

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

Legal Problems Involving the Illegality of Administrative Order That is Explicit and Serious Error

อัญชริกา มุลมา¹

Uncharika Moonma

บทคัดย่อ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 วินิจฉัยกรณีหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐชดใช้เงินตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 โดยที่ไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ฯ การออกคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง โดยคำพิพากษาของศาลปกครองนครราชสีมา ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีการนำหลักการเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง (Explicit and Serious Error) ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวมาวินิจฉัยโดยเทียบเคียง แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Void) ไว้แต่อย่างใด มีเพียงบทบัญญัติที่ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegality) เท่านั้น ผู้เขียนจึงทำการศึกษาเพื่อให้ทราบว่าคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงมีเหตุใดบ้าง ที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดชัดแจ้งและร้ายแรงถึงขนาดถือว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น และคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงนั้นมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

¹ รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตมหาวิทยาลัยศรีปทุม, ปัจจุบันทำงานตำแหน่งนิติกร, มหาวิทยาลัยราชภัฏบุรีรัมย์

จากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่า เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองมีทั้งเหตุที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ (Substantive) กล่าวคือการออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และความบกพร่องในความมีอยู่ของข้อเท็จจริง อีกทั้งยังมีเหตุจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ (Procedure) กล่าวคือ บกพร่องในเรื่องความสามารถของผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนผลของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงคือ ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการ ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ อีกทั้งคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงไม่มีทางที่จะเกิดผลบังคับผูกพันขึ้นได้ไม่ว่าเวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใดก็ตาม โดยหลักแล้วผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความไม่มีอยู่ของคำสั่งดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ และหากปรากฏว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองว่าคำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างไว้ ศาลปกครองก็อาจยกประเด็นเกี่ยวกับความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงจนถือว่าไม่มีอยู่ขึ้นพิจารณาได้เอง และพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้

คำสำคัญ: คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย, คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง, ความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง, นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย



Abstract

The judgment of the Supreme Administrative Court, No. Or. 47/2546 in case of government organization issuing administrative order mandating the official who infringes the government organization to compensate pursuant to Section 12 of the Act on Liability for Wrongful Act of Officials, B.E. 2539 (A.D. 1996) without actual infringement or serious negligence of such official pursuant to Section 10 in supporting with Section 9 of the above mentioned act. Such order was thus considered as explicit and serious error and deemed as it was not issued. Judgment of NakhonRatchasima Administrative Court by comment of the Administrative Procedures Committee and comment of the Council of State had applied rules regarding Explicit and Serious Error administrative order according to the judgment of such Supreme Administrative court to comparatively consider the case. Since the Act on Liability for Wrongful Act of Officials, B.E. 2539 (A.D. 1996) had no any provision about explicit and serious error administrative order nor void whatsoever but there is only the provision to repeal those illegality administrative order. The author therefore study to determine that at what extent which the explicit and serious error administrative order would be regarded as administrative order is not issued and what is its legal effect.

From the study and analysis, it is found that cause of explicit and serious administrative order was caused by such order was substantive illegal due to issuance of order that significantly conflict against the law, it was not correspond with other related law and due to the failure of existing fact. In addition, it is also caused by unlawful order in term of its procedure, namely, failure about the ability of the person duly empowered to issue administrative order. Result of explicit and serious error administrative order is it could not reveal any result as required by the issuer. The administrative is thus unable to enforce such administrative order. In addition, such explicit and serious administrative order shall in no way become effective regardless how long of time is lapsed. In principle, the beneficiary may refer the absence of such order at any time and should there is any explicit and serious error administrative order, even it is not referred by the parties, the administrative court may refer it for consideration and judge to indicate invalidity of such order.

Keywords: Illegal Administrative Order, Explicit and Serious ErrorAdministrative Order, Invalid Administrative Order, Illegal Administrative Act

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

องค์กรฝ่ายปกครองมีการใช้คำสั่งทางปกครองเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการบริหารราชการ และคำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนอย่างเป็นรูปธรรมมากที่สุด คำสั่งทางปกครองจึงต้อง อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และมีความจำเป็นที่จะต้องมีการสร้างระบบหรือรูปแบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองขึ้น โดยวิธีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองสามารถทำได้โดย 2 วิธีใหญ่ คือ (1) การควบคุมก่อนการออกคำสั่งทางปกครอง ด้วยการกำหนดขั้นตอนและการขอความเห็นชอบจากหน่วยงานหรือส่วนราชการที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วม หรือการให้สิทธิประชาชนเข้าตรวจสอบ รับรู้ ตลอดจนการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 เป็นต้น และ (2) การควบคุมภายหลังจากการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว เช่น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือการเพิกถอนโดยศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

การออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองนั้น อาจมีการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์เนื่องจากความบกพร่องในรูปแบบหรือวิธีพิจารณา (Procedure) หรือความไม่สมบูรณ์ในเนื้อหา (Substance) ก็ได้ ซึ่งความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองอาจมีตั้งแต่ในเรื่องที่มีระดับความสำคัญมากไปจนถึงเรื่องที่มีความสำคัญน้อย ซึ่งความบกพร่องในเรื่องที่สำคัญน้อยจะไม่ถือว่าทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์ กล่าวคือ มีผลตามปกติของคำสั่งทางปกครองนั้น มีเพียงเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในเรื่องที่สำคัญเท่านั้นที่จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ แต่ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ยังจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท² คือ (1) ประเภทที่ตกเป็นโมฆะ (nullitéabsolue) ซึ่งเสียเปล่าไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น และ (2) ประเภทที่อาจเพิกถอนได้ (nullitérelative) ซึ่งมีผลตามกฎหมายมาตั้งแต่ต้น แต่อาจถูกเพิกถอนภายหลังได้มีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาว่า คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเช่นใดจึงจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และในกรณีใดคำสั่งทางปกครองจะเป็นเพียงคำสั่ง

² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, (2540), กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์), 279.

ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงกับเป็นโมฆะ กล่าวคือ ยังสามารถทำการยกเลิกหรือเพิกถอนได้

ในระบบกฎหมายไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ได้บัญญัติในเรื่อง โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้ มีเพียงบทบัญญัติในลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องไม่ถูกต้องตามความชอบด้วยกฎหมายของสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ แต่ความบกพร่องดังกล่าวไม่ร้ายแรงถึงระดับ โมฆะกรรม กล่าวคือ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ (มาตรา 41)³ เช่น การออกคำสั่งทางปกครองโดยรับฟังข้อเท็จจริงอย่างไม่เพียงพอเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับโมฆียกรรม ซึ่งยังมีผลบังคับตามกฎหมายมิฉะนั้น การบริหารราชการแผ่นดินอาจขาดความมั่นคง ทั้งนี้ความผิดพลาดในทางวิธีพิจารณา ดังกล่าวอาจได้รับการเยียวยาแก้ไข คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวก็จะกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไรก็ตาม แม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้ แต่ได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.47/2546 (ประชุมใหญ่) ที่กล่าวถึงคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงเอาไว้ ดังนี้

กรณีที่ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐชดใช้เงินตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แต่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายต้องการ คือ เจ้าหน้าที่ที่จะต้องกระทำละเมิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ และการกระทำละเมิดนั้น ต้องเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติฯ เดียวกัน จึงจะทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจออกคำสั่งให้ชดใช้เงินได้ ปรากฏว่า ความเสียหายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีมิได้เกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีอำนาจเรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินแก่ผู้ถูกฟ้องคดี ดังนั้น คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจและขัดต่อบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ อย่างชัดแจ้ง ทั้งยังปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้รายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบเรื่องดังกล่าวก่อน

³ มาตรา 41 คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

- (1) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว
- (2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา 37 วรรคหนึ่งถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าว ในภายหลัง
- (3) การรับฟังคู่กรณีที่น่าเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง
- (4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

ตามประกาศกระทรวงการคลัง ลงวันที่ 28 ตุลาคม 2541 ซึ่งกำหนดให้รายงานการกระทำละเมิดที่เกิดจากเหตุทั่วไปและมีจำนวนเกินห้าหมื่นบาท แม้ต่อมาจะมีการแก้ไขจำนวนเงินค่าเสียหายที่กำหนดให้รายงานการกระทรวงการคลังให้สูงขึ้นเป็นหนึ่งแสนบาทก็ตาม ก็ได้มีผลลบถึงการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ตามประกาศกระทรวงการคลัง ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่เห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงินดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเพราะคำสั่งนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว

ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531/2552 ได้วินิจฉัยกรณีกระทรวงอุตสาหกรรมออกประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดท้องที่ที่อนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์และโรงงานสูบน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2534 มิได้ส่งไปให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบก่อนที่จะประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2534 จึงเป็นการออกประกาศฯ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีลักษณะที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกประกาศฯ ดังกล่าว ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฉบับดังกล่าว เพราะประกาศฉบับดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับ ตามกฎหมายอยู่ในตัว ต่อมาได้มีความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 590/2549⁴ ความเห็นคณะกรรมการ วิถีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 268/2552⁵ และความเห็นคณะกรรมการวิถีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 898/2554⁶ ได้มีความเห็นเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงโดยได้นำ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.47/2546 ดังกล่าวมาวินิจฉัยโดยเทียบเคียงเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531/2552

⁴ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 590/2549 วินิจฉัยกรณีสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาออกประกาศเรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากและคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ เป็นการออกประกาศและคำสั่งโดยที่ไม่มีอำนาจประกาศและคำสั่งจึงไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย

⁵ ความเห็นคณะกรรมการวิถีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 268/2552คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีคำวินิจฉัยกรณีการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรีหรือในเขตป่าสงวนแห่งชาติ อันขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ย่อมถือได้ว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้ง จึงทำให้หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ดังกล่าว ไม่มีผลใช้บังคับ

⁶ ความเห็นคณะกรรมการวิถีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 898/2554 เป็นกรณีที่คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) มีมติและประกาศฉบับลงวันที่ 9 มีนาคม 2554 แต่งตั้งบุคคลที่เสียชีวิตแล้วก่อนได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิด้านการเงินการคลังใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา เขต 26 มติและประกาศในส่วนที่แต่งตั้งผู้ตายดังกล่าวจึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลทางกฎหมาย

จากการที่มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2546 วินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงเสมือนไม่มีการออกคำสั่งนั้น และได้มีการนำคำพิพากษาดังกล่าวมาเป็นแนวทาง ในการวินิจฉัยโดยเทียบเคียง ตามคำพิพากษาของศาลปกครองนครราชสีมา ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา และความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังกล่าวข้างต้น ทำให้ผู้เขียนมีความต้องการที่จะศึกษาเพื่อให้ทราบว่า ในระบบกฎหมายปกครองของไทยได้ยอมรับหลักการเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะแล้วหรือไม่ การที่ศาลปกครองใช้คำว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง” นั้นมีผลในทางกฎหมายอย่างไร ถือเสมือนว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะหรือไม่ อย่างไร อีกทั้งมูลเหตุอันนำมาซึ่งคำพิพากษาในคดีนี้ ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ชัดแจ้งและร้ายแรงจริงหรือไม่อย่างไร รวมถึงตลอดถึงปัญหาเกี่ยวกับวิธีการอุทธรณ์โต้แย้งการฟ้องคดีต่อศาล หรือการยืนยันถึงความเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงนั้น โดยใช้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2546 นี้เป็นแนวทางหลักในการศึกษา

1.2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหาและความเป็นมาของปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง
- 2) ศึกษาเพื่อให้ทราบถึงแนวความคิดและหลักการพื้นฐานสำคัญเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงในระบบกฎหมายไทยและศึกษาถึงคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะของกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส
- 3) เพื่อวิเคราะห์ถึงเหตุแห่งการออกคำสั่งทางปกครองที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง และผลทางกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว
- 4) เพื่อหาข้อสรุปและข้อเสนอจากการวิเคราะห์คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงตามแนวของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 ที่ได้วินิจฉัยกรณีหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งทางปกครอง ให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐชดใช้เงินตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยที่ไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติฯ เดียวกัน การออกคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงในทางกฎหมายจึงถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาลปกครองนครราชสีมา ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีการนำหลักการเรื่องคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการวินิจฉัยโดยเทียบเคียง แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง หรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้แต่ประการใด มีเพียงบทบัญญัติที่ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น การที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในกรณีดังกล่าวว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง จนถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นการใช้หลักการและแนวคิดตามหลักกฎหมายของต่างประเทศในการวินิจฉัย

1.4. วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้ เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร ด้วยวิธีการศึกษาค้นคว้า และรวบรวมเอกสารทั้งเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ หนังสือ วิทยานิพนธ์ วารสาร บทบัญญัติของกฎหมาย บทความ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด และเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อวิเคราะห์คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

1.5. ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงแนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง การกระทำทางปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พิเคราะห์เปรียบเทียบกับแนวคิดของต่างประเทศโดยศึกษากรณีกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส ศึกษาถึงกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ คือ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ศึกษาและวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ว่าศาลปกครองสูงสุดใช้หลักกฎหมายใดในการวินิจฉัย ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดชัดแจ้งและร้ายแรงเป็นอย่างไร ตลอดจนปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับระยะเวลาอุทธรณ์และระยะเวลาในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

1.6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

- 1) ทำให้เข้าใจถึงสภาพปัญหาและความเป็นมาของปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง
- 2) ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและหลักการพื้นฐานสำคัญเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงในระบบกฎหมายไทยและทราบถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะของกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส
- 3) ทำให้ทราบถึงเหตุแห่งการออกคำสั่งทางปกครองที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง และผลทางกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว
- 4) ทำให้ได้ข้อสรุปและข้อเสนอจากการวิเคราะห์คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงตามแนวของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

2. แนวความคิด และหลักการเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

แนวความคิด และหลักการที่เกี่ยวข้องในการศึกษาเพื่อการใช้และการวิเคราะห์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง ที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง มีดังนี้

2.1 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่หากพบว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายคำสั่งทางปกครองนั้นก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องซึ่งความบกพร่องนั้นจะส่งผลต่อคำสั่งทางปกครองในหลายลักษณะด้วยกันแต่โดยปกติแล้วคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์หรือคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่อง นั้นจะถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจถูกเพิกถอนโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจได้

การพิจารณาถึงเงื่อนไข (Condition) ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถแบ่งการพิจารณาได้เป็นสองประการประการแรก พิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองทางเนื้อหาและประการที่สอง พิจารณาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบ

2.1.1 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหา

การพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางเนื้อหา คือการพิจารณาถึงตัวเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่าออกมาโดยสอดคล้องกับเงื่อนไขตามกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติไว้หรือออกมาโดยสอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในบ้านเมืองหรือไม่โดยต้องมีเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

1) ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง

2) ความมีอำนาจของฝ่ายปกครองในการใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือดำเนินการ

3) ความสอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับ

4) ความถูกต้องของการใช้ดุลพินิจ

5) ความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหา

6) ความสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

2.1.2 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบ

การพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง นอกเหนือจากการพิจารณาถึงตัวเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้วยังต้องพิจารณาไปถึงกระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองหรือที่เรียกกันว่าเงื่อนไข

ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบด้วยว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์กระบวนการและรูปแบบในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นกำหนดขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์หลักสองประการ คือประการแรก เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเช่นเรื่องการให้เหตุผล (The reason) หลักเกณฑ์เรื่องความเป็นกลาง (impartiality) การรับฟังความทุกฝ่าย (Hearing all parties) ประการที่สอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองอยู่ในสภาพหรือฐานะที่จะพิจารณาสั่งการได้ดีเช่นการกำหนดหน้าที่ให้ต้องหาหรือขอความเห็นชอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องซึ่งจะมีผลให้ฝ่ายปกครองสั่งการโดยรู้ข้อเท็จจริงและตัดสินใจได้อย่างรอบคอบยิ่งขึ้นอันจะเป็นผลดีแก่ประชาชนด้วย⁷

โดยปกติแล้วการที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบย่อมส่งผลให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำนองเดียวกับความบกพร่องหรือความผิดพลาดในทางเนื้อหาแต่อาจมีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของความบกพร่องในทางรูปแบบไว้เป็นอย่างอื่นเช่นในกรณีคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้จัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งไว้ในคำสั่งทางปกครองแม้ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องแต่ความบกพร่องดังกล่าวก็ไม่กระทบกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองกฎหมายกำหนดแต่เพียงให้ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งขยายออกไปเป็นหนึ่งปีเท่านั้นโดยเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในทางรูปแบบมีดังนี้

- 1) อำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครอง
- 2) กระบวนการขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง
- 3) ระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครอง
- 4) แบบของคำสั่งทางปกครอง
- 5) การแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง
- 6) การจัดแจ้งสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

2.2 นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะในระบบกฎหมายต่างประเทศ

2.2.1 นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะในระบบกฎหมายเยอรมัน

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสหพันธ์รัฐ (Verwaltungsverfahrensgesetz : VwVfG) ค.ศ. 1976 ได้บัญญัติเรื่องโมฆะกรรมของนิติกรรมทางปกครองไว้ในบทบัญญัติมาตรา 44 ดังนี้⁸

⁷ ฤทัย หงส์ศิริ, (2540), **นิติกรรมทางปกครอง: หนังสือคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง**, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), 285.

⁸ กมลชัย รัตนสากววงศ์, (2544), **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**, (กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 167.

1) บทบัญญัติทั่วไปของนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะ

บทบัญญัติมาตรา 44 วรรคหนึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป (allgemeine Bestimmung) บัญญัติว่านิติกรรมทางปกครองเป็นโมฆะเมื่อมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเป็นที่ทราบกันอย่างแจ่มชัด (besondersschwerwiegende Fehler und dung) ความผิดพลาดอย่างร้ายแรงนี้อาจเป็นความผิดพลาดทางกฎหมายวิธีสบัญญัติก็ได้ แต่จะต้องเป็นความผิดพลาดที่เห็นได้อย่างเด่นชัด (auf der Stirntragen) แม้แต่วิชญชนที่ไม่ได้มีการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่า เป็นนิติกรรมที่ผิดพลาดอย่างแจ่มชัด⁹ เหตุผลทางทฤษฎีที่บัญญัติให้นิติกรรมทางปกครองที่มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและแจ่มชัดให้เป็นโมฆะนั้น มาจากผลของหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (das Prinzip der Rechtssicherheit) หลักกฎหมายนี้มีมูลบทที่ว่านิติกรรมทางปกครองออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแม้จะมีข้อผิดพลาด ผู้รับนิติกรรมทางปกครองย่อมไม่อาจรู้แน่ชัดได้ จึงต้องถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลบังคับเสมอ ผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่ไม่เห็นด้วยก็มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านได้ เพื่อประโยชน์ความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชน ดังนั้น หากความผิดพลาดของนิติกรรมทางปกครองมีความร้ายแรงและแจ่มชัดถึงขนาดวิชญชนทั่วไปวินิจฉัยได้เอง ประกอบกับหลักความยุติธรรมโดยเนื้อหาแล้ว (das Prinzip materiellen Gerechtigkeit) ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับสภาพบังคับของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว จึงเกิดหลักโมฆะกรรมของนิติกรรมทางปกครองขึ้น

2) เหตุแห่งความเป็นโมฆะของนิติกรรมทางปกครอง

บทบัญญัติมาตรา 44 วรรคสองเป็นบทบัญญัติถึงเหตุแห่งโมฆะกรรมในแต่ละเรื่อง (Bestimmung in einzelnen, die absoluten Nichtigkeitsgründe) เหตุแห่งโมฆะกรรมตามมาตรา 44 วรรคสองมีดังนี้

2.1) นิติกรรมทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่อาจทราบได้ว่าออกโดยส่วนราชการฝ่ายปกครองใด หรือหน่วยงานของรัฐหน่วยใด

2.2) นิติกรรมทางปกครองจะสมบูรณ์เมื่อมีพิธีการมอบเอกสารสำคัญให้ (durch Aushändigung einer Urkunde) ในกรณีที่ไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้ตามพิธีการนั้น การออกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ยังไม่สมบูรณ์ ยังไม่มีผลบังคับ

2.3) นิติกรรมทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองนั้น (die örtliche Zuständigkeit) และเป็นกิจการที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเกี่ยวกับการควบคุมอาคารในเขตท้องที่ A ไปออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร หรือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองในเขตท้องที่ B ใบอนุญาตและคำสั่งดังกล่าว

⁹ H.Meyer and H. Borgs-Maciejowski, (1982), *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, (Germany: Frankfurt am Main : A. Metzner), 380.

ยอมตกเป็นโมฆะ แต่ถ้าเป็นกิจการอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ โบราณวัตถุและคำสั่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นก็ได้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด

2.4) นิติกรรมทางปกครองที่สั่งให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งด้วยเหตุผลทางข้อเท็จจริงแล้วไม่อาจปฏิบัติได้ (objektivetsächliche Unmöglichkeit) นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจึงไม่มีสภาพบังคับแต่อย่างใด และด้วยเหตุนี้จึงให้เป็นโมฆะ

2.5) นิติกรรมทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันผิดกฎหมาย ซึ่งหากผู้รับนิติกรรมทางปกครองปฏิบัติตามแล้ว ตนอาจจะต้องรับโทษทางอาญา (Strafe) หรืออาจจะต้องถูกปรับทางปกครอง (Bussgeld)

2.6) นิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (guteSitten)

2.2.2 นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักว่าคำสั่งทางปกครองประเภทที่เป็นโมฆะ (acte inexistent) นั้น ไม่มีผล มาแต่เริ่มแรก และผู้ใดก็ยกขึ้นกล่าวอ้างได้ไม่ว่าจะโดยเอกชน ฝ่ายปกครอง หรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง โดยไม่ต้องนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นแต่ฟ้องแสดงความไม่พอใจของคำสั่งดังกล่าวเท่านั้น และยกขึ้นเมื่อใดก็ได้โดยไม่มีอายุความเพราะเป็นสิ่งที่ไม่มีอยู่ตามความเป็นจริง¹⁰ แต่คำสั่งทางปกครองลักษณะอย่างใดจึงเป็นโมฆะ ในทางตำรายอมรับว่าเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและไม่มีแน่นอนอย่างมาก¹¹ เท่าที่เป็นมาสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศส (Conseil d' État) เคยวินิจฉัยให้คำสั่งทางปกครองดังต่อไปนี้เป็นโมฆะ¹²

- 1) เป็นคำสั่งขององค์กรซึ่งไม่มีอยู่จริงโดยทางกฎหมาย
- 2) เป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่บังคับแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำไปเพื่อเจตนาประสงค์ร้ายเป็นการส่วนตัวโดยแท้ (voie de fait) มิได้เป็นไปตามอำนาจทางปกครองที่ให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่นั้น
- 3) เป็นกรณีที่องค์กรซึ่งมีเฉพาะอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เท่านั้น แต่ไปออกคำสั่งในเรื่องที่เป็น คำสั่งทางตุลาการ
- 4) เป็นการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งมิใช่เพื่อให้ทำงานตามหน้าที่ แต่เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากตำแหน่งนั้นเท่านั้น
- 5) เป็นการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานทั้งที่เจ้าหน้าที่นั้นพ้นกำหนดที่ต้องทำหน้าที่นั้นแล้ว

¹⁰ RenéChapus, (1988), *Droit administratif général*, Tome I. 12^e édition, (Paris: Montchrestien), 632-633.

¹¹ Georges Vedel et Pierre Delvolvé, (1992), *Droit administratif*, 12^e édition, (Paris: Presses Universitaires de France), 263.

¹² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, 281.

3. ผลการวิจัย

จากการศึกษาและวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองนครราชสีมา ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา และความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ที่ได้มีการวินิจฉัยกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น สรุปผลการศึกษาได้ ดังนี้

3.1 เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์อาจเป็นเพราะบกพร่องในรูปแบบหรือวิธีพิจารณา (Procedure) หรือไม่สมบูรณ์ในเนื้อหา (Substance) ก็ได้ ซึ่งความบกพร่องอาจมีตั้งแต่ในเรื่องที่สำคัญมากไปจนถึงเรื่องที่สำคัญน้อย ความบกพร่องในเรื่องที่สำคัญน้อยจะไม่ถือว่าทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์ กล่าวคือ มีผลตามปกติของคำสั่งทางปกครองนั้น เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องที่สำคัญเท่านั้นที่จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹³ และทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ แต่ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ยังจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) ประเภทโมฆะ (nullité absolue) ซึ่งเสียเปล่าไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น และ (2) ประเภทที่อาจเพิกถอนได้ (nullité relative) ซึ่งมีผลตามกฎหมายมาตั้งแต่ต้นแต่อาจถูกเพิกถอนภายหลังได้

จากการศึกษาและวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดและความเห็นเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง สรุปผลศึกษาได้ดังนี้

3.1.1. เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2546

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำการละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐชุดใช้เงินตามมาตรา 12¹⁴ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยไม่ปรากฏว่าการกระทำการละเมิดของผู้ฟ้องคดีนั้นเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

¹³ เรื่องเดียวกัน, 279.

¹⁴ มาตรา 12 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา 8 หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำการละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 10 ประกอบกับมาตรา 8 ให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด

ตามมาตรา 8¹⁵ และมาตรา 10¹⁶ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดฯ ดังกล่าว การออกคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 อย่างชัดเจน การออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติและการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีการรายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบนั้นเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ

3.1.2 เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของนิติกรรมทางปกครองตามคำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531/2552

ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง กำหนดท้องที่ที่อนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์ และโรงงานสูบน้ำหรือน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2534 ก่อนการประกาศในราชกิจจานุเบกษาไม่ได้ส่งไปให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบตามที่ได้ระบุไว้ในประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมดังกล่าว ตามข้อกำหนดในมาตรา 33¹⁷ แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของประกาศฯ ดังกล่าวเกิดขึ้นจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ บกพร่องในเรื่องความสามารถของผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากในกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจออกประกาศดังกล่าวได้ต่อเมื่อได้รับการพิจารณาจากคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ

¹⁵ มาตรา 8 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ฯลฯ ฯลฯ

ในกรณีที่การละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่หลายคน มิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับและเจ้าหน้าที่แต่ละคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น

¹⁶ มาตรา 10 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้นอยู่ในสังกัดหรือไม่ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้นำบทบัญญัติมาตรา 8 มาใช้บังคับโดยอนุโลมแต่ถ้ามิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ฯลฯ ฯลฯ

¹⁷ พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 มาตรา 33 เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศให้รัฐมนตรีมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังต่อไปนี้

มาตรา 32 เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ความมั่นคง ความปลอดภัยของประเทศหรือของสาธารณชน ให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) กำหนดจำนวนโรงงานแต่ละประเภทหรือชนิดที่จะอนุญาตให้ตั้งหรือขยายหรือที่จะไม่อนุญาตให้ตั้งหรือขยายในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง

ฯลฯ ฯลฯ

ก่อนเพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจในการออกคำสั่ง ทางปกครองของกระทรวงอุตสาหกรรม การออกประกาศฯ อันเป็นคำสั่งทางปกครองโดยมิได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีอำนาจจะกระทำการได้

3.1.3 เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของนิติกรรมทางปกครอง ตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีจที่ 590/2549

การที่คณะกรรมการว่าด้วยฉลากไม่มีอำนาจที่จะกำหนดให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ซึ่งถือเป็นอาหารให้เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่คณะกรรมการว่าด้วยฉลากได้มอบอำนาจ ให้เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอาหารเป็นผู้ออก ประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็น สินค้าที่ควบคุมฉลาก ลงวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2549 และคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหาร และยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ลงวันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2549 การออกประกาศและคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการออกนิติกรรม ทางปกครองโดยที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจ ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของการมอบอำนาจ ที่ผู้มอบอำนาจจักต้องมีอำนาจดำเนินการในเรื่องนั้นเสียก่อนจึงจะมอบอำนาจนั้นไปยังผู้รับมอบ อำนาจได้ เหตุของการออกประกาศและคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย ในความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 590/2549 นี้ คือ ผู้ออกนิติกรรมทางปกครอง ได้ออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุสภาพภายนอกนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากมีความบกพร่องในเรื่องความสามารถในการออกนิติกรรมทางปกครอง หรือเป็นนิติกรรม ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติในเรื่องเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจในเนื้อหา ของเรื่องนั้น

3.1.4 เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครอง ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 268/2552¹⁸

เหตุแห่งความบกพร่องอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองตามความเห็น คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 268/2552 เป็นกรณีที่ออกหนังสือรับรอง การทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายคือ ประมวลกฎหมายที่ดิน และ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 อย่างชัดแจ้ง จึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครองในเรื่องความบกพร่องในข้อกฎหมาย หรือ

¹⁸ โปรดดู บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ผลใช้บังคับของคำสั่งทางปกครอง (หนังสือรับรองการ ทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.)) ที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เรื่องเสรีจที่ 268/2552)

เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

3.1.5 เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองตามความเห็นคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 898/2554

เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครอง ตามความเห็นคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 898/2554 เป็นกรณีที่คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา (ก.ค.ศ.) มีมติและประกาศฉบับลงวันที่ 9 มีนาคม 2554 แต่งตั้งนาย ป. เป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิด้านการเงินการคลังใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา เขต 26 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 21วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 แต่นาย ป. เสียชีวิตก่อนได้รับการแต่งตั้งเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2554 ย่อมมีผลทำให้สภาพบุคคลของนาย ป. สิ้นสุดลงด้วยความตายตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว มติและประกาศในส่วนที่แต่งตั้งผู้ตายดังกล่าวจึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสาระของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากความบกพร่องในความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริง อันเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดโดยชัดแจ้งและร้ายแรง

กล่าวโดยสรุป เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครอง มีทั้งเหตุที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ เนื่องจากออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง¹⁹ เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง²⁰ และเนื่องจากความบกพร่องในความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริง²¹ อีกทั้งยังมีเหตุจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติ คือ บกพร่องในเรื่องความสามารถของผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง²²

3.2 ผลของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของ

ในระบบกฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นโมฆะไว้ แต่ประการใด จากการศึกษาและวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 47/2546 คำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531/2552 ความเห็น

¹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.47/2546

²⁰ โปรดดู บันทึกคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ผลใช้บังคับของคำสั่งทางปกครอง (หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เรื่องเสร็จที่ 268/2552)

²¹ โปรดดู บันทึกคณะกรรมการวิปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การแต่งตั้งบุคคลที่เสียชีวิตแล้วเป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใน อ.ก.ค.ศ. (เรื่องเสร็จที่ 898/2554)

²² คำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531/2552 , ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 590/2549

คณะกรรมการการทฤษฎีการ เรื่องเสร็จที่ 590/2549 ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 268/2552 และความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 898/2554 ที่ได้วินิจฉัยถึงผลของการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง สรุปได้ดังนี้

3.2.1 ผลของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.47/2546

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ชุดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดโดยไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และไม่มีการรายงานกระทรวงการคลังเพื่อตรวจสอบเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะผิดพลาด อย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลดังนี้

1) ถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เพราะคำสั่งนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว

2) คำสั่งดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อนฟ้องศาลปกครอง เนื่องจากถือเสมือนว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง แต่เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการนำคดีมาฟ้องต่อศาลอื่นเนื่องมาจากความเข้าใจผิดเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว คู่กรณีควรที่จะยื่นอุทธรณ์ตามมาตรา 44²³ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือที่กฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อน

3) การวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองใดที่จะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงนั้น เป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัย

4) ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีระงับการกระทำเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีชุดใช้เงินแก่ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งมีผลเท่ากับว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชุดใช้เงินให้กับผู้ถูกฟ้องคดี และไม่อาจบังคับการใดให้ ผู้ฟ้องคดีชุดใช้เงินให้กับผู้ถูกฟ้องคดีได้

เมื่อพิจารณาถึงผลของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงตามคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นแล้วมีความเห็นว่า แม้ศาลปกครองสูงสุด จะได้วินิจฉัยอย่างชัดแจ้งว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงนั้น เป็นโมฆะ แต่ด้วยความร้ายแรงของข้อผิดพลาดบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น ส่งผลให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามเนื่องจากถือว่าไม่มีผลบังคับ ซึ่งผลทางกฎหมายของคำสั่ง

²³ มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีความหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงเช่นว่านี้มีลักษณะเป็นอย่างเดียวกันกับผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่ตามแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส (Conseil d'État)

3.2.2 ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงตามคำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา คดีหมายเลขแดงที่ 531/2552

กรณีการออกประกาศประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่องกำหนดท้องที่ที่อนุญาตให้ตั้งโรงงานทำเกลือสินเธาว์และโรงงานสูบน้ำหรือน้ำน้ำเกลือขึ้นมาจากใต้ดิน โดยมีได้ส่งไปให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบก่อนที่จะประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา เป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่มาตรา 33 (1) แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 ได้กำหนดไว้ จึงเป็นการออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีลักษณะที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ซึ่งถือเสมือนว่าไม่มีการออกประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฯ ฉบับนั้นศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเพราะนิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว

การที่ศาลปกครองถือเสมือนว่าไม่มีการออกประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฯ ดังกล่าวนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กระทรวงอุตสาหกรรมซึ่งเป็นหน่วยงานที่ออกนิติกรรมทางปกครองนั้นควรจะต้องถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2534²⁴ กล่าวคือ กระทรวงอุตสาหกรรมผู้เป็นหน่วยงานที่ออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป ควรดำเนินการลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบว่าเป็นประกาศฯ ฉบับดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย และในกรณีนี้มิใช่เป็นการประกาศเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง²⁵ และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ผู้รับนิติกรรมทางปกครองแม้มิได้เป็นคู่กรณีในคดีนี้ก็สามารถรับทราบได้ถึงความไม่มีอยู่ของประกาศฯ และไม่ต้องปฏิบัติตามประกาศฯ ดังกล่าว

²⁴ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2534 กำหนดว่า

“บรรดากฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน หรือการตีความกฎหมาย หรือกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ที่มีอำนาจได้วินิจฉัยไว้ บรรดาที่มีผลเป็นการทั่วไปสำหรับใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา หรือสั่งการตามคำขอของประชาชนนั้น ให้ส่วนราชการที่เป็นผู้ออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งดำเนินการประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้ส่วนราชการที่ออก หรือใช้กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือหนังสือเวียน หรือผลการตีความนั้น เป็นหลักในการพิจารณาหรือสั่งการดำเนินการรวบรวมเอกสารดังกล่าวไว้ ณ หน่วยที่รับคำขอ เพื่อให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องตรวจสอบได้ ...”

²⁵ เนื่องจากประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมฯ ดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่แรก จึงมิใช่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลตามกฎหมายมาตั้งแต่แรก แต่ถูกเพิกถอนได้ในภายหลังโดยศาลปกครอง ตามมาตรา 42 ประกอบมาตรา 72 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

3.2.3 ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีที่ 590/2549

ผลทางกฎหมายของการที่คณะกรรมการการว่าด้วยฉลากไม่มีอำนาจที่จะกำหนดให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ซึ่งถือเป็นอาหารให้เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แต่คณะกรรมการการว่าด้วยฉลากได้มอบอำนาจให้เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอาหารเป็นผู้ออกประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก ลงวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2549 และคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ลงวันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2549 การออกประกาศและคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย

สำหรับแนวทางปฏิบัติของคณะกรรมการอาหารและยาซึ่งเป็นหน่วยงานฝ่ายปกครองที่ออกนิติกรรม ทางปกครองโดยผิดพลาดอย่างชัดแจ้งนี้ ควรต้องถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2534 เนื่องจากประกาศสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เรื่อง ให้เครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก ลงวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2549 และคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา ที่ 504/2549 เรื่อง ห้ามการโฆษณาเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ ลงวันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2549 ดังกล่าว เป็นประกาศและคำสั่งที่มีผลเป็นการทั่วไป คณะกรรมการอาหารและยาจึงควรดำเนินการลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบวาประกาศฯ และคำสั่งฯ ฉบับดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว บุคคลทั่วไปก็สามารถรับทราบได้ถึงความไม่มีอยู่ของประกาศฯ และคำสั่งฯ และไม่ต้องปฏิบัติตามประกาศฯ และคำสั่งดังกล่าวอีกต่อไป

3.2.4 ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีที่ 268/2552

กรณีมีการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรีหรือ ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ อันขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ย่อมถือได้ว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้ง จึงทำให้หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายและไม่มีผลผูกพันกรมป่าไม้ในการพิจารณาขออนุญาตทำไม้หวงห้ามตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 หรือขออนุญาตทำไม้ตามพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535 แต่อย่างใด

คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงนี้ มีผลทางกฎหมาย คือ ถือเสมือนว่าไม่มีการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ดังกล่าว ศาลปกครองจึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนหนังสือรับรองการทำประโยชน์ดังกล่าว เพราะหนังสือรับรองการทำประโยชน์

นั้นย่อมไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอยู่ในตัว บุคคลผู้เป็นเจ้าของหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) แม้ว่าหนังสือรับรองการทำประโยชน์เป็นเอกสารมหาชน ย่อมไม่อาจอ้างเอาประโยชน์ใดๆ จากหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ได้ และจะใช้หนังสือรับรอง การทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ดังกล่าว ยันต่อบุคคลใดก็ได้เช่นกัน

3.2.5 ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสรีจที่ 898/2554

การที่ ก.ค.ศ. มีมติและประกาศฉบับลงวันที่ 9 มีนาคม 2554 แต่งตั้งนาย ป. เป็นอนุกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิด้านการเงินการคลังใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา เขต 26 โดยอาศัย อำนาจตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 แต่นาย ป. เสียชีวิตก่อนได้รับการแต่งตั้งเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2554 ย่อมมีผลทำให้สภาพบุคคลของนายประจิตต์ ดาวเรือง สิ้นสุดลงด้วยความตายตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว มติและประกาศในส่วนที่แต่งตั้งผู้ตายดังกล่าวจึงไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้มีข้อเสนอในทางปฏิบัติให้แก่หน่วยงานทางปกครองว่า ในทางปฏิบัติเพื่อเป็นหลักฐานว่ามติและประกาศแต่งตั้งนาย ป. เป็นอนุกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิด้านการเงินการคลังใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษา เขต 26 เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลทางกฎหมายในส่วนที่แต่งตั้ง นาย ป. จึงต้องออกประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไปว่าคำสั่งแต่งตั้งในส่วนของนาย ป. ถึงแก่ความตายก่อนที่จะมีคำสั่งแต่งตั้ง

กล่าวโดยสรุป ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง คือไม่เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการ เมื่อคำสั่งทางปกครอง ดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการแล้ว องค์การฝ่าย ปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ อีกทั้ง คำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงไม่มีทางที่จะเกิดผลบังคับผูกพันขึ้นได้ไม่ว่า เวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใดก็ตาม โดยหลักแล้วผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความไม่มีอยู่ของ คำสั่งดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ และหากปรากฏว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีปกครอง พบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างไว้ ศาลปกครองก็อาจยกประเด็นเกี่ยวกับความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงจนถือว่าไม่มีอยู่ ขึ้นพิจารณาได้เอง และพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ดังนั้น ผู้เขียน จึงมีความเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงจึงมีผล ทางกฎหมายเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะตามบทบัญญัติมาตรา 43 ประกอบ มาตรา 44 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverf ahrensgesetz: VwVfg) ในระบบกฎหมายเยอรมัน และคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่ (L'inexistence) ตามแนวคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศส (Conseil d'État) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

4. บทสรุป

จากการศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง และร้ายแรงเสมือนไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้นหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะนั้น พบว่าในระบบกฎหมายเยอรมันมีกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25 Mai 1976)²⁶ ได้บัญญัติเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า ได้แก่ กรณีคำสั่งทางปกครองออกโดยผิดพลาดอย่างเห็นได้ชัด แม้แต่วิญญาณที่ไม่ได้ศึกษากฎหมายก็เห็นได้ว่าการผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง หรือกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ทราบหน่วยงานใดเป็นผู้ออก หรือกรณีคำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจ เป็นต้นและในกฎหมายเยอรมันจะมีหลักเกณฑ์อย่างอื่นอีก โดยการตีความของศาลปกครอง เช่น คำสั่งทางปกครองที่เนื้อหาสาระไม่มีความชัดเจนว่าประสงค์ให้ปฏิบัติอะไร (vagueness)²⁷

ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสมีหลักว่าคำสั่งทางปกครองประเภทที่เป็นโมฆะ (acte inexistent) นั้น ไม่มีผล มาแต่เริ่มแรก และผู้ใดก็ยกขึ้นกล่าวอ้างได้ ไม่ว่าจะโดยเอกชน ฝ่ายปกครอง หรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง โดยไม่ต้องนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นแต่ฟ้องแสดง ความไม่มีอยู่ของคำสั่งดังกล่าวเท่านั้น และยกขึ้นเมื่อใดก็ได้โดยไม่มีอายุความเพราะเป็นสิ่งที่ไม่มีอยู่ตามความเป็นจริง แต่คำสั่งทางปกครองลักษณะอย่างใดจึงเป็นโมฆะ ในทางตำรายอมรับว่าเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและไม่มีความแน่นอนอย่างมาก เท่าที่เป็นมาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศส (Conseil d'État) เคยวินิจฉัยให้คำสั่งทางปกครองดังต่อไปนี้เป็นโมฆะ²⁸

- 1) เป็นคำสั่งขององค์กรซึ่งไม่มีอยู่จริงโดยทางกฎหมาย
- 2) เป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่บังคับแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำไปเพื่อเจตนาประสงค์ร้ายเป็นการส่วนตัวโดยแท้ (voie de fait) มิได้เป็นไปตามอำนาจทางปกครองที่ให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่นั้น
- 3) เป็นกรณีที่องค์กรซึ่งมีเฉพาะอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เท่านั้น แต่ไปออกคำสั่งในเรื่องที่เป็นคำสั่งทางตุลาการ
- 4) เป็นการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งมิใช่เพื่อให้ทำงานตามหน้าที่ แต่เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากตำแหน่งนั้นเท่านั้น

²⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, 185.

²⁷ Mahendra Pal Singh, (1985), *German administrative law in common law perspective*, (New York: Springer-Verlag), 78-79.

²⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, 281.

5) เป็นการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานทั้งที่เจ้าหน้าที่นั้นพ้นกำหนดที่ต้องทำหน้าที่นั้นแล้ว

ในขณะที่ประเทศไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ได้บัญญัติในเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้ มีเพียงบทบัญญัติในลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่อง ไม่ถูกต้องตามความชอบด้วยกฎหมายของสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติแต่ความบกพร่องดังกล่าวไม่ร้ายแรงถึงระดับโมฆะกรรม กล่าวคือ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ (มาตรา 41) เช่น การออกคำสั่งทางปกครองโดยรับฟังข้อเท็จจริงอย่างไม่เพียงพอ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับโมฆะกรรมซึ่งยังมีผลบังคับตามกฎหมาย มิฉะนั้น การบริหารราชการแผ่นดินอาจขาดความมั่นคง ทั้งนี้ ความผิดพลาดในทางวิธีพิจารณาดังกล่าวอาจได้รับการเยียวยาแก้ไข คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวก็จะกลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่า เหตุแห่งความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองมีทั้งเหตุที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ (Substantive) กล่าวคือเนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง เนื่องจากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และเนื่องจากความบกพร่องในความมีอยู่ของข้อเท็จจริง อีกทั้งยังมีเหตุจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติ (Procedure) กล่าวคือ บกพร่องในเรื่องความสามารถของผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนผลของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง คือ ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายดังที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการ ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ อีกทั้งคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงไม่มีทางที่จะเกิดผลบังคับผูกพันขึ้นได้ไม่ว่าเวลาจะล่วงเลยไปนานเพียงใดก็ตาม โดยหลักแล้วผู้มีส่วนได้เสียอาจหยิบยกความไม่มีอยู่ของคำสั่งดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอ และหากปรากฏว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองว่าคำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง แม้คู่กรณีจะไม่ได้กล่าวอ้างไว้ ศาลปกครองก็อาจยกประเด็นเกี่ยวกับความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงจนถือว่าไม่มีอยู่ขึ้นพิจารณาได้เอง และพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นได้

5. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงถึงขนาดเป็นโมฆะให้ชัดเจน โดยแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ ดังนี้

1.เพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ส่วนที่ 6/1

โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง

มาตรา 53/1 คำสั่งทางปกครองย่อมตกเป็นโมฆะ เมื่อมีการออกคำสั่งโดยมีข้อบกพร่องที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

คำสั่งทางปกครองย่อมตกเป็นโมฆะ หากความบกพร่องในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นความบกพร่องในกรณี ดังต่อไปนี้

(1) คำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกมาเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏในหนังสือว่าหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

(2) คำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกมาโดยฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนด

(3) คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งกระทำการที่ไม่อาจปฏิบัติได้ในความเป็นจริง

(4) คำสั่งทางปกครองนั้นเรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งกระทำการอื่นไม่ชอบด้วยกฎหมายและจะส่งผลให้ผู้รับคำสั่งได้รับโทษในทางอาญา

(5) คำสั่งทางปกครองนั้นมีเนื้อหาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

มาตรา 53/2 คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ย่อมเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น และไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมาย และไม่อาจแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครองนั้นให้สมบูรณ์ได้

มาตรา 53/3 คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งจะยกความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้น ขึ้นกล่าวอ้างเมื่อใดก็ได้

2. แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้

(2.1) เพิ่มเติม (7) ในบทบัญญัติมาตรา 9 โดยใช้ข้อความดังนี้

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

๗๑๙ ๗๑๙

(7) คดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องขอให้ศาลปกครองยืนยันความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ ที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง

๗๑๙ ๗๑๙

(2.2) เพิ่มเติม มาตรา 42/1 โดยใช้ข้อความดังนี้

มาตรา 42/1 ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องขอให้ศาลปกครองยืนยันความเป็นโมฆะหรือความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองดังเช่นคำสั่งทางปกครองที่สามารถเพิกถอนได้

(2.3) เพิ่มเติม มาตรา 51/1 โดยใช้ข้อความดังนี้

มาตรา 51/1 การฟ้องขอให้ศาลปกครองยืนยันความเป็นโมฆะหรือความเสียหายของคำสั่งทางปกครองหรือกฎ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (7) นั้น ไม่มีการกำหนดอายุความในการฟ้องคดี

(2.4) เพิ่มเติม (6) ในบทบัญญัติมาตรา 72 โดยใช้ข้อความดังนี้

มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

ฯลฯ ฯลฯ

(6) สั่งยืนยันความเป็นโมฆะหรือความเสียหายของคำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครอง หรือ กฎที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (7)

ฯลฯ ฯลฯ

(2.5) เพิ่มเติม มาตรา 72/1 โดยใช้ข้อความดังนี้

มาตรา 72/1 การวินิจฉัยยืนยันความเป็นโมฆะหรือความเสียหายของคำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันออกคำสั่งทางปกครอง หรือ กฎ นั้น

การดำเนินการตามข้อเสนอดังกล่าว จะทำให้ระบบกฎหมายไทยมีการพัฒนาในเรื่องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงจนถือว่าไม่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ให้เป็นรูปธรรมที่ชัดเจน และเป็นการพัฒนากระบวนการกฎหมายปกครองของไทยให้นำมาซึ่งความยุติธรรมแก่ประชาชนและสังคมต่อไป

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2540). **ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน: รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- _____. (2544). **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ขวัญชัย สันตสว่าง. (2531). “หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย.” **บทบัญญัติ**. 44(4).
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (ธันวาคม 2534). “นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง.” **วารสารนิติศาสตร์**. 21(4).
- _____. (2540). **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์.
- ฤทัย หงส์ศิริ. (2540). **นิติกรรมทางปกครอง**. หนังสือคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (ธันวาคม 2531). “วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส.” **วารสารกฎหมายปกครอง**. 7(3).
- พูนศักดิ์ ไวลำรวจ. (สิงหาคม 2528). “นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส.” **วารสารกฎหมายปกครอง**. 4(2).
- วเรจเตร์ ภาศิริรัตน์. (2546). **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2549). **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2554). **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.
- Bernard Stirn. (2008). «La position du Conseil d'État» *Revue internationale de droit comparé*. 60^e année. n° 2. avril-juin.
- Daniel Labetoulle. (1999). «Le juge administratif et la jurisprudence». *Revue administrative*. n° spécial-5.
- Émile Giraud (1924). «Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire». *Revue générale d'administration*. Volume 47.
- Georges Vedel et Pierre Delvolvé. (1992). **Droit administratif**. 12^e édition. Paris : Presses Universitaires de France. Coll. «Thémis. Droit public». 1992 p. 263.



Guy Braibant et Bernard Stirn. (2005). **Le droit administratif français**. 7^e édition. Paris: Dalloz. Coll. «Amphi».

Jean Rivero. (1977). **Droit Administratif**. 8^e édition. Paris : Dalloz. Coll. «Précis Dalloz»

Mahendra Pal Singh. (1985). **German administrative law in common law perspective**. New York: Springer-Verlag.

Pierre Delvolvé. (1983). **L'acte administratif : extrait du répertoire de contentieux administratif** Dalloz. Paris : Sirey. Coll. «Droit public».

René Chapus. (1988). **Droit administratif général**. Tome I. 12^e édition. Paris: Montchrestien.