

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

แม้เรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย จะเป็นเรื่องที่ไม่ค่อยมีผู้กล่าวถึงมากนักในประเทศไทย แต่การศึกษาในเรื่องนี้มีความจำเป็นและมีความสำคัญมาก เนื่องจากคำสั่งดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินและหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ ซึ่งในขณะที่ยังไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายศาลปกครองในฐานะองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทจึงต้องเป็นองค์กรหลักในการพัฒนาแนวคิดด้วยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย เพื่อให้เข้าใจแนวคิดดังกล่าวได้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ผู้ศึกษา จึงได้ศึกษาแนวคิดนี้ของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นต้นแบบของวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองไทย พบว่า แนวคิดของทั้งสองประเทศเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย มีดังนี้

##### 1) แนวความคิดพื้นฐาน

ในประเทศฝรั่งเศส ไม่นำหลักเรื่องโมฆกรรมในกฎหมายแพ่งมาใช้กับกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง แต่ได้นำ “ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย” (théorie de l’inexistence juridique des actes administratifs) มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองจนเป็นหลักบรรทัดฐาน โดยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสจะอธิบายว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย และเมื่อไม่เคยมีคำสั่งทางปกครองนั้นเกิดขึ้นเลย จึงทำให้ไม่เกิดผลทางกฎหมายใด ๆ ขึ้นเลย

ในประเทศเยอรมนี อธิบายแนวคิดคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงด้วย “ทฤษฎีความชัดเจน” (Evidenztheorie) กล่าวคือ กรณีคำสั่งทางปกครองมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงที่เห็นได้อย่างเด่นชัด แม้แต่วิญญูชนทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษาทางนิติศาสตร์ก็สามารถวินิจฉัยได้เอง เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักความยุติธรรมโดยเนื้อหาแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับสภาพบังคับของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งในประเทศเยอรมนีเรียกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันยังมีการวางหลักเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งระบบกฎหมายเยอรมันจะถือว่าไม่มีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นเลย เนื่องจากขาดองค์ประกอบของ

เจ้าหน้าที่ซึ่งผลในทางกฎหมายจะแตกต่างกับกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ คือ ถ้าเป็นกรณี ถือว่าไม่มีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้น ผลในทางกฎหมายจะไม่เกิดขึ้นตามไปด้วย แต่หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ จะยอมรับว่ามีการกระทำเกิดขึ้นแล้ว แต่ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ดังที่ผู้ออกคำสั่งต้องการ

## 2) การพัฒนาแนวคิด

ในประเทศฝรั่งเศส ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง โดยสภาแห่งรัฐจะเป็นผู้พัฒนาเรื่องดังกล่าวผ่านคำพิพากษาจนเป็นหลักตามแนวบรรทัดฐานต่อไป

ในประเทศเยอรมนี มีการบัญญัติเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (VwVfG) โดยในมาตรา 44 วรรคหนึ่ง จะเป็นบทบัญญัติทั่วไป มาตรา 44 วรรคสอง และมาตรา 20 วรรคหนึ่ง (1) จะบัญญัติเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะไว้ มาตรา 44 วรรคสาม บัญญัติเหตุยกพร่องที่ไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองถึงขนาดเป็นโมฆะ และมาตรา 45 วรรคห้า บัญญัติเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะบางส่วน จึงอาจกล่าวได้ว่า เรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงในประเทศเยอรมนีได้รับการพัฒนาจากทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ

## 3) เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง

ระบบกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีมีทั้งที่เหมือนกันและแตกต่างกัน ทั้งนี้ เนื่องจากประวัติศาสตร์ ความเป็นมา รูปแบบการปกครองประเพณี วัฒนธรรมของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองจึงเป็นเรื่องที่แต่ละประเทศต่างพัฒนาขึ้นเป็นของตนเอง

## 4) การดำเนินการกับคำสั่งทางปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศส ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงจะใช้วิธีการเพิกถอนย้อนหลังไปในอดีตตั้งแต่ต้นเสมือนว่าไม่เคยมีการทำคำสั่งนั้นมาก่อนเลย โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา และไม่ต้องมีเหตุผลประกอบคำสั่งเพิกถอน ส่วนในชั้นศาลบุคคลที่ได้รับการเดือดร้อนจากคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงสามารถฟ้องคดีขอให้ศาลประกาศความไม่มีอยู่ของคำสั่งดังกล่าวได้โดยไม่มีกำหนดอายุความฟ้องคดี ซึ่งศาลจะพิพากษาว่าคำสั่งที่พิพาทเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย

ในประเทศเยอรมนี ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 44 วรรคห้า VwVfG บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเริ่ม

ดำเนินการเองหรือด้วยการร้องขอของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ส่วนในชั้นศาล บุคคลที่เกี่ยวข้องยังมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้พิสูจนหรือประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองได้อีกทางหนึ่ง ตามที่กำหนดใน มาตรา 43 วรรคหนึ่ง ของรัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) ซึ่งการฟ้องคดีประเภทนี้เรียกว่า การฟ้องขอให้พิสูจนสิทธิ คำพิพากษาของศาลจะมีผลเป็นการประกาศให้ทราบหรือเป็นเพียงการรับรองสิทธิเท่านั้น

ดังนั้น จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย ของทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีแล้วเห็นว่า ไม่ว่าจะทั้งสองประเทศดังกล่าวจะมีแนวคิดเบื้องหลัง การพัฒนาแนวคิด เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง และการดำเนินการกับคำสั่งทางปกครองเหมือนหรือต่างกันอย่างไร แต่ท้ายที่สุดแล้วทั้งสองประเทศต่างยอมรับและเห็นตรงกันว่า คำสั่งทางปกครองอาจเกิดเหตุบกพร่องอย่างร้ายแรง เห็นประจักษ์ชัดได้ และเมื่อเป็นเช่นนั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายเลย ซึ่งสามารถสรุปลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงได้ ดังนี้

- 1) เป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องเนื่องจากออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงหรือเห็นประจักษ์ชัด แม้กระทั่งวินิจฉัยชนทั่วไปก็เห็นถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้
- 2) เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ ไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองและบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์สืบเนื่องไปจากผู้นั้นด้วย
- 3) เจ้าหน้าที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และสามารถหิบบกเรื่องความบกพร่องอย่างร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองขึ้นพิจารณาได้เองเมื่อมีผู้ร้องขอโดยไม่มีกำหนดเวลา
- 4) ผู้มีส่วนได้เสียสามารถหิบบกเหตุบกพร่องอย่างร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองนั้นขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ ไม่ถูกจำกัดเรื่องอายุความการฟ้องคดี
- 5) หากปรากฏในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง ศาลปกครองสามารถยกประเด็นเกี่ยวกับความเสียหายหรือไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองขึ้นพิจารณาเองได้
- 6) ศาลปกครองจะใช้การประกาศความเสียหายหรือไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองแทนการเพิกถอนคำสั่ง

สำหรับในประเทศไทย แม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะไม่ได้บัญญัติเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลยไว้ แต่จากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครอง รวมทั้งความเห็นขององค์กรทางกฎหมายที่วินิจฉัยคดี เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา และความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พบว่า

ศาลปกครองยอมรับแนวคิดดังกล่าวมาใช้พิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งเมื่อได้ศึกษาคำวินิจฉัยแล้วพบว่า มีประเด็นที่น่าสนใจศึกษาหลายประการ ได้แก่

ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของเหตุที่ศาลปกครองเห็นว่าทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย จากการศึกษาดังที่กล่าวมาพบว่า เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงตามคำพิพากษามี ดังนี้

1) เหตุอันเกิดจากความไม่ชอบด้วยกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ (1) กรณีเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองปราศจากอำนาจและกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญ เช่น การก้าวล่วงไปใช้อำนาจขององค์กรอื่น และ (2) ในกรณีกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

2) เหตุอันเกิดจากกรณีคำสั่งทางปกครองให้กระทำการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล

3) เหตุอันเกิดจากชอบอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

4) เหตุอันเกิดจากการออกคำสั่งที่ออกโดยข้ามขั้นตอนวิธีพิจารณาทั้งหมดตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ หรือเป็นคำสั่งที่ออกโดยข้ามขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

5) เหตุอันเกิดจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในวัตถุประสงค์อย่างร้ายแรง และขัดแย้ง ได้แก่ มีกลฉ้อฉล มีการกระทำโดยทุจริต มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

6) เหตุอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามแบบอันเป็นสาระสำคัญ

7) เหตุอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกให้แก่ตัวเอง

8) เหตุอันเกิดจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์หรือเรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งกระทำการที่ไม่อาจปฏิบัติได้ในความเป็นจริง หรือกระทำการในสิ่งที่เป็นไปได้

9) เหตุอันเกิดจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่สั่งให้กระทำการอันใดซึ่งเป็นความผิดทางอาญา หรือเป็นผลที่ตามมาจากการกระทำผิดทางอาญา

10) เหตุแห่งความเป็นโมฆะอื่นที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย เป็นต้น

ตัวอย่างแนวคำพิพากษา

1) กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย ยกตัวอย่างเช่น

1.1) เหตุการณ์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 526 / 2554 กรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่กระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งล่วงล้ำเข้าไปสั่งการในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ถือเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความไม่ชอบด้วย

กฎหมายอย่างร้ายแรง รวมทั้งการออกคำสั่งทางปกครองโดยผิดรูปแบบอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วไปกระทบถึงอำนาจของผู้ออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่เป็น การล้วงล้ำอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น

1.2) เหตุตามคำพิพากษาของศาลปกครองนครราชสีมาคดี หมายเลขแดง ที่ 531 / 2552 กรณีหน่วยงานทางปกครองออกประกาศพิพาทโดยไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจในการออกประกาศดังกล่าว และกรณีมีเหตุบกพร่อง เกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ คือ การที่หน่วยงานทางปกครองไม่ได้ส่งร่าง ประกาศพิพาทไปให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อนประกาศในราชกิจจานุเบกษา

1.3) เหตุตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47 / 2546 กรณีหน่วยงานทาง ปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติหลักเรื่องความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่โดยออก คำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ทั้งที่สอบสวนแล้วได้ความว่าเจ้าหน้าที่กระทำโดย ประมาทเลินเล่อธรรมดา มิใช่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทั้งยังไม่ได้ส่งสำนวนให้ กระทรวงการคลังตรวจสอบก่อนออกคำสั่งด้วย ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีที่ศาลนำแนวคิดที่ว่าด้วย คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือน ไม่มีอยู่เลย มาใช้ในการวินิจฉัยคดีนี้มี วัตถุประสงค์เพื่อผ่อนคลายนัยแก่การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งก่อนยื่นคำร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ จาก ถ้อยคำที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าคำสั่งที่มี เหตุบกพร่องอย่างร้ายแรงและชัดเจนนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือน ไม่มีอยู่เลย ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำในทำนองเดียวกับสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส คือ ไม่มีอยู่เลย หรือ เสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองเลย

ดังนั้น เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลก็ได้พิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็น โฆษะ แต่กล่าวในทำนองว่าไม่มีผลบังคับ หรือไม่ปฏิบัติตามไม่เป็นความผิด หรือไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม โดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความยุติธรรม ความมุ่งหมายของ เจตนารมณ์ของกฎหมาย ส่วนที่ศาลปกครองพิพากษาว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่าง ร้ายแรงและชัดเจน ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ก็สืบเนื่องมาจากการออกคำสั่ง โดยฝ่าฝืนหรือมิได้ปฏิบัติตามระเบียบ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด จึงอาจกล่าวได้ว่าที่มา ของหลักความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครองในประเทศไทยน่าจะอยู่บนพื้นฐานของการปฏิบัติ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความยุติธรรม ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย และระเบียบ ขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนดในแนวทางเดียวกับหลักกฎหมายของ ต่างประเทศ คือ ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี โดยมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองปัจเจกชนที่ได้รับ

ความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ รวมทั้งหลักทฤษฎี L' inexistence ของฝรั่งเศสก็มีแนวคิดที่ต้องการแก้ไขปัญหาเรื่องอายุความในการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะนี้ให้มีความชัดเจนขึ้นอีกประการหนึ่งด้วย

ประการที่สอง ผลทางกฎหมายของคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง (โฆษะ) จะต่างออกไปจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายธรรมดา คือ จะไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ สืบเนื่องไปได้ เนื่องจากไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น จึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจกระทำได้อีก ก็ไม่จำเป็นต้องทำการเพิกถอนคำสั่งนั้นอีก รวมทั้งผู้มีส่วนได้เสียจะสามารถหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงของคำสั่งดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างเมื่อใดก็ได้โดยไม่มีอายุความ คือ ไม่ตกอยู่ภายใต้ระยะเวลาของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนฟ้องคดี และในการฟ้องคดีต่อศาลก็ไม่มีอายุความ โดยศาลควรมีคำสั่งหรือประกาศแสดงความเสียหาย หรือพิสูจน์ โฆษะกรรมของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่พิจารณาแล้วปรากฏว่าคำสั่งนั้นมีความบกพร่องอย่างร้ายแรงและชัดเจน ไม่ใช่ถือเป็นดุลพินิจที่จะเลือกมาตรการแสดงความเสียหาย หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง เพราะอาจก่อให้เกิดความสับสนในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งมีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เพียงแต่ผู้ฟ้องคดีต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างกันและศาลเลือกใช้มาตรการในการเยียวยาที่ต่างกัน และในส่วนของกรเยียวยาต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการที่ตนต้องผูกพันหรือปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะไปแล้วก่อนที่จะได้รับรู้ถึงความเป็น โฆษะนั้น ก็อาจนำหลักการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ ในมาตรา 51 และ 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ รวมทั้งนำหลักกฎหมายในเรื่องลางมิควรรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ด้วย เพื่อให้ผู้ที่มีส่วนได้รับการเยียวยาโดยเสียกลับสู่ฐานะเดิม หรือได้รับการค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น

ประการที่สาม ปัญหาการฟ้องคดีต่อศาลและการกำหนดค่าบังคับในกรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เสมือนไม่มีอยู่เลย จากการศึกษาพบว่า การกำหนดค่าบังคับของศาลปกครองในกรณีนี้ยังไม่ตรงกันโดยบางคดีศาลปกครองใช้การประกาศความไม่มีอยู่เลย ในขณะที่บางคดีศาลปกครองใช้การเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง เนื่องจากเห็นว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ได้ให้อำนาจศาลปกครองในการประกาศความไม่มีอยู่เลยได้ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อคำสั่งทางปกครองที่ออกมาเป็น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดแก่ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองและบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์สืบเนื่องไป ผลของการแสดงเจตนาออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จึงย่อมไม่มีอะไรให้ต้องเพิกถอน ศาลจึงควรใช้การประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งดังกล่าวแทน แม้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะบัญญัติให้ศาลมีอำนาจ

กำหนดคำบังคับเพียงให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ศาลเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีนี้ศาลปกครองยังคงสามารถประกาศความไม่มีอยู่เลยของคำสั่งทางปกครองได้ เนื่องจากเป็นไปตามสภาพของเรื่อง ทั้งยังสอดคล้องกับแนวทางการกำหนดคำบังคับของศาลปกครองต่างประเทศที่ได้ศึกษามาด้วย

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อเปรียบเทียบกับผลในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลยของกฎหมายประเทศฝรั่งเศส และหลักกฎหมายเรื่องคำสั่งทางปกครองที่โมฆะของประเทศเยอรมัน ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง คือ ไม่เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการ และองค์กรฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ อีกทั้ง คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงไม่มีทางที่จะเกิดผลบังคับผูกพันขึ้นได้ไม่ว่าเวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใดก็ตาม โดยหลักแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความไม่มีอยู่ของคำสั่งดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ และหากปรากฏว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองพบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างไว้ ศาลปกครองก็อาจยกประเด็นเกี่ยวกับความผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงจนถือว่าไม่มีอยู่เพื่อพิจารณาได้เองและพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้

จากการศึกษาพบว่าเหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองที่มีทั้งเหตุที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ (Substantive) เช่น ขัดต่อกฎหมายโดยชัดเจน ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง บทพร่องในความมีอยู่ของข้อเท็จจริง หรือเหตุจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในวิธีสบัญญัติ (Procedure) เช่น บทพร่องในเรื่องความสามารถของผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองในส่วนผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ คือ ไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการ ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ อีกทั้ง ไม่ว่าเวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใดก็ตามคำสั่งที่เป็นโมฆะนั้นไม่มีทางที่จะเกิดผลบังคับผูกพันขึ้นได้ โดยหลักแล้วผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความไม่มีอยู่ของคำสั่งดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ และหากปรากฏว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองที่คำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรง แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างไว้ ศาลปกครองก็อาจหยิบยกประเด็นเกี่ยวกับความผิดพลาดอย่างชัดเจนและร้ายแรงจนถือเสมือนว่าไม่มีอยู่เลยขึ้นพิจารณาได้เองและพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาที่ได้ศึกษาข้างต้น เมื่อการกำหนดเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมาย การบริหารราชการแผ่นดิน รวมทั้งหลักมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ การกำหนดเหตุดังกล่าวจึงต้องมีความชัดเจน แน่นนอน แต่โดยปัจจุบัน ในประเทศไทย ยังไม่มีบทบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาทั้งในชั้นการพิจารณาเจ้าหน้าที่และในชั้นศาล ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง ผลของคำสั่งดังกล่าว และวิธีการดำเนินการกับคำสั่งนั้น การขอให้ศาลปกครองแต่เพียงองค์กรเดียวเป็นผู้พัฒนาแนวคิดในเรื่องนี้อาจทำให้การพัฒนาแนวคิดดังกล่าวมีความล่าช้าเนื่องจากต้องอาศัยระยะเวลาานพอสมควรกว่าคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องนี้จะเกิดขึ้นเป็นหลักบรรทัดฐาน ซึ่งในระหว่างนั้นก็อาจเกิดปัญหาข้อถกเถียงและการสร้างความสับสนให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและประชาชน เพื่อให้แนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย พัฒนาได้รวดเร็วขึ้น คู่คุ้มครองสิทธิของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าสมควรมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนี้

1) สมควรแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เสมือนไม่มีอยู่เลย (คำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ) แยกต่างหากจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ธรรมดา) ซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้ โดยบัญญัติหลักเกณฑ์ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็น โฆษะ และผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ รวมทั้งวิธีการประกาศความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครอง เช่นเดียวกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศเยอรมนี โดยในส่วนของเหตุของความบกพร่องอย่างร้ายแรงอาจมีการนำเหตุตามคำพิพากษาของศาลปกครองหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ผ่านมาไปบัญญัติไว้เป็นเหตุส่วนหนึ่งด้วย และให้ศาลปกครองเป็นผู้พัฒนาในเหตุอื่น ๆ ต่อไป การแก้ไขปรับปรุงตัวบทกฎหมายดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะได้มีหลักเกณฑ์สำหรับพิจารณาและดำเนินการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะ เพื่อให้ทราบอย่างชัดเจนว่าเหตุใดบ้างที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงถึงขั้นเป็น โฆษะและตนมีอำนาจที่จะจัดการกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้แค่ไหน อย่างไร รวมทั้งศาลปกครองเองจะพิจารณาคดีได้อย่างรวดเร็ว เนื่องจากมีความชัดเจนในเรื่องของเหตุแห่งความบกพร่อง ทั้งยังสามารถปรับกระบวนการพิจารณาให้เหมาะสมกับคดีพิพาทประเภทนี้ ซึ่งผลสุดท้ายก็จะทำให้สิทธิของประชาชนได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่นั่นเอง



2) สมควรแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจในการกำหนดค่าบังคับของศาล โดยเฉพาะในส่วนของ การประกาศความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความมั่นใจในการใช้อำนาจ และเพิ่มเติมในเรื่องรูปแบบของการประกาศความเป็น โฆษะ ให้มีความชัดเจน รวมทั้งปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีให้สอดคล้องกับ ลักษณะของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เช่น ระยะเวลาการฟ้องคดี เนื่องจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่มีผลทางกฎหมายใด ๆ จึงไม่มีทางเกิดผลบังคับผูกพันแก่ผู้รับคำสั่ง ผู้รับคำสั่งจึงย่อมสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้โดยไม่ถูกจำกัดเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี คือ ไม่มีอายุความเป็นต้น

3) กรณีหากมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลนับแต่วันที่คำสั่งมีผลบังคับ (ex - tunc) ว่า ศาลควรอธิบายเพิ่มเติมอย่างชัดเจนว่าคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นคำสั่งที่มีความเสียหายร้ายแรงจะมีผลเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีคำสั่งดังกล่าวมาก่อน เพื่อแสดงให้เห็นว่าคำสั่งประเภทนี้เป็นคำสั่งที่มีลักษณะพิเศษต้องถูกลบล้างผลทางกฎหมายอย่างสิ้นเชิง เพื่อเป็นการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่องความเป็น โฆษะของคำสั่งทางปกครองต่อไปในอนาคต ซึ่งการวางแนวคำพิพากษาดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายปกครองในการพิจารณาออกคำสั่ง เพราะศาลปกครองผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะได้ทราบว่าการออกคำสั่งในลักษณะเช่นใดจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง และไม่ทำการออกคำสั่งที่ขัดกับเหตุผลเหล่านั้น