

จากการศึกษาเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงตามคำพิพากษาของศาลปกครอง รวมทั้งองค์กรทางกฎหมายหรือคณะกรรมการที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายของแผ่นดินดังที่กล่าวมา ผู้ศึกษาพบว่า ศาลปกครองไทยยอมรับการนำแนวคิดว่าด้วยคำสั่งทาง

¹⁸ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 786/2548

ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย มาใช้ในการพิพากษาคดีโดยใช้ถ้อยคำในทำนองเดียวกับสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส คือ ไม่มีอยู่เลย หรือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองเลย เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยยังมีได้มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง หรือ ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อได้พิจารณาถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงซึ่งทำให้คำสั่งทางปกครองไม่มีอยู่เลย ตามแนวคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงตามคำพิพากษาดังกล่าวในบางลักษณะยังไม่สามารถใช้เป็นหลักในการจัดทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่รวมทั้งการใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคดีของศาลในคดีอื่น ๆ ต่อไปได้ทั้งหมด เนื่องจากยังมีบางเหตุที่ยังอาจมีข้อโต้แย้งในทางวิชาการเกี่ยวกับระดับความร้ายแรงของเหตุบกพร่องของคำสั่งดังกล่าว และในบางคดีศาลปกครองได้นำแนวคิดในเรื่องนี้มาใช้โดยคำนึงถึงผลที่ศาลต้องการเป็นสำคัญ เช่น เพื่อผ่อนคลายหลักเกณฑ์การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือเพื่อเป็นทางออกแก่ศาลมิให้พิพากษาเกินคำขอ

ซึ่งการนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ในลักษณะเช่นนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบกฎหมายและส่งผลกระทบต่อการดำเนินกิจการทางปกครองของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากตามปกติแล้วเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองและได้แจ้งคำสั่งทางปกครองหรือถือว่าได้แจ้งคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลทางกฎหมายใช้บังคับบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทันทีและมีผลบังคับให้บุคคลต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าคำสั่งดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดิน แต่หากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านคำสั่งได้ ซึ่งหากพ้นระยะเวลาการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าวแล้วผู้รับคำสั่งไม่อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลบังคับผูกพันให้ผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติตามโดยไม่อาจโต้แย้งคำสั่งนั้นได้อีก ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

แต่สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงผลทางกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวจะต่างออกไป คือ คำสั่งดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายเลย หรือไม่ก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ สืบเนื่องไปได้ รวมทั้งผู้มีส่วนได้เสียจะสามารถหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงของคำสั่งดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างเมื่อใดก็ได้ ดังนั้น หากศาลนำแนวคิดว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย มาใช้โดยที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้มีเหตุบกพร่องอย่างร้ายแรงจริง ๆ อาจเป็นการขยายขอบเขตความไม่มีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองให้กว้างออกไป และทำให้คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเหตุบกพร่องซึ่งน่าจะอยู่ในระดับที่อาจถูกเพิกถอนได้ต้องกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลทาง

กฎหมายใด ๆ อันจะส่งผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดิน และยังกระทบต่อหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วย เนื่องจากผู้มีส่วนได้เสียสามารถหยิบยกความเสียหายหรือความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งนั้นขึ้นมากล่าวอ้างเมื่อใดก็ได้ การกำหนดเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองจึงต้องเป็นไปด้วยความระมัดระวัง ซึ่งเหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครอง มีทั้งเหตุที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ (Substantive) กล่าวคือ เนื่องจากออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และเนื่องจากความบกพร่องในความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริง เป็นต้น อีกทั้งยังมีเหตุจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ (Procedure) เช่น บกพร่องในเรื่องความสามารถของผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

ดังนั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลและด้วยความยุ่งยากในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองในกรณีใดที่บกพร่องร้ายแรงถึงขนาดตกเป็น โฆษะ โดยในบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศสอาจเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับนโยบายของศาล (politique jurisprudentielle) ที่จะเห็นสมควรเป็นประการใดในทางปฏิบัติ แนวคิดว่าด้วยความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครองจึงไม่ใช่แนวคิดที่เป็นเนื้อหาทางทฤษฎีหรือมีเกณฑ์การพิจารณาที่แน่นอน แต่เป็นแนวคิดที่ศาลนำมาใช้ในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นต้องผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการลบล้างคำสั่งทางปกครองหรือการฟ้องคดี ดังนั้น จึงไม่ผิดนักหากจะกล่าวว่าโฆษะกรรมของคำสั่งทางปกครองเป็นแนวคิดที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (notion fonctionnelle) ของแต่ละประเทศ

. . . หนึ่ง มีข้อสังเกตว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ แตกต่างจากการกระทำหรือการสั่งการที่ไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่อาจถือได้ว่าเกิดมีขึ้น เพราะถึงแม้คำสั่งทางปกครองจะตกเป็น โฆษะ แต่ในทางทฤษฎีก็ไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวมีค่าเป็น “ศูนย์” (nullum)¹⁹ เราต้องยอมรับว่าการกระทำดังกล่าวได้เกิดขึ้นแล้วและเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการ กรณีจึงแตกต่างจากการกระทำที่ไม่เกิดเป็นคำสั่งทางปกครองเลย เช่น การสั่งการที่กระทำโดยบุคคลซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการสั่งการที่แม้จะเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองแต่ไม่ได้มีการแจ้งการสั่งการนั้น ไปยังบุคคลผู้รับคำสั่ง จึงยังไม่ถือว่าคำสั่งนั้นเกิดขึ้นและดำรงอยู่ (exist) ในทางกฎหมาย

¹⁹ ขงยุทธ อนุกุล และคาราพร นพเก้า. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 46.

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงขอกว่าสรุปในเรื่องเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง หรือเรียกว่า “เหตุความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง” แม้ว่าในระบบกฎหมายไทยยังมีได้มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ว่าด้วยเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เราสามารถนำหลักกฎหมายและแนวคิดของกฎหมายในต่างประเทศ คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันมาพิจารณาความเหมาะสมและปรับใช้กับกฎหมายไทยได้ และรวมถึงการนำแนวคำพิพากษามติที่ประชุมใหญ่ หรือแนวคำวินิจฉัยขององค์กรทางกฎหมายของไทยที่ผ่านมา มาเป็นแนวทางพิจารณาด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาปรับใช้กับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อาจแยกเหตุออกเป็นแต่ละกรณี ได้ดังนี้

1) เหตุอันเกิดจากความไม่ชอบด้วยกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง

ได้แก่ กรณีเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองปราศจากอำนาจและกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญ เช่น การก้าวล่วงไปใช้อำนาจขององค์กรอื่น หรือในกรณีกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีคำสั่งที่ออกโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่อย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ การไม่มีอำนาจหน้าที่นั้นจะต้องเห็นได้อย่างชัดเจนโดยบุคคลทั่วไป หรือเจ้าหน้าที่นั้นต้องปราศจากอำนาจในการออกสั่งเรื่องนั้นอย่างสิ้นเชิง เหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในเหตุนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในกฎหมายไทย มาตรา 54 (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้บัญญัติ ให้คำสั่งที่ออกโดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ เป็นคำสั่งที่คู่กรณีสามารถยื่นคำร้องให้ฝ่ายปกครองพิจารณาเพื่อเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งดังกล่าวได้แม้ว่าจะพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ไปแล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยได้ยอมรับถึงความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายในภาคพื้นยุโรปเช่น ในประเทศฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐได้เคยวินิจฉัยให้คำสั่งขององค์กรที่มีเฉพาะอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เท่านั้น แต่กลับไปออกคำสั่งในเรื่องที่เป็นคำสั่งในอำนาจทางตุลาการ จึงทำให้คำสั่งดังกล่าวเป็นโมฆะ²⁰ เป็นต้น ซึ่งการนำเหตุแห่งความโมฆะเหตุนี้มาปรับใช้ในกฎหมายไทยอาจจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาทางปกครองได้ อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาคำว่า “ไม่มีอำนาจหน้าที่อย่างเห็นได้ชัดนั้น” จะต้องมีการตีความอย่างแคบ โดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องปราศจากอำนาจในการออกคำสั่งเรื่องนั้นอย่างสิ้นเชิง และระดับของความร้ายแรงจากผลที่ได้รับจากคำสั่งต้องมากจนถึงจุดที่ไม่สามารถให้คำสั่งนั้นมีอยู่ได้เลย แต่หาก

²⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.

เป็นเรื่องที่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ยังพอมีอำนาจในเรื่องนั้นอยู่ แต่เป็นเพียงการข้ามลำดับชั้น เช่น สายบังคับบัญชา คำสั่งที่ออกมานั้นก็ไม่ใช่เป็น โฆษะ หรือในระบบกฎหมายเยอรมัน การออกคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นที่ไม่มีอำนาจในเนื้อหานั้นเลย ถือเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ตาม มาตรา 44 วรรคหนึ่ง VwVfG โดยศาลปกครองเยอรมันเคยวินิจฉัยในคดีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหนึ่งไปใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติงานอยู่คนละองค์กรกันว่าเป็น โฆษะ ซึ่งถือว่าเป็นเหตุแห่งความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำคำสั่ง และเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526 / 2554 แล้วเป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ศาลปกครองไทยมองเรื่องการก้าวล่วงอำนาจเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก และอาจเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความบกพร่องอย่างร้ายแรงจนกลายเป็น โฆษะ ได้

หรือในกรณีการออกคำสั่งนอกเขตอำนาจ กล่าวคือ เป็นการออกคำสั่งนอกเขตอำนาจ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี คำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิที่เกี่ยวกับสถานที่ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งไม่มีเขตอำนาจบนพื้นที่นั้น ก็ถือเป็นคำสั่งที่เป็น โฆษะ ตามบทบัญญัติมาตรา 44 วรรคสอง แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมนี (Verwaltungsprozessrecht)²¹ ด้วยเหตุนี้การนำเหตุแห่งความเป็น โฆษะ เพราะเป็นการออกคำสั่งนอกเขตอำนาจมาปรับใช้ในกฎหมายไทยนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาทางปกครองด้วยเช่นเดียวกัน

2) เหตุอันเกิดจากกรณีคำสั่งทางปกครองให้กระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล

กล่าวคือ ในประเทศฝรั่งเศสถือว่าคำสั่งทางปกครองที่เห็นโดยชัดแจ้งว่าไม่มีอยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครองและละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างร้ายแรง ซึ่งเรียกกันว่า “voie de fait” ตกเป็น โฆษะ ซึ่งคำว่า voie de fait หมายถึง ความไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และต้องเกิดจากการกระทำที่ผิดปกตอย่างร้ายแรงหรือชัดแจ้ง ซึ่งความไม่ถูกต้องนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ (1) เป็นกรณีที่มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ยังไม่ได้ออกหรือถูกเพิกถอนไปแล้ว จึงไม่มีฐานทางกฎหมายที่จะรองรับ และ (2) เป็นกรณีวิธีปฏิบัติที่ผิดปกตอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ ความไม่ถูกต้องดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่เสรีภาพที่กฎหมายกำหนดคุ้มครองไว้เป็นพิเศษ เช่น เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา หรือเสรีภาพในเคหสถาน เป็นต้น ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งห้ามข้าราชการเข้าบ้านพักส่วนตัว อันเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในเคหสถานของบุคคลอย่างร้ายแรงและเห็น โดยชัดแจ้งว่าไม่มีอยู่ใน

²¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น การนำเหตุแห่งความโมฆะเหตุนี้ มาปรับใช้ในกฎหมายไทย ได้มากนักเพียงใดนั้น สิ่งที่ต้องคำนึงถึง คือ ความเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยรวมทั้ง พิจารณาเนื้อหาที่บัญญัติในกฎหมาย เช่น สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

3) เหตุอันเกิดจากขอบอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47 / 2546 (ประชุมใหญ่) ได้นำหลักการเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย ของประเทศฝรั่งเศสมาใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยศาลพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจและเป็นคำสั่งที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ซึ่งเกิดจากเหตุที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดเจน ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และเกิดจากความบกพร่องในความพร้อมอยู่จริงของข้อเท็จจริง คือ เป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองอย่างร้ายแรง

4) เหตุอันเกิดจากการออกคำสั่งที่ออกโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาทั้งหมดตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ หรือเป็นคำสั่งที่ออกโดยข้ามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47 / 2546 (ประชุมใหญ่) โดยในคดีดังกล่าวศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งที่ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีและหลักเกณฑ์ที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเพราะคำสั่งนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว ถึงแม้ว่าในคดีข้างต้นคำสั่งดังกล่าวจะไม่ได้ออกโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาทั้งหมดที่กฎหมายได้กำหนดไว้ แต่เป็นเพียงการข้ามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งก็ตาม ศาลปกครองไทยก็ยังคงให้ความสำคัญกับการข้ามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง จนไม่สามารถให้คำสั่งดังกล่าวคงอยู่ได้ ด้วยเหตุนี้ อาจกล่าวได้ว่า เหตุแห่งความเป็นโมฆะที่สมควรนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย คือ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายได้กำหนดไว้แม้เพียงบางส่วนก็ตาม

นอกจากนั้นแล้ว ยังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งทางปกครองย้อนหลัง ไปจนถึงวันที่ออกคำสั่ง ซึ่งเปรียบได้กับการที่ให้คำสั่งดังกล่าวเป็นโมฆะ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 781 / 2558²² วินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้ผู้ฟ้องคดี

²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 781 / 2558.

ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยให้มีผลย้อนหลังนับแต่วันที่ออกคำสั่ง เพราะออกคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

หรือในคำพิพากษาที่ อ. 940 / 2558²³ ที่เพิกถอนคำสั่งที่เลื่อนข้าราชการผู้ได้รับคัดเลือกขึ้นดำรงตำแหน่งระดับ 9 ของ ป.ป.ช. เพราะหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกประธานกรรมการ ป.ป.ช. ยังไม่ได้ลงนามและนำประกาศในราชกิจจานุเบกษา กรณีจึงไม่เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งที่ออกมาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

5) เหตุอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามแบบอันเป็นสาระสำคัญ

ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏในหนังสือนั้นว่าหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว หรือกรณีออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ กฎหมายกำหนดให้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือแต่เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยวาจา กล่าวคือ มิใช่ว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามแบบจะตกเป็นโมฆะทุกกรณี แต่ต้องพิจารณาว่าความบกพร่องในแบบของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นความบกพร่องในส่วนที่เป็นสาระสำคัญในตัวคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เช่นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ๗ มาตรา 36 ที่กำหนดว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสืออย่างน้อยต้องระบุวัน เดือน และปีที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง ซึ่งหมายความว่าหากคำสั่งทางปกครองที่ออกมา นั้นขาดรายละเอียดดังกล่าว ทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าเจ้าหน้าที่คนใดหรือส่วนราชการใดเป็นผู้ทำคำสั่ง ซึ่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้อาจเทียบเคียงได้เช่นเดียวกับหลักกฎหมายในประเทศเยอรมัน มาตรา 44 วรรคสอง VwVfG ได้บัญญัติเหตุแห่งโมฆะกรรม ซึ่งให้เหตุผลว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ถูกกระทบกระเทือนสิทธิจากคำสั่งทางปกครอง จะต้องทราบว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวออกจากส่วนราชการใด เพื่อบุคคลนั้นจะได้ใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้ถูก หากผู้รับคำสั่งไม่อาจทราบได้ว่าส่วนราชการใดเป็นผู้ออกคำสั่ง ก็จะไม่สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งกับส่วนราชการผู้ออกคำสั่งได้ หรืออาจเทียบเคียงได้กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่เคยปรากฏหลักฐานใด ๆ ในสารบบของฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส คือ ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกลับทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา ซึ่งถือว่าเป็นความบกพร่องเนื่องมาจากไม่ได้ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญ ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีตัวตน

6) เหตุอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกให้แก่ตัวเอง

²³ คำพิพากษาที่ อ. 940 / 2558

กล่าวคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 13 บัญญัติว่า เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดจะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ หมายความว่า คำสั่งทางปกครองใดที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำความผิด หรือมีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนออกคำสั่งอยู่ ถือเป็นความบกพร่องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงและแข็งขัน ถึงขั้นส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะได้ ซึ่งอาจเปรียบเทียบได้ตามกฎหมายเยอรมัน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ตัวเองในมาตรา 20 วรรคหนึ่ง (1) ซึ่งเป็นกรณีเป็นกรณีที่มีผู้มีคำขอและเจ้าหน้าที่ผู้อนุญาตเป็นบุคคลเดียวกัน ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ

หรือกรณีความเห็นตามเรื่องเสรีจที่ 674 / 2552 เป็นกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 11) ได้วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับเหตุแห่งโมฆกรรมของคำสั่งทางปกครอง โดยมีประเด็นว่า ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้นเสียเอง ซึ่งเป็นเหตุต้องห้ามมิให้ทำการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา 13 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น คำสั่งที่สร้างขึ้นจะถือว่าบกพร่องอย่างร้ายแรงถึงขั้นตกเป็น โมฆะหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า การที่เจ้าหน้าที่ผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดวินัยร้ายแรงได้ออกคำสั่งยุติ เรื่อง การดำเนินการทางวินัยของตนเองไม่ถือว่าเป็นความบกพร่องร้ายแรง ถึงกับ ไม่มีคำสั่งดังกล่าวอยู่เลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ไม่ตกเป็นโมฆะ แต่เป็นเพียงคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจถูกเพิกถอนได้ ดังนั้น เมื่อคำสั่งยุติเรื่องยังไม่ถูกเพิกถอนและมีผลบังคับทางกฎหมาย นาย ฉ. จึงได้รับอานิสงส์จากพระราชบัญญัติล้างมลทิน ไม่ต้องถูกดำเนินการทางวินัยอีกต่อไป

7) เหตุอันเกิดจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในวัตถุประสงค์อย่างร้ายแรงและขัดแย้ง ได้แก่ มีกลฉ้อฉล มีการกระทำโดยทุจริต หรือมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับเหตุอันเกิดจากการกระทำทางปกครองอันได้มาจากการฉ้อฉลหรือทุจริต เคยมีกรณีตามบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 761/2557 ให้ความเห็นกรณีการสอบคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการทุจริต ถือเป็นกรกระทำที่มีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้ง ในขณะที่คำพิพากษาศาลปกครองเพชรบุรี คดีหมายเลขแดงที่ บ. 12/2559 ซึ่งข้อเท็จจริงเดียวกันไม่ได้วินิจฉัยไว้ชัดเจน แต่ถือเป็นกรณีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้โยชน์ที่ผู้กระทำได้แจ้งข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดความจริงซึ่งเท่ากับว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับปกติ ซึ่งในประเด็นที่เกี่ยวกับการฉ้อฉลหรือทุจริตของคำสั่งทางปกครองนี้ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำพิพากษาในทางปฏิเสธไม่รับรองสิทธิหรือผลทางกฎหมายใด ๆ ของคำสั่งทางปกครองอันได้มา

จากการทุจริตหรือฉ้อฉล ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 530/2561²⁴ โดยข้อเท็จจริงเป็นเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลได้ให้ความเห็นในประเด็น เรื่อง การที่กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นการกำหนดเพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงในสิทธิหน้าที่ของบุคคลทางกฎหมาย แต่กรณีไม่ได้หมายความว่า หากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว ก็ต้องจ่ายอ้อมให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นนั้นดำรงอยู่ตลอดไป โดยไม่อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้กลับมาสู่ความถูกต้องได้อีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากการที่ผู้รับประโยชน์แสดงความเท็จหรือปกปิดความจริง หรือได้รับประโยชน์มาโดยการฉ้อฉลทุจริต กฎหมายก็ย่อมไม่ยอมให้หลักประกันความมั่นคงในสิทธิหน้าที่ของบุคคลทางกฎหมายแก่บุคคลดังกล่าวแต่อย่างใด โดยอาจมีการเพิกถอนเมื่อใดก็ได้ ดังนั้น หากเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสที่มีหลักมาอย่างต่อเนื่องว่าการกระทำทางปกครองที่ได้มาจากการทุจริตฉ้อฉลนั้นไม่เคยก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ แก่ผู้รับ และถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย ดังนั้น จึงถือว่า “มาตรการฉ้อฉล” (mesures frauduleuses) เป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง จึงไม่ควรรับรู้ผลทางกฎหมายใด ๆ

ส่วนในประเทศเยอรมนีก็เทียบได้กับนิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (gute Sitten) ซึ่งก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเนื้อหาอย่างร้ายแรงและทำให้ตกเป็นโมฆะเช่นกัน ทั้งนี้ กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถือเป็นเจตนารมณ์ของรัฐที่จะให้เกิดขึ้น ในบ้านเมือง หากมีปัญหาที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รัฐต้องคุ้มครองและดูแลเพื่อให้เห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ จึงมีการตราบทบัญญัติไว้ ในกฎหมายหลายฉบับ และมีสภาพบังคับว่าหากกระทำการใดแล้วไม่มีผลผูกพันบังคับกันได้ เท่ากับตกเป็น โมฆะนั้นเอง รวมถึงองค์กรศาลมีหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อมีข้อกฎหมายนี้ศาลก็มีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ เช่น กรณีเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาล เงื่อนไขการฟ้องคดี ปัญหาขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมาย ปัญหาเกี่ยวกับความไม่มีอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ออกนิติกรรมทางปกครอง เป็นต้น

8) เหตุอันเกิดจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์หรือเรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งกระทำการที่ไม่อาจปฏิบัติได้ในความเป็นจริง หรือกระทำการในสิ่งที่เป็นไปได้

กล่าวคือ อาจเทียบเคียงได้กับนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์การเป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นไปได้ ก็คือเป็น โมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ทั้งนี้ อาจเป็นคำสั่งทาง

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 530/2561

ปกครองที่มีเนื้อหาไม่ชัดเจนพอที่จะเข้าได้ หรือไม่สามรถทำให้สิ่งที่ต้องการเกิดเป็นรูปธรรมได้ หรือคำสั่งที่มีความขัดแย้งในตัวเองอย่างไรเหตุผลโดยคิดไปจากกฏธรรมชาติเป็นอย่างมาก มีเนื้อหาไม่สมเหตุสมผลขัดกับความเป็นจริง หรือเป็นคำสั่งที่ไม่มีทางเกิดเป็นผลสำเร็จได้ นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีไม่สามารถทำให้คำสั่งเกิดขึ้นเนื่องจากตัวคำสั่งมีความคลุมเครือ กำกวม ขาดแก่การปฏิบัติ หรือเนื่องจากมีความขัดแย้งกันในเหตุและผล หรือไม่สามารถบังคับเอกราชใครได้เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งการบังคับนั้น ไม่มีอยู่ หรือได้มีการบังคับเอาไว้แล้วก่อนมีการออกคำสั่ง เป็นต้น ยกตัวอย่างเช่น มีการออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ทั้งที่อาคารดังกล่าวได้ถูกรื้อถอนไปก่อนหน้านี้แล้ว หรือคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ไม่ได้ระบุว่าให้รื้อถอนอาคารใด หรือให้ยกเลิกสัญญาสัมปทานทั้งที่สัญญาได้ถูกยกเลิกไปก่อนหน้านี้แล้ว เป็นต้น หากเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในต่างประเทศ คือ เหตุแห่งความเป็นโมฆะ ในมาตรา 44 วรรคสอง แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมนี ได้บัญญัติ โดยกำหนดให้การกระทำในสิ่งที่ไม่ผู้ใดสามารถปฏิบัติตามได้โดยสภาพแห่งข้อเท็จจริง ถือเป็นคำสั่งที่เป็น โมฆะ หรือก็คือคำสั่งทางปกครองที่เป็นไปไม่ได้นั่นเอง²⁵

ถึงแม้ศาลปกครองสูงสุดของไทยไม่เคยตัดสินคดีเกี่ยวกับเรื่องคำสั่งที่ให้กระทำการในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ แต่ก็เคยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 786/2548 ที่ได้ให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวว่า การเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการขนส่งของบริษัท ท. ที่สิ้นผลไปแล้ว ย่อมไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบริษัทฯ แต่อย่างไร คำสั่งดังกล่าวจึงไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น เพราะผู้ประกอบการไม่มีสิทธิเดินรถตั้งแต่วันที่ใบอนุญาตสิ้นอายุ ดังนั้น คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตที่หมดอายุลงแล้วนั้นอาจถือเป็นคำสั่งที่มีเนื้อหาไม่สมเหตุสมผล หรือขัดต่อความเป็นจริง หรือเป็นคำสั่งที่มีเนื้อหาที่เป็นไปไม่ได้ เพราะไม่มีทางที่จะเพิกถอนในสิ่งที่ไม่มียู่อีกต่อไปแล้วในทางกฎหมายได้ ซึ่งจากกรณีนี้ก็ถือเป็นเหตุผลที่ยอมรับได้และเห็นประจักษ์ชัดว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่สามารถทำให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมได้เลย อีกทั้งยังสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายในภาคพื้นทวีปยุโรปหลายประเทศ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ดังนั้น การนำเหตุแห่งความโมฆะในเรื่องนี้มาปรับใช้ในกฎหมายไทยจึงสามารถกระทำได้

หรือกรณีตามบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 898/2554 ซึ่งตามข้อหารือนี้คณะกรรมการฯ ให้ความเห็นว่า เมื่อนายประจักษ์เสียชีวิตลงก่อนได้รับการแต่งตั้ง ย่อมมีผลทำให้สภาพบุคคลสิ้นสุดลง “มติและและประกาศในส่วนที่แต่งตั้งผู้ตายจึงไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น” ดังนั้น จากกรณีนี้การแต่งตั้งบุคคลที่ถึงแก่ความตายแล้วให้ทำหน้าที่กรรมการ เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาที่ไม่สมเหตุสมผลและขัดกับความเป็นจริง โดยขัดแย้ง

²⁵ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

จึงเข้าลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาที่เป็นไปไม่ได้ ถือว่าตกเป็นโมฆะ หรือไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย โดยมีความเห็นของ รศ. ดร. กมลชัย รัตนสกวาศ์ ได้ให้ความเห็นว่า “กรณีแต่งตั้งบุคคลที่เสียชีวิตแล้วเป็นกรรมการย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลในทางกฎหมายเทียบได้กับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ซึ่งเจ้าหน้าที่จะต้องประกาศความเสียเปล่าหรือความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว”²⁶

9) เหตุอันเกิดจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่สั่งให้กระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันใดซึ่งเป็นความผิดทางอาญา หรือเป็นผลที่ตามมาจากการกระทำผิดทางอาญา ซึ่งเหตุแห่งความเป็นโมฆะในเหตุนี้สามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

ก) คำสั่งทางปกครองที่สั่งให้กระทำการอันใดซึ่งเป็นความผิดทางอาญา คือ การกระทำความผิดทางอาญานั้นต้องมีคำวินิจฉัยจากศาลอาญาว่า ได้มีการกระทำความผิดทางอาญาจริงเสียก่อน ซึ่งการจะนำเหตุนี้มาปรับใช้ในกฎหมายไทยได้มากนักน้อยเพียงใด สิ่งสำคัญที่ต้องคำนึงถึงคือ ความผิดอาญาตามเหตุนี้ครอบคลุมไปถึงการกระทำความผิดทางอาญาทุกประเภทรวมทั้งความผิดลหุโทษด้วยหรือไม่ เพราะถ้าให้ครอบคลุมด้วยนั้นอาจจะไม่เหมาะสมกับบริบทกฎหมายของประเทศไทย เพราะในบางกรณีหน่วยงานทางปกครองอาจจะออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความผิดลหุโทษบางประเภทเป็นความผิดลหุโทษตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในบางมาตราได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น มาตรา 375²⁷ ดังนั้น การบัญญัติให้คำสั่งทางปกครองที่สั่งให้กระทำการอันใดซึ่งเป็นความผิดทางอาญารวมทั้งความผิดลหุโทษต้องตกเป็นโมฆะคงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องนักเมื่อเปรียบเทียบกับในระบบกฎหมายเยอรมัน ในมาตรา 44 วรรคสอง VwVfG นิติกรรมทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันผิดกฎหมาย ซึ่งหากผู้รับนิติกรรมทางปกครองปฏิบัติตามแล้ว ตนอาจจะต้องรับโทษทางอาญา (Strafe) หรืออาจจะต้องถูกปรับทางปกครอง (Bussgeld)

ข) คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นผลที่ตามมาจากการกระทำผิดทางอาญา คือ โดยตัวของคำสั่งเองไม่ได้เป็นการสั่งให้กระทำความผิดอาญา แต่ในขั้นตอนกระบวนการออกคำสั่งนั้น ได้มีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้น เช่น มีการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ข่มขู่ หรือการกระทำความผิดกฎหมายอื่นใดเพื่อออกคำสั่งนั้น เป็นต้น ซึ่งในตามมาตรา 51 วรรค 3 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้บัญญัติ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่ง

²⁶ รายงานการประชุมคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ครั้งที่ 1 (28/2554) 18/2554 วันที่ 5 ตุลาคม 2554 หน้า 6. (เรื่องเสร็จที่ 898/2554)

²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 375 บัญญัติว่า ผู้ใดทำให้รางระบายน้ำร่องน้ำหรือท่อระบายของโสโครกอันเป็นสิ่งสาธารณะเกิดขัดข้องหรือไม่สะดวกต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 5000 บาท กรณีอาจเป็นไปได้ว่าหน่วยงานทางปกครองอาจออกคำสั่งให้ปิดหรือหรืออุดบนท่อระบายน้ำเพื่อประโยชน์สาธารณะ

เป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ หากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจ ด้วยการให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์อื่นที่มีขอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่สามารถอ้างเรื่องความสุจริตได้ หากพิจารณาจะเห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของไทยได้ยอมรับถึงความไม่สมบูรณ์อย่างร้ายแรงของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นผลที่ตามมาจากการกระทำผิดทางอาญา การนำเหตุแห่งความเป็นโมฆะดังกล่าวมาปรับใช้ในกฎหมายไทยจึงมีความสมเหตุสมผล นอกจากนั้น ยังได้ครอบคลุมถึงกรณีหน่วยงานทางปกครองได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยรับสินบนและออกคำสั่งมาทำให้คำสั่งดังกล่าวเป็นโมฆะ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศส กรณีคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในวัตถุประสงค์อย่างร้ายแรงและชัดเจนในลักษณะอื่น ๆ เช่น มีการใช้กลฉ้อฉล ก็ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะเช่นกัน

10) เหตุแห่งความเป็นโมฆะอื่นที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย

กฎหมายปกครองไทยยังไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง และในปัจจุบันจึงยังไม่มีกฎหมายปกครองฉบับใดที่กล่าวถึงเหตุแห่งความเป็นโมฆะไว้ ซึ่งต่างจากหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในเรื่องของนิติกรรมสัญญา หากในอนาคตมีการบัญญัติเรื่องเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองขึ้นมาในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย เหตุแห่งความเป็นโมฆะเหตุนี้ก็เป็นเหตุที่สมควรถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายด้วย เพื่อรองรับบทบัญญัติเรื่องเหตุแห่งความเป็นโมฆะที่อาจถูกบัญญัติขึ้นในกฎหมายอื่นได้

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

คำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ย่อมมีผลบังคับต่อเนื่องไปจนกว่าจะมีเหตุที่ทำให้สิ้นผลลง ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง หรือที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนนั้น (Explicit and Serious Error) ได้มีหลักในทางกฎหมายปกครองว่า คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ หรือไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น หรือ เสมือนไม่มีอยู่เลย แม้ว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Void) จะไม่ได้มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายของไทย มีเพียงแต่บทบัญญัติที่ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegality) เท่านั้น ซึ่งอาจเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสารบัญญัติและวิธีบัญญัติแต่ความบกพร่องดังกล่าวไม่ร้ายแรงถึงระดับโมฆะกรรม ดังนั้น ลักษณะของคำสั่งทาง

ปกครองสมควรพิจารณาที่ผลเป็นหลัก ซึ่งโดยทั่วไปความเป็นโมฆะ คือ การไม่ยอมรับว่ามีผลใด ๆ เกิดขึ้นเลย อันไม่แตกต่างจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยย้อนหลังไปทั้งหมดจนเป็นสูญ แต่กรณีของคำสั่งที่เป็นโมฆะนี้จะต้องเป็นเรื่องที่บกพร่องอย่างรุนแรงที่เห็นได้ชัดเจน โดยบุคคลทั่วไปยิ่งกว่ากรณีคำสั่งทางปกครองที่อาจเพิกถอนย้อนหลังไปได้ เพราะคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ ทุกอย่างเป็นสูญหมด

4.3.1 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจน และร้ายแรง

ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ได้อธิบายถึงผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) ประเภทโมฆะ ซึ่งทำให้เสียเปล่า ไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น และ (2) ประเภทเพิกถอนได้ ซึ่งมีผลตามกฎหมายมาตั้งแต่ต้น แต่อาจถูกเพิกถอนภายหลังได้

ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจน กล่าวคือ ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะ ย่อมไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นต้องการ และเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ อนึ่ง ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะนี้ย่อมเท่ากับว่าไม่มีการเกิดขึ้นจากผลของการแสดงเจตนาออกคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้นให้สมบูรณ์ขึ้นได้²⁸

ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47 / 2546 โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดโดยไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และไม่มีการรายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบ ถือเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผล ดังนี้

1) ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เพราะคำสั่งนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว

2) คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อนฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เนื่องจากถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง แต่เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลอันเนื่องมาจากความเข้าใจผิดเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

²⁸ ขงยุทธ อนุกุล และดารารพร นพเก้า. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 47.

คู่กรณีควรที่จะยื่นอุทธรณ์ตาม มาตรา 44²⁹ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือที่กฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อน

3) การที่จะวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองใด มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงนั้น เป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัย

4) ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีระงับการกระทำเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินแก่ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งมีผลเท่ากับว่า ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินและไม่อาจบังคับการใดให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินให้กับผู้ถูกฟ้องคดีได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาผลของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงตามคำพิพากษาดังกล่าวแล้ว มีความเห็นว่า แม้ศาลปกครองสูงสุดมิได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงนั้น เป็นโมฆะ แต่ด้วยความร้ายแรงของข้อผิดพลาดบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น ส่งผลให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามเพราะถือว่าไม่มีผลบังคับ ซึ่งผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเช่นนี้มีลักษณะเป็นอย่างเดียวกันกับผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆะในประเทศเยอรมนี (ตามบทบัญญัติมาตรา 43 ประกอบมาตรา 44 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง) และคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยตามแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ในประเทศฝรั่งเศส

และตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจี้ที่ 268 / 2552 กรณีมีการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ในเขตป่าไม้ถาวรฯ หรือในเขตป่าสงวนแห่งชาติ อันขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดินและ พ.ร.บ.ป่าสงวนแห่งชาติฯ ย่อมถือได้ว่า เป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดเจน จึงทำให้หนังสือรับรองการทำประโยชน์ดังกล่าว ไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายและไม่มีผลผูกพันกรมป่าไม้ในการพิจารณาขออนุญาตทำไม้หวงห้ามตาม พ.ร.บ.ป่าไม้ฯ หรือขออนุญาตทำไม้ตาม พ.ร.บ.สวนป่าฯ แต่อย่างใด ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงนี้มีผลทางกฎหมายคือ ถือเสมือนว่าไม่มีการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ดังกล่าว ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนหนังสือรับรองการทำประโยชน์เพราะถือว่าย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว แม้ว่าหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นเอกสารมหาชนแต่บุคคลผู้เป็นเจ้าของหนังสือก็ย่อมไม่อาจอ้างเอาประโยชน์ใดๆ ได้ และจะใช้หนังสือรับรองการทำประโยชน์ดังกล่าวยื่นต่อบุคคลใดก็ได้ไม่ได้เช่นกัน

²⁹ มาตรา 44 ภายใต้อำนาจมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขึ้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายใน 15 วันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

กล่าวโดยสรุป ผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ คือ ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายเลยมาตั้งแต่ต้น ดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการ ทำให้คำสั่งนั้นสูญเปล่าไม่ว่าจะฝ่ายปกครองหรือผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่เป็นโมฆะ และไม่สามารถยกคำสั่งดังกล่าวขึ้นมาบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามได้ และเนื่องจากเป็นคำสั่งที่มีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงจึงทำให้ไม่สามารถให้สัตยาบันในส่วนที่เสียไปให้กลับมามีผลทางกฎหมายใหม่ได้ รวมถึงผู้ใดก็สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ไม่ว่าจะเป็นเอกชน ฝ่ายปกครองหรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง โดยไม่ต้องนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนเพียงแต่ฟ้องแสดงความไม่มีอยู่ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเท่านั้นเหตุที่ไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นเนื่องจากไม่มีผลทางกฎหมายอยู่ในตัวอยู่แล้ว สามารถฟ้องต่อศาลได้โดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องระยะเวลา (ไม่มีอายุความ) โดยศาลปกครองมีอำนาจยกประเด็นเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองขึ้นวินิจฉัยได้เอง เพราะถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างไว้ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง จึงมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะตามบทบัญญัติมาตรา 43 ประกอบมาตรา 44 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz : VwVfg) ในระบบกฎหมายเยอรมัน และคำสั่งทางปกครองที่มีอยู่ (L'existence) ตามแนวคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

4.3.2 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

หลักเกณฑ์การทำลายผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยการเพิกถอนนี้ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน จะให้น้ำหนักแก่หลักความชอบด้วยกฎหมายมากกว่าการคุ้มครองปกป้องความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลที่รองลงมา โดยหากเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องถือหลักให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเพิกถอนได้ ส่วนบุคคลที่มีความเชื่อโดยสุจริตจะได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักเกณฑ์ที่เคร่งครัด รวมทั้งเรื่องระยะเวลาในการเพิกถอนด้วย ในกฎหมายไทยเนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติคำว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงบทบัญญัติว่าการการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ไว้ในมาตรา 49 ถึง มาตรา 53 เพื่อแสดงถึงคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์จนถึงระดับที่ต้องระงับผลทางกฎหมายของคำสั่งนั้น แต่ก็ได้บัญญัติว่ามีกรณีใดบ้างที่ฝ่ายปกครองต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยมีผลทางกฎหมายย้อนหลังนับไปถึงวันที่เริ่มทำคำสั่ง เสมือนว่าถูกลบล้างผลทางกฎหมายโดยสิ้นเชิง หรือที่เรียกว่า “โมฆะ” ซึ่งหลักการนี้แตกต่างจากกฎหมายในประเทศเยอรมนีที่ไว้วางหลักเรื่องความเป็นโมฆะไว้อย่างชัดเจน

เนื่องจากผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ คือ ไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายเลย จึงทำให้ไม่สามารถที่จะเกิดผลบังคับผูกพันขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้ไม่ว่าเวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใดก็ตาม โดยหลักแล้วผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือผู้มีส่วนได้เสียจากคำสั่งทางปกครองอาจหยิบยกความเป็น โฆษะขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ และหากปรากฏในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองว่าคำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็น โฆษะ แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างไว้ แต่ศาลปกครองก็อาจหยิบยกประเด็นเกี่ยวกับความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครองนั้นขึ้นพิจารณาได้เอง และศาลปกครองสามารถพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลในทางกฎหมายอยู่ในตัว ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะไม่มีอะไรให้ต้องเพิกถอนอีก ซึ่งองค์กรที่มีอำนาจในการลบล้างคำสั่งทางปกครองจึงได้แต่ประกาศความเป็น โฆษะหรือความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

ยกตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 47/ 2546 (ประชุมใหญ่) โดยคดีดังกล่าวศาลปกครองชั้นต้น ได้วินิจฉัยพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี... แต่เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาให้คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเพราะคำสั่งนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว ทั้งนี้ การที่ศาลปกครองสูงสุดใช้คำว่าคำสั่งนี้ไม่เคยมีอยู่เลย โดยไม่ใช่คำว่าเพิกถอนคำสั่ง จึงเป็นการใช้คำที่แสดงให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองนี้แตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ เพราะเป็นคำสั่งที่ออกมาโดยมีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและต้องดำเนินการเสมือนกับว่าไม่เคยมีคำสั่งนั้น เป็นการอธิบายความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครองได้อย่างชัดเจนและสามารถเป็นบรรทัดฐานได้ว่าหากฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่มีลักษณะเช่นนี้ คำสั่งดังกล่าวจะไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ นับแต่ออกคำสั่ง แต่หากเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งเพิกถอนคำสั่งแล้ว ผลในเรื่องการเพิกถอนคงไม่แตกต่างกันเนื่องจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะมีผลย้อนหลังและถือเสมือนว่าไม่เคยมีนิติกรรมนั้น คดีดังกล่าวถือเป็นคดีแรกที่นำหลักการเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยมาใช้

ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 25 / 2560 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่หนึ่งออกคำสั่งโดยไม่ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย โดยศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยมีผลย้อนกลับไปตั้งแต่วันที่คำสั่งมีผลบังคับ ก็สามารถพิจารณาได้ว่าศาลเล็งเห็นถึงความรุนแรงของความไม่ชอบด้วยกฎหมายในตัวคำสั่งนั้นว่ามีความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงจนต้องเพิกถอนนับแต่วันที่คำสั่งมีผลบังคับ ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเป็น

ความไม่สมบูรณ์จนถึงระดับที่ต้องระงับผลทางกฎหมายของคำสั่งนั้น (ตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ) ดังนั้น แม้ว่าตามคำพิพากษานี้จะไม่ได้วินิจฉัยว่าคำสั่งทางวินัยที่ออกมาโดยไม่มี การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยจะเป็นคำสั่งที่มีความเสียหายร้ายแรง จนต้องลบล้างผลทางกฎหมายทั้งหมดก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงลักษณะของคำสั่งดังกล่าวแล้วจะ เห็นได้ว่าคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งที่ออกโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาทั้งหมดที่กฎหมายได้ กำหนดไว้ เพราะการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยโดยผ่านไม่ผ่านกระบวนการของคณะกรรมการ สอบสวนทางวินัยเป็นการกระทำโดยข้ามขั้นตอนการดำเนินการทางวินัยทั้งหมด ทั้งนี้ เมื่อ เทียบเคียงกับหลักกฎหมายในหลายประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น ในประเทศเยอรมัน หรือใน ประเทศสเปน³⁰ ได้กำหนดกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงจนต้อง ถูกเพิกถอนโดยให้มีผลทางกฎหมายย้อนหลังนับไปถึงวันที่คำสั่งมีผลบังคับ เสมือนกับว่าคำสั่งถูก ลบล้างผลทางกฎหมายโดยสิ้นเชิง หรือที่เรียกว่า “โมฆะ” เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีลักษณะร้ายแรงเพราะเข้าเหตุแห่งความเป็นโมฆะอย่างใดอย่าง หนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ศาลก็ต้องพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว โดยให้มีผลทางกฎหมาย ย้อนหลังนับไปถึงวันที่คำสั่งมีผลบังคับในทุกกรณี

กล่าวโดยสรุป คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนนั้นแม้ว่าจะยังไม่ถูก เพิกถอน แต่ก็ไม่มีผลผูกพันเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถทำเสมือนว่า ไม่มี คำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ในสารบบกฎหมายเลย และบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจอ้างสิทธิ ตามคำสั่งได้เพราะคำสั่ง ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น และในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองถือ เป็นการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลในทางกฎหมาย ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ที่ไม่มี ผลใด ๆ ในทางกฎหมายอยู่แล้วมาตั้งแต่ต้น จึงไม่จำเป็นต้องทำการเพิกถอนอีก เพียงแต่ฝ่ายปกครองมี คำสั่งยืนยันข้อเท็จจริงในการมีสิทธิหน้าที่ตามความเป็นจริงไว้เท่านั้น ซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำเมื่อใดก็ได้ โดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ คือ ไม่ถูกจำกัดด้วยระยะเวลาอายุความทั้งสิ้น

³⁰ เป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ ศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งประเภทนี้ย้อนหลังไปนับแต่วันที่คำสั่งมีผลบังคับเพราะ คำสั่งดังกล่าวเข้าเหตุแห่งความเป็นโมฆะตามที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 62 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง ค.ศ. 1992 sinv ซึ่งต้องถูกเพิกถอนอย่างสิ้นเชิง เสมือนกับว่าไม่เคยมีคำสั่งทางปกครองนั้นเลย, อ้างถึงใน บทวิเคราะห์คดี เรื่อง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยมีผลนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับ โดย นายโรม ทีปะปาล, สำนักงาน ศาลปกครอง.

4.3.3 ผลกระทบต่อบุคคลผู้อยู่ใต้บังคับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิหรือให้ประโยชน์แก่บุคคลนั้นทำได้ยากและมีข้อจำกัดมาก เนื่องจากอาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์ของบุคคลที่ได้มาแล้วจากทางราชการ โดยสุจริต เนื่องจากบุคคลดังกล่าวอาจใช้สิทธิหรือประโยชน์ดังกล่าวไปหมดแล้ว หรืออาจดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปสุจริตโดยเชื่อในคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น ได้เตรียมจัดซื้อวัสดุต่าง ๆ เพื่อก่อสร้างอาคาร หลังจากที่ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารจากทางราชการ หรือกรณีที่ข้าราชการได้รับคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งหน้าที่ หรือได้รับสิทธิเบิกค่าเช่าบ้าน เป็นต้น

ซึ่งหากว่ากฎหมายยอมให้มีการออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และเรียกร้องสิทธิประโยชน์ที่ให้ไปนั้นกลับคืนได้ทุกเมื่อและทุกกรณี โดยไม่มีเงื่อนไขแล้ว ย่อมทำให้ผู้รับสิทธิประโยชน์ที่สุจริตนั้นได้รับความเสียหาย หรือเกิดความไม่แน่ใจว่าประโยชน์ที่ได้รับมาจากทางราชการนั้นสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้หรือไม่ เนื่องจากเกรงว่าอาจจะถูกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือสิทธินั้นเมื่อใดก็ได้ เช่นเดียวกับในกรณีที่รู้ถึงความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งทำให้ไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้นภายหลังจากที่ผูกพันตนตามคำสั่งดังกล่าวไปแล้ว

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี ได้ยึดหลักการซึ่งน้ำหนักกันระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กับ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่ง ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องพิจารณากันเป็นการเฉพาะราย โดยจะต้องเทียบกับผลของการเพิกถอนที่จะเกิดขึ้นกับผู้ได้รับประโยชน์ ผลของการไม่เพิกถอนที่จะเกิดขึ้นกับส่วนรวมและบุคคลที่สามลักษณะและการเกิดผลของการกระทำทางปกครองนั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี เช่น บทบัญญัติในมาตรา 49 วรรคหก ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ซึ่งกำหนดให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

ประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบัน ศาลปกครองฝรั่งเศสต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและไม่อาจละเลยในเรื่องของความเชื่อมั่นในสิทธิที่ได้รับตามกฎหมายหรือความมั่นคงแห่งนิติสถานะได้ รวมทั้งการใช้อำนาจของศาลปกครองควรจะต้องสอดคล้องหรืออยู่ภายใต้ “หลักความเชื่อถือและไว้วางใจที่กฎหมายคุ้มครอง” โดยยกตัวอย่างในกรณีของไทย เช่น กรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าภายหลังสองปีหลังจากที่หน่วยงานทางปกครองพบว่าคำสั่งอนุมัติให้ข้าราชการเบิกค่าเช่าบ้านได้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงได้เพิกถอนคำสั่งและสั่งให้ข้าราชการดังกล่าวคืนเงินทั้งหมดให้หน่วยงาน ถ้าเทียบเคียงกับกฎหมายฝรั่งเศส ถือว่ากรณีเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิและเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชัดเจน ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งประเภทนี้ภายในระยะเวลาสี่เดือนนับแต่มีคำสั่ง หรือเมื่อเปรียบเทียบกับหลักความมั่นคง

แห่งสิทธิแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจในการปรับเปลี่ยนระยะเวลาในการมีผลของคำพิพากษา โดยสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยมีผลนับตั้งแต่มีคำพิพากษา ซึ่งทำให้มีผลในลักษณะเดียวกับการยกเลิกคำสั่ง ซึ่งเท่ากับเป็นการที่ฝ่ายปกครองสามารถทำได้เพียงยกเลิกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของตนเองเท่านั้น แต่จะไม่อาจเรียกเงินค่าเช่าบ้านจากข้าราชการคืนได้ หรือกรณีเมื่อเทียบกับกรณี C.E. Veron - Raville , 27 พฤษภาคม 1949 ของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส จะเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่อาจเพิกถอนได้มีระดับความรุนแรงน้อยกว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ เจ้าหน้าที่ที่ได้รับผลกระทบยังได้รับความคุ้มครองสิทธิ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ที่ต้องออกจากราชการเพราะคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัดยิ่งสมควรได้รับความคุ้มครองมากตามระดับความร้ายแรง จึงเห็นควรนำเอาวิธีแก้ไขที่ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นกลับเข้ารับราชการตามเดิมตั้งแต่วันถูกให้ออกมาเทียบเคียง เพื่อเป็นทางออกของปัญหาในกรณีเช่นนี้ได้

ส่วนในกรณีของประเทศไทยหากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง โดยสุจริตควรนำหลักในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้บังคับโดยเทียบเคียงและทำให้ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนี้ไม่ถูกกระทบกระเทือนด้วยเหตุบกพร่องดังกล่าว เช่น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งโดยมิชอบ แม้ภายหลังจะพ้นจากตำแหน่งแต่ระหว่างที่ดำรงตำแหน่งได้มีการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองใด จึงทำให้คำสั่งดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 19 โดยการพ้นจากตำแหน่งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการที่ผู้นั้น ได้ปฏิบัติไปแล้ว เพราะเมื่อประชาชนเชื่อถือและปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับคำสั่งทางปกครองแล้ว สมควรให้ความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของประชาชนต่อความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง

ในส่วนของหลักเกณฑ์การชดเชยค่าเสียหายในกรณีมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เช่น ความเสียหายจะต้องสามารถตีราคาเป็นเงินได้หรือสามารถประเมินราคาได้ และสามารถแบ่งแยกให้กับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลได้ หรือ การชดเชยค่าเสียหายจะทำได้ต่อเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น และการชดเชยค่าเสียหายจะทำได้หากความเสียหายนั้นเกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่สามารถป้องกันหรือหลีกเลี่ยงได้ เมื่อพิจารณาตามหลักวิทยาศาสตร์หรือเทคโนโลยีที่มีในขณะนั้น โดยคำนึงถึงหลักความเป็นธรรมและความได้สัดส่วน หลักความสุจริตและความไว้วางใจ สิทธิของคู่กรณี และความชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีที่กำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์ที่ได้รับมาแล้วของผู้รับคำสั่งและเป็นการทำลายความเชื่อในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองอีกด้วย ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 51 วรรคสี่ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตแห่งผลบังคับในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังเอาไว้ การที่จะเรียกคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งรับไปแล้วได้เพียงใดนั้น ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับ

ใช้โดยอนุโลม โดยพิจารณาจากความสุจริตของผู้รับคำสั่งเป็นสำคัญ หากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือควรได้รู้เช่นนั้น หากผู้รับคำสั่งได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป และผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไป ตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป และในมาตรา 52 ก็ได้บัญญัติในการพิจารณาสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาจากมาตรา 51 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม ประกอบด้วย ได้แก่ (1) การแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะถือว่าบุคคลดังกล่าวทำกลฉ้อฉล เป็นต้น (2) ผู้นั้นได้ให้ข้อความไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ (3) ผู้นั้นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสูงแต่ไม่ใช่

ดังนั้น เนื่องจากผลของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยให้ย้อนหลังไปเท่ากับไม่เกิดผลมาแต่ต้น หลักเกณฑ์การเยียวยาผู้รับคำสั่งและได้ผูกพันตนหรือได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวข้างต้น ควรนำมาปรับใช้ได้กับคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ ซึ่งทำให้ไม่มีผลใด ๆ มาตั้งแต่แรกด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากปกติความเป็น โฆษะนี้ผู้รับคำสั่งหรือบุคคลที่ผูกพันปฏิบัติตามจะไม่ทราบถึงความเป็น โฆษะและความไม่มีอยู่ของคำสั่งทางปกครอง โดยอาจจะมีความเข้าใจว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว ซึ่งทำให้ยอมรับและปฏิบัติตามในระหว่างที่ยังไม่มีการเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ย่อมมีผลในทางกฎหมายอยู่เรื่อยไป หรือในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะแต่ผู้รับคำสั่งนั้น ไม่ทราบถึงความเป็น โฆษะของคำสั่งและได้ปฏิบัติตามหรือผูกพันตนตามคำสั่งทางปกครองกล่าวไปแล้ว

ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรณีคำสั่งทางปกครองที่เหตุแห่งการฟ้องคดีมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ ศาลปกครองจะนำหลักการคุ้มครองความเชื่อและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองในสถานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาประกอบการพิจารณา ในกรณีเมื่อเกิดความเดือดร้อนเสียหายหรือเกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลที่มีสาเหตุมาจากการใช้อำนาจ หรือการดำเนินการของฝ่ายปกครอง ย่อมเป็นความชอบธรรมที่ฝ่ายปกครองในฐานะผู้ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นต้นเหตุของความเดือดร้อนเสียหายนั้น จะแสดงความรับผิดชอบ จึงควรวางหลักเกณฑ์โดยให้พิจารณาจากปัจจัยหลาย ๆ อย่าง เช่น การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์ที่ได้รับหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนไปแล้ว โดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจะทำให้ผู้นั้นเสียหายเกินควรหรือไม่

เป็นต้น โดยอาจนำหลักในมาตรา 51 และ 52 ดังกล่าว รวมทั้งนำหลักกฎหมายในเรื่องลามิกวรรตามประมวลกฎหมายแพ่งและมาพาณิชย์ มาปรับใช้ด้วย

4.3.4 ปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

สำหรับกฎหมายปกครองของไทย แม้จะเป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับ แต่ผลลัพธ์ที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยในบทบัญญัติมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ถือเป็น เงื่อนไขการฟ้องคดีในความหมายที่ว่าเป็นเงื่อนไขของการที่ศาลจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ และเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยฯ ซึ่งศาลสามารถหยิบยกขึ้นมาเป็นเหตุในการไม่รับไว้พิจารณาได้เอง ซึ่งทำให้ผลลัพธ์แตกต่างกับกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

โดยในมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้การฟ้องคดีต่อศาลจะกระทำได้อีกเมื่อผ่านระบบการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นของฝ่ายปกครองเสียก่อน ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการฟ้องคดี หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนี้ ศาลก็จะปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ทั้งนี้ อาจเปรียบเทียบกับระบบการฟ้องคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส แม้กรณีผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นภายในฝ่ายปกครองในกรณีที่เป็นระบบแบบบังคับ (recour obligatoire) เอาไว้ ศาลจะถือหลักว่าจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาไม่ได้ โดยกรณีถือเสมือนว่าเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี และมีลักษณะเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ซึ่งศาลมีหน้าที่ยกขึ้นวินิจฉัยได้เองแม้ผู้กรณีไม่ได้ยกขึ้นอ้าง แต่ทั้งนี้ในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสการอุทธรณ์แบบบังคับนี้ถือเป็นเพียงข้อยกเว้นของระบบ ที่ทั่วไปถือหลักเป็นแบบไม่บังคับเพื่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองในการถูกจำกัดหรือตัดสิทธิการใช้สิทธิทางศาลจากเหตุดังกล่าว จึงสร้างข้อยกเว้นขึ้นเพื่อมิให้ใช้หลักเกณฑ์เคร่งครัดเกินไป ดังนั้น แม้จะเป็นการอุทธรณ์แบบบังคับคล้ายกัน แต่ก็ไม่ใช่เรื่องเดียวกันเหมือนของประเทศไทย

ส่วนในกฎหมายของประเทศเยอรมัน ได้มีกฎหมายคล้ายกับ มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่ศาลปกครองสูงสุดของเยอรมัน ได้วางแนวบรรทัดฐานว่า กรณีดังกล่าวมิใช่เงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณา แต่เป็นเพียงเงื่อนไขในการพิพากษาในเนื้อหาของคดี แม้ไม่ได้มีการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นภายในฝ่ายปกครองก่อนจะฟ้องคดีต่อศาล ก็ไม่ใช่เหตุที่จะทำให้ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และยังสามารถแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นให้ถูกต้องสมบูรณ์ได้ ถือว่าศาลยังให้ความสำคัญกับการที่บุคคลจะรับการคุ้มครองสิทธิจากระบบการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาล

ผู้ศึกษาจึงขอยกตัวอย่าง คำพิพากษาที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.47/2546 คดีมีข้อพิจารณาในประเด็นเรื่องการอุทธรณ์ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาล

ปกครองสูงสุด ผู้ศึกษาเห็นว่า จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคำพิพากษา คดีนี้เป็นเรื่องที่โอนมาจากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งในขณะยื่นคำร้องทุก ผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งก่อน โดยที่การอุทธรณ์ในระบบกฎหมายไทยเป็นระบบการอุทธรณ์แบบบังคับ หากปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายด้วยการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก่อนยื่นคำร้องทุกต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ย่อมไม่สามารถรับคำร้องทุกข์ดังกล่าวไว้พิจารณาได้และเมื่อเรื่องร้องทุกข์ดังกล่าวโอนมาเป็นคดีของศาลปกครอง การอุทธรณ์คำสั่งถือเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีที่ศาลจะรับคดีไว้พิจารณาได้ การที่ศาลปกครองสูงสุดนำแนวคิดที่ว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย มาใช้ในการพิพากษาคดีนี้จึงมีลักษณะเป็นการช่วยผ่อนคลายนัยแก่เกณฑ์เกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ทำให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้โดยไม่ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งก่อนร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และศาลปกครองย่อมสามารถพิจารณาคดีนี้ได้โดยไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า กรณีนี้จึงเป็นอีกคดีหนึ่งที่ศาลปกครองนำแนวคิดที่ว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย มาใช้โดยคำนึงถึงผลที่ประสงค์ให้เกิดขึ้นเป็นสำคัญ

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หากพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีดังที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศได้ยอมรับแนวคิดที่ว่าไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์โต้แย้งภายในฝ่ายปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล ดังนั้น สำหรับประเทศไทย หากผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือคู่กรณีที่ประสงค์จะฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ จึงไม่จำเป็นต้องตกอยู่ในบังคับของขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเช่นกัน เพราะหากต้องดำเนินการอุทธรณ์ก่อนกรณีก็ไม่ต่างจากการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองในระดับที่อาจเพิกถอนได้ และหากศาลปกครองไม่รับพิจารณาคดีด้วยเหตุว่าไม่ได้ดำเนินการอุทธรณ์ก่อน ผู้ฟ้องคดีก็ไม่อาจดำเนินการอย่างใด ๆ ต่อไปได้ ซึ่งจะทำให้คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้นมีผลใช้บังคับราวกับว่าชอบตามกฎหมายทั้งที่มีข้อบกพร่องและผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง ทั้งนี้ แม้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้น จะสามารถนำคำสั่งดังกล่าวไปฟ้องคดีต่อศาลได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของหลักที่ว่าผู้ฟ้องคดีไม่ต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีนั้น ในทางปฏิบัติอาจจะเป็นเรื่องที่ยกข้ออ้างเสียอยู่ไม่น้อยสำหรับผู้ฟ้องคดี เพราะหากมีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ย่อมขึ้นอยู่กับศาลที่จะวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองที่พิพาทนั้นเป็นโมฆะหรือไม่ ซึ่งหากศาลเห็นว่าคำสั่งมิได้มีลักษณะที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนถึงขนาดตกเป็นโมฆะ แต่เป็นเพียงคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ แต่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีนั้นไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดก่อนฟ้องคดีดังที่

กำหนดไว้ในมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลย่อมไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ และคำสั่งที่พิพาทนั้นย่อมมีผลบังคับผูกพันเป็นที่สุด ซึ่งจะเป็นผลร้ายแก่ผู้คดีเอง ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงได้ระบุในคำพิพากษาคดีดังกล่าวด้วยว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองชอบที่จะยื่นอุทธรณ์คำสั่งตามขั้นตอนและวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือที่กฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อนฟ้องคดี

4.3.5 ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีและอายุความฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อพิจารณาในมาตรา 42 ประกอบ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) มาตรา 72 (1) และมาตรา 49 มีประเด็นปัญหาเนื่องจากผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษณาด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่งมีความคล้ายคลึงกัน คือถือว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองมาตั้งแต่ต้น ในกรณีมีการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษณา และศาลพิจารณาเห็นว่าเป็นคำสั่งที่มีความบกพร่องอย่างร้ายแรงและแจ้งชัดจริง แต่ไม่พิพากษาว่าคำสั่งนั้นเป็น โฆษณา โดยศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่ง ซึ่งก็เป็นมาตรการที่สามารถแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนของผู้ที่ได้รับผลกระทบได้ ถือเป็นวิธีอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ก็ไม่อาจนำมาปรับใช้ในบางกรณี โดยเฉพาะกรณีที่มีการยื่นฟ้องโดยมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด เช่น การอุทธรณ์โต้แย้งภายในปกครอง หรือการยื่นฟ้องเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะทำให้ศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ ทั้ง ๆ ที่คำสั่งนั้นมีความบกพร่องผิดพลาดอย่างร้ายแรงและแจ้งชัด ซึ่งจะทำให้การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเสียประสิทธิภาพไป

ก) การฟ้องคดีต่อศาลและอายุความฟ้องร้องคดี ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง

ในส่วนในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษณาตามกฎหมายไทย แม้จะยังไม่มียกเว้นบัญญัติแยกไว้แต่ผู้ศึกษาเห็นว่า ไม่ควรเป็นกรณีที่ตกอยู่ภายใต้บังคับระยะเวลาในการฟ้องคดี 90 วัน ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เนื่องจากกรณีดังกล่าวมิใช่เป็นการฟ้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษณา เพราะถือว่าไม่มีคำสั่งให้ต้องเพิกถอน แต่เป็นกรณีที่ขอให้ศาลแสดงความเสียหายของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษณา ดังนั้น หากศาลปกครองไทยเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นมีลักษณะที่ผิดพลาดร้ายแรงและชัดแจ้งถึงขนาดตกเป็น โฆษณา ศาลก็อาจจะไม่เพิกถอนคำสั่งนั้น แต่จะประกาศความเสียหายของคำสั่งแทน ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับศาลปกครองของต่างประเทศที่รับคำฟ้องให้ผู้ฟ้องคดี จากคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นคำฟ้องขอให้ประกาศความเสียหายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจเปรียบเทียบได้กับแนวคิดในประเทศฝรั่งเศส เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

สามารถเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ทุกเมื่อ โดยไม่มีกำหนดเวลาและไม่ต้องมีเหตุผลประกอบคำสั่งเพิกถอน และบุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนจากคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนสามารถฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งดังกล่าวได้โดยไม่มีกำหนดอายุความ ซึ่งคำฟ้องประเภทนี้เรียกในทางเทคนิคว่า “recours en déclaration d’inexistence” โดยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้สร้างทฤษฎีว่าด้วยการไม่มีตัวตนหรือไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครองขึ้นมา เพื่ออุดช่องว่างเรื่องอายุความฟ้องร้องคดีปกครอง และในบางครั้งแทนที่จะฟ้องขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองจะเปลี่ยนคำฟ้องให้สอดคล้องกับประเภทคดีโดยถือว่าผู้ฟ้องคดีขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งที่พิพาท หรือเทียบกันในประเทศเยอรมนีตามมาตรา 44 วรรคห้า VwVfG ได้บัญญัติ ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถประกาศความเสียหายหรือความเป็นโมฆะได้ไม่ว่าจะริเริ่มดำเนินการเอง หรือโดยการร้องขอของบุคคลที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งบุคคลที่เกี่ยวข้องยังมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้พิสูจน์หรือประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้อีกทางหนึ่งด้วยตามที่กำหนดในมาตรา 43 วรรคหนึ่ง

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การที่คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ หมายความว่าความไม่มีอยู่เป็นสูญทางข้อเท็จจริง บุคคลจึงย่อมยกข้อเท็จจริงนั้นขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอว่าความจริงเป็นเช่นใด ไม่ว่าเวลาจะผ่านไปนานเพียงใดก็ตาม ซึ่งก็เท่ากับว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอโดยไม่มีอายุความ

ตัวอย่างคดี แนวทางการประกาศความเป็นโมฆะของนิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ เช่น ประกาศ

(1) บันทึกระงับการวินิจฉัยปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 898/2554 เรื่อง การแต่งตั้งบุคคลที่เสียชีวิตแล้ว ทำให้หมดและประกาศในส่วนที่แต่งตั้งผู้ตายดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเพื่อเป็นหลักฐานว่ามติและประกาศแต่งตั้งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลทางกฎหมายในส่วนที่แต่งตั้ง จึงต้องออกประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าคำสั่งแต่งตั้งในส่วนของนายประจิดคนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย ความเห็นตามเรื่องเสร็จฯ นี้ ถือได้ว่าเป็นการวางหลักสำคัญเกี่ยวกับการประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง เมื่อคำสั่งแต่งตั้งบุคคลที่เสียชีวิตแล้วไม่มีผลในทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งให้สิ้นผลไป แต่ชอบที่จะประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าคำสั่งแต่งตั้งในส่วนนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย ซึ่งในทางกฎหมาย ก็คือ การประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองที่แต่งตั้งฯ นั้นเอง แต่สาเหตุที่ทำให้คณะกรรมการวินิจฉัยปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ใช่คำว่า “ประกาศความเป็นโมฆะ” เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ได้บัญญัติวิธีการดังกล่าวไว้

(2) บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 761/2557³¹ เรื่อง ผลบังคับใช้ของการประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอ กรณีผู้ได้รับคัดเลือกบางรายได้ทำการทุจริต ได้วินิจฉัยไว้ในหลายประเด็น โดยประเด็นที่สี่ เนื่องจากถือว่าประกาศดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดเจนไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้นแล้ว การยกเลิกผลการคัดเลือกในส่วนที่ผิดพลาด (ซึ่งก็คือการประกาศความเป็นโมฆะของผลการคัดเลือกในส่วนนั้น) จึงถือว่าไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งนับว่าคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้พัฒนาหลักเกี่ยวกับการประกาศความเป็นโมฆะให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นไปอีก ซึ่งเป็นการแยกวิธีการประกาศความเป็นโมฆะและวิธีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองออกจากกันอย่างชัดเจนว่าเป็นคนละเรื่องกัน และมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เมื่อการประกาศความเป็นโมฆะไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งรวมถึงมาตรา 49 วรรคสอง³² แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่กำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ต้องกระทำภายใน 90 วัน นับแต่รู้ถึงเหตุให้เพิกถอน ดังนั้น การประกาศความเป็นโมฆะโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงกระทำได้ทุกเมื่อ โดยไม่มีกำหนดเวลา

ผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่า เนื่องจากการกระทำทุจริตถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อจริยธรรมของข้าราชการอย่างร้ายแรง เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบการสอบคัดเลือกและข้าราชการผู้ได้รับการคัดเลือกต่างมีส่วนร่วมในการทุจริตทั้งสองฝ่าย จึงไม่ควรรับรู้ผลทางกฎหมายของประกาศผลการคัดเลือกในส่วนที่เกิดจากการทุจริตนั้นเลย และด้วยเหตุที่ประกาศผลการคัดเลือกในส่วนดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น กรมการปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนประกาศผลการคัดเลือกในส่วนนี้ให้สิ้นผลไป แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้แนะนำกรมการปกครองให้แก้ไขปรับปรุงด้วยการยกเลิกผลการคัดเลือกในส่วนที่ผิดพลาด ก็คือ การประกาศความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของผลการคัดเลือกในส่วนดังกล่าวนั่นเอง (ทำนองเดียวกับ เรื่องเสร็จที่ 898 / 2554)

³¹ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ผลบังคับใช้ของการประกาศผลการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเข้าศึกษาอบรมหลักสูตรนายอำเภอกรณีผู้ได้รับการคัดเลือกบางรายทุจริต (เรื่องเสร็จที่ 761/2557).

³² มาตรา 49 วรรคสอง บัญญัติว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่ได้รู้ถึงเหตุ ที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่คำสั่งทางปกครองจะทำได้ขึ้นเพราะการแสดงความอันเป็นเท็จหรือ ปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือการข่มขู่หรือการชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีขอบด้วย กฎหมาย

(3) คำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531 / 2552 ในคดีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า กระทรวงอุตสาหกรรมซึ่งเป็นหน่วยงานที่ออกนิติกรรมทางปกครองนั้นควรจะต้องถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2534³³ กล่าวคือ กระทรวงอุตสาหกรรมผู้เป็นหน่วยงานที่ออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไปควรดำเนินการลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบว่าประกาศฯ ฉบับดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย และในกรณีนี้มีใช่เป็นการประกาศเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง³⁴ และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ผู้รับนิติกรรมทางปกครองแม้ไม่ได้เป็นคู่กรณีในคดีนี้ก็สามารถรับทราบได้ถึงความไม่มีอยู่ของประกาศฯ และไม่ต้องปฏิบัติตามประกาศฯ ดังกล่าว ทั้งนี้ อาจนำมาเทียบกับกรณีการออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะเช่นนี้ได้

(4) ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 590 / 2549³⁵ สำหรับแนวทางปฏิบัติของคณะกรรมการอาหารและยา ซึ่งเป็นหน่วยงานฝ่ายปกครองที่ออกนิติกรรมทางปกครอง โดยผิดพลาดอย่างชัดเจนนี้ ควรต้องถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2534 เนื่องจากประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาเรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก ลงวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2549 และคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504 / 2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ลงวันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2549 ดังกล่าวเป็นประกาศฯ และคำสั่งฯ ที่มีผลเป็นการทั่วไป คณะกรรมการอาหารและยาจึงควรดำเนินการลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบว่าประกาศฯ และคำสั่งฯ ฉบับดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายและเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วบุคคลทั่วไปก็สามารถรับทราบได้ถึงความไม่มีอยู่ของประกาศฯ และคำสั่งฯ และไม่ต้องปฏิบัติตามประกาศฯ และคำสั่งฯ ดังกล่าวอีกต่อไป

³³ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2534 กำหนดว่า “บรรดา กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน หรือการตีความกฎหมาย หรือกฎระเบียบข้อบังคับ ที่ผู้มีอำนาจได้วินิจฉัยไว้ บรรดาที่มีผลเป็นการทั่วไปสำหรับใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาหรือสั่งการตามคำขอของประชาชนนั้น ให้ส่วนราชการที่เป็นผู้ออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่ง ดำเนินการ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้ส่วนราชการที่ออก หรือใช้ กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือหนังสือเวียน หรือผลการตีความนั้น เป็นหลักในการพิจารณาหรือสั่งการ ดำเนินการรวบรวมเอกสารดังกล่าวไว้ ณ หน่วยที่รับคำขอเพื่อให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องตรวจสอบได้...”

³⁴ เนื่องจากประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่แรก จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลตามกฎหมายมาตั้งแต่แรก แต่ถูกเพิกถอนได้ในภายหลังด้วยศาลปกครองตามมาตรา 42 ประกอบมาตรา 72 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³⁵ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 590 / 2549

ข) ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคำบังคับของศาลปกครอง

เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาแล้วว่า คำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงเสมือนไม่มีอยู่เลย ปัญหาที่ตามมาก็คือ ศาลจะอย่างไรกับคำสั่งดังกล่าว เมื่อพิจารณาการกำหนดคำบังคับของศาลปกครองในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงพบว่าตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 และคำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมาคดีหมายเลขแดงที่ 531 / 2552 ศาลปกครองใช้วิธีการประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครอง ในขณะที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526 / 2554 ซึ่งศาลเห็นว่า การออกกฎไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัด ศาลใช้วิธีการเพิกถอนกฎโดยให้ย้อนหลังไปถึงวันที่กฎนั้นมีผลใช้บังคับ โดยที่มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับกรณีที่มีการฟ้องว่ากฎและคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้เช่นเดียวกัน คือ เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ดังนั้น นั้น ดังนั้น การกำหนดคำบังคับในกรณีที่พบว่ามีเหตุบกพร่องอย่างร้ายแรงและแจ้งชัดของกฎและคำสั่งทางปกครองจึงย่อมต้องเหมือนกันด้วย จึงเกิดคำถามตามมาว่าคำบังคับในกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลยควรเป็นเช่นไร เพราะการกำหนดคำบังคับของศาลย่อมส่งผลต่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและกระทบต่อสิทธิของผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองนั้น

เมื่อได้พิจารณาไว้แล้วว่า ศาลปกครองนำแนวคิดที่ว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย มาใช้ในการพิจารณาคดี โดยในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี หากพบคำสั่งดังกล่าวศาลปกครองจะใช้วิธีประกาศความเสียเปล่า (โมฆะ) หรือความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองนั้น แต่สำหรับในประเทศไทยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจในการกำหนดคำบังคับของศาลปกครองตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองแล้วปรากฏว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่ได้ให้อำนาจศาลปกครองในการประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและแจ้งชัด คงมีเพียงบัญญัติในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ที่บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ศาลเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติว่า ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ซึ่งหากพิจารณาโดยผลในทางกฎหมายของการกำหนดคำบังคับโดยให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยมีผลย้อนหลังไปในวันที่ออกคำสั่งแล้ว ย่อมมีผลเช่นเดียวกันกับการที่ศาลประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่า โดยที่คำสั่งทางปกครอง

ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงถึงขนาดไม่มีอยู่เลยนั้น จะไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ กรณีย่อมเท่ากับว่าไม่มีการใดเกิดขึ้นจากผลของการแสดงเจตนาออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากศาลยอมรับแนวคิด ทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดี การใช้วิธีการเพิกถอนกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมขัดแย้งกันในตัวเอง เพราะเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเพราะไม่มีอะไรให้ต้องเพิกถอนอีก ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากระดับความร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงเสมือนไม่มีอยู่เลยแล้วคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีระดับความรุนแรงมากยิ่งกว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจถูกเพิกถอนย้อนหลังไปในวันที่ออกคำสั่งได้เพราะจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิ ใด ๆ การประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นการแสดงระดับความรุนแรงและผลกระทบที่มีต่อสิทธิของผู้รับคำสั่งได้เป็นอย่างดี

ผู้ศึกษาเห็นว่า ในกรณีนี้ศาลปกครองจึงควรใช้วิธีประกาศความไม่มีอยู่ในของคำสั่งทางปกครองให้ทราบกันจะเพียงพอแล้ว ซึ่งแม้จะไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรที่ให้อำนาจศาลปกครองไว้ก็ตาม แต่ก็ถือว่าศาลมีอำนาจประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงได้ เนื่องจากเป็นไปตามสภาพของเรื่องซึ่งนอกจากจะเหมาะสมแล้วยังเป็นประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและประชาชนในการแยกแยะคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจถูกเพิกถอนได้ออกจากกันได้ง่ายขึ้น ป้องกันความสับสนของหน่วยงานและประชาชนผู้รับคำสั่ง ทั้งยังทำให้หลักกฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลยพัฒนาไปได้รวดเร็วมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

นอกจากนี้แล้ว ผู้ศึกษายังได้มีความเห็นที่สอดคล้องกับงานวิจัยของ เอกพงษ์ ตั้งวิชาชาญ ที่ศึกษาในเรื่อง “ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ และไทย ซึ่งสรุปได้ว่าผลทางกฎหมายสารบัญญัติของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะของทั้งประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส ถือว่าเสียเปล่าไม่มีผลในทางกฎหมายมาแต่ต้น ส่วนผลทางกฎหมายในทางวิธีบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์และอายุความในการฟ้องคดี คือ ทั้งสองประเทศก็มีหลักการที่ตรงกันคือ ไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดีต่อศาล และการฟ้องคดีก็ไม่ตกอยู่ในบังคับของกำหนดอายุความเหมือนเช่นการฟ้องคดีกรณีปกติอีกด้วย อีกทั้งผู้ศึกษายังมีความเห็นที่สอดคล้องกับงานวิจัยของ ปัญญา จันสกุล ที่ศึกษาเรื่อง “ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย” ซึ่งสรุปได้ว่า หากคำสั่งทางปกครองใดออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ กล่าวคือ มิได้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น หรือเป็นผู้มีส่วนได้

เสียในเรื่องดังกล่าว ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากเป็นกรณีที่ เหตุบกพร่องที่เกิดขึ้นมีความรุนแรงและประจักษ์ชัด เช่น กรณีเหตุบกพร่องรุนแรงและประจักษ์ชัด จนถึงขนาดทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ ได้แก่ กรณีบุคคลผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่ใช่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือยังไม่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองไปสั่งการในเรื่องที่มีได้อยู่ในขอบเขตอำนาจในองค์กรของตน เป็นต้น ก็อาจถือเป็น สาเหตุหนึ่งที่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะได้