

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของต่างประเทศและของไทย

ในประเทศที่ยึดมั่นหลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานในการปกครองประเทศ เป็นที่ยอมรับกันว่า ปึงเจกบุคคลสามารถแสดงเจตจำนงกำหนดวิถีชีวิตของตนได้อย่างเสรี (Autonomy) กล่าวคือ บุคคลแต่ละคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในอันที่จะกระทำการตามที่ได้คิดและตัดสินใจแล้วว่าเหมาะสมแก่ตน แต่อย่างไรก็ตามโดยที่องค์กรของรัฐมีภารกิจในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ซึ่งหากกล่าวเฉพาะการดำเนินการกิจขององค์กรฝ่ายปกครองแล้ว ก็อาจมีความจำเป็นที่องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น จึงมีการตราบทกฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัติเพื่อมอบอำนาจมหาชน (Public Power) เท่าที่จำเป็น ซึ่งเป็นอำนาจที่สามารถล่วงล้ำหรือกระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ให้แก่องค์กรฝ่ายปกครอง เพื่อที่องค์กรฝ่ายปกครองจะสามารถใช้อำนาจปกป้องรักษาประโยชน์สาธารณะในด้านต่างๆ อันเป็นภารกิจของตนได้

โดยเหตุแห่งการตรากฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองนั้น จึงก่อให้เกิดผลในด้านหนึ่งก็คือ องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องถูกผูกพันการใช้อำนาจของตนเองไว้ภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (The Principle of Legality) กล่าวคือ องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการใดๆ ได้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย และการใช้อำนาจนั้นจะต้องอยู่ภายในกรอบแห่งกฎหมาย เพื่อเป็นการประกันว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพที่ปัจเจกบุคคลสามารถกำหนดวิถีชีวิตของตนอย่างเสรีได้ก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นที่องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่บทกฎหมายอันเป็นฐานแห่งอำนาจนั้นมุ่งคุ้มครอง แต่ในอีกด้านหนึ่ง การที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราบทกฎหมายมอบอำนาจมหาชนให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองนั้น ก็ส่งผลให้การกระทำต่างๆ ขององค์กรฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎที่มีผลเป็นการทั่วไป การออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายเฉพาะกรณี หรือการกระทำอื่นใดขององค์กรฝ่ายปกครอง กลายเป็นสิ่งสำคัญที่ปัจเจกบุคคล “เชื่อถือ” อาศัยเป็นพื้นฐานในการกำหนดแผนการในการดำเนินวิถีชีวิต และ “ไว้วางใจ” อาศัยเป็นพื้นฐานในการแสดงเจตจำนงกำหนดวิถีชีวิตของตน

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจจึงเรียกร้องให้การใช้อำนาจในรูปแบบต่างๆ ขององค์กรของรัฐจะต้องไม่ล่วงละเมิดความเชื่อถือและไว้วางใจของบุคคลที่มีต่อกฎหมายหรือการใช้อำนาจต่างๆ ของรัฐหากประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่จะได้รับการใช้อำนาจหนึ่งๆ ไม่ได้มีน้ำหนักเหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (Individual Interest) ที่จะต้องเสียหายจากการใช้อำนาจนั้น ทั้งนี้หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจดังกล่าวได้ก่อให้เกิดหลักการตีความกฎหมาย ตลอดจนหลักกฎหมายที่จะต้องนำมาใช้พิจารณาประกอบการตัดสินใจยกเลิกหรือเพิกถอนกฎหมาย มาตรการ หรือคำสั่งต่างๆ ของรัฐ และบ่อยครั้งก็ถูกปรับใช้เป็นเหตุผลพื้นฐานในการชดเชยค่าทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจดังกล่าวนี้ ก็คือหลักกฎหมายที่คุ้มครองสถานะในทางกฎหมายของบุคคลจากการล่วงละเมิดโดยอำนาจของรัฐนั่นเอง¹

สำหรับในประเทศไทย หลัก “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต” เป็นหลักกฎหมายสำคัญประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาประกอบในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดบังคับ โดยมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีใ้ได้อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สิ้นสุดบังคับควรจะต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าวได้นำมาบัญญัติเป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การพยายามอธิบายหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตโดยเทียบเคียงจากหลักสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังอาจไม่ครบถ้วน แต่ในระบบกฎหมายเยอรมันได้พัฒนาหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตจนกระทั่งปัจจุบันศาลปกครองได้ยอมรับว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตมีสถานะเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญที่จะต้องพิจารณาประกอบในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นสุดบังคับ ดังนั้นการอธิบายหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในคำสั่งทางปกครองโดยศึกษา รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันย่อมทำให้เข้าใจถึงแนวคิด หลักกฎหมายพื้นฐาน สถานะทางกฎหมายและบทบาทของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดบังคับได้ดียิ่งขึ้น และโดยที่ทราบกันทั่วไปแล้วว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ร่างขึ้นโดยนำแนวคิดมาจากรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน² บางหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังเป็นหลักการใหม่สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองของประเทศไทย

¹ วรณรี สิงโต. เล่มเดิม. หน้า 88.

² มานิตย์ จุมปา. (2546). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. หน้า 207.

และบางหลักเกณฑ์ยังไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่เดิมหรือแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานราชการ ดังนั้นการศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียอมทำให้เข้าใจหลักการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ชัดเจนยิ่งขึ้น

3.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.1.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตมีที่มาแรกเริ่มจากหลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดไว้ตามมาตรา 116 ของรัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรเยอรมัน (Die Verfassung des Deutschen Reichs) ลงวันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 1919 (WRV) โดยหลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญามีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ในระหว่างการปกครองของพรรคแรงงานสังคมนิยมแห่งชาติ หรือพรรคนาซี (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei “Nazi Partei”) หลักกฎหมายดังกล่าวถูกยกเลิกโดยรัฐบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1935 ต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง และได้มีการก่อตั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Bundesrepublik Deutschland) มาตรา 103 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz) ก็ได้บัญญัติหลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญาไว้ดังเดิม หลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญว่ากฎหมายจะไม่มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นก่อนวันที่กฎหมายใช้บังคับ ดังนั้นบุคคลต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะกระทำการนั้นบัญญัติเป็นความผิดและโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยนัยนี้หลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญาจึงเป็นหลักที่แฝงด้วยแนวคิดในการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลในแง่ที่ว่า ในขณะที่บุคคลกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดแล้ว บุคคลนั้นย่อมเชื่อได้ว่าจะไม่มีการกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาในภายหลังมาลงโทษการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำดังกล่าว นอกจากบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญามาตรา 10 วรรคสองของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันแล้วไม่ปรากฏบทบัญญัติอื่นที่กำหนดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

3.1.1.1 นิยามคำว่า “ความเชื่อ”

“ความเชื่อ” เป็นปรากฏการณ์ทางสังคม เพราะการไว้นิยามเชื่อใจของคนในสังคมเป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคมมนุษย์ ความเชื่อมีพื้นฐานมาจากความรู้สำนึกภายในจิตใจมนุษย์ ที่บุคคลมีต่อความสัมพันธ์ที่เฉพาะเจาะจงและความคาดหวังต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง “ความคาดหวัง (Erwartung)” เป็นความรู้สึกในระดับที่สูงกว่า “ความหวัง (Hoffnung)” แต่ก็อยู่ในระดับที่ต่ำกว่า “ความศรัทธา (Glauben)” นอกจากความเชื่อจะเป็นองค์ประกอบของศาสตร์ด้านจิตวิทยาและสังคมวิทยาแล้ว แต่ยังเป็นองค์ประกอบของศาสตร์แขนงอื่นๆ เช่น นิติศาสตร์ ด้วย

ความเชื่อตามกฎหมายและความเชื่อตามสามัญสำนึกนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ความเชื่อตามสามัญสำนึกเป็นความรู้สำนึกที่รับผิชอบของปัจเจกบุคคล ขณะที่ความเชื่อตามกฎหมายจะต้องมีลักษณะผูกพันเป็นการทั่วไป ด้วยเหตุนี้ ในทางกฎหมายจึงต้องมีการกำหนดนิยามคำว่า “ความเชื่อ” และองค์ประกอบของความเชื่อเพื่อเป็นเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตตามกฎหมาย ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองจึงได้นิยามคำว่า “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต” ว่าหมายถึง หลักกฎหมายในการคุ้มครองสถานะทางกฎหมายของประชาชนจากการล่วงละเมิดจากอำนาจรัฐ

3.1.1.2 หลักกฎหมายพื้นฐานของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต

แนวความเห็นส่วนใหญ่เกี่ยวกับหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตเห็นว่า หลักกฎหมายดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ แต่ความเห็นอีกด้านหนึ่งเห็นว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตอาจมีที่มาจากหลักสุจริต (Der Grundsatz von Treu und Glauben) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ((Menschenwürde) มาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน) หลักรัฐสวัสดิการสังคม (Sozialer Bundesstaat (มาตรา 20 วรรคแรก ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน)) หรือเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคล (Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit)³ ซึ่งหลักกฎหมายพื้นฐานที่มีความสัมพันธ์กับหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ หลักสุจริต หลักนิติรัฐ โดยเฉพาะในส่วน of หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักความชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน⁴ ดังได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2

³ วรณรี สิงห์โต. เล่มเดิม. หน้า 89.

⁴ แหล่งเดิม.

3.1.1.3 สถานะทางกฎหมายของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต

การวางรากฐานหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตให้มีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น เพื่อให้หลักเกณฑ์ดังกล่าวผูกพันการใช้อำนาจรัฐ โดยอำนาจนิติบัญญัติย่อมผูกพันต่อกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsmäßige Ordnung) (มาตรา 1 วรรคสาม และมาตรา 20 วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน) และโดยที่รัฐธรรมนูญมีความเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ (Verfassungsvorrang) การตรากฎเกณฑ์ลำดับรอง รวมถึงการตีความและการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการย่อมไม่อาจขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญในฐานะกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย โดยสาระสำคัญของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของพลเมืองให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ในปี ค.ศ. 1960 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต สรุปความได้ว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตเป็นข้อจำกัดในการยกเลิกกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง (Das Rückwirkungsverbot eines Gesetzes) และการยกเลิกกฎหมายให้มีผลย้อนหลังถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งพิเคราะห์ได้ว่าการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตเป็นหลักกฎหมายซึ่งแฝงอยู่ในหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้แบ่งนิยามของการยกเลิกกฎหมายออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) การยกเลิกให้มีผลไปในอดีต ซึ่งเป็นการยกเลิกกฎหมายให้มีผลย้อนหลังอย่างแท้จริง (Echte Rückwirkung) การยกเลิกกฎหมายให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่ปรากฏเหตุผลพิเศษที่ทำให้การกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย เช่น เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมและได้มีการพิจารณาประกอบกับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวแล้ว และ (2) การยกเลิกให้มีผลไปในอนาคต (Unechte Rückwirkung) โดยการยกเลิกกฎหมายให้มีผลไปในอนาคตดังกล่าวไว้บังคับแก่ข้อเท็จจริงในปัจจุบันและส่งผลต่อนิติสัมพันธ์ในอนาคตเท่านั้น

อาจกล่าวได้ว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตมีรากฐานมาจากหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะอันเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันมีแนวคิดว่า หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะมีความสัมพันธ์กับหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตใน 3 ลักษณะ ดังนี้

⁵ Maurer Hartmut, Staatsrec I, § 8 Sozialer Rechtsstaat, Rd. 46-53. อ้างถึงใน วรนาธิ สิงโต. เล่มเดิม. หน้า 97.

ลักษณะที่หนึ่ง หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะในบทบัญญัติของกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมายจะต้องเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจนระยะเวลาใช้บังคับกฎหมายต้องมีความต่อเนื่องและไม่เปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย หากกฎหมายมีลักษณะดังกล่าว ประชาชนย่อมเกิดความเชื่อถือต่อหลักเกณฑ์ ข้อกำหนด หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่สอดคล้องกับความคาดหมายหรือสถานะทางกฎหมายของตน รวมทั้งเชื่อว่าเจ้าหน้าที่จะคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของตนหากมีการยกเลิกกฎหมายดังกล่าว และความเชื่อว่าเจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายในการยกเลิกกฎหมาย

ลักษณะที่สอง หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะในคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองต้องมีความชัดเจน (Bestimmtheit) เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมและบังคับการเฉพาะเรื่อง (Konkret-individuell) แม้ว่าคำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) แต่ย่อมมีผลบังคับ (Rechtswirksamkeit) เสมอตามหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ ทั้งนี้เพื่อให้การกระทำของฝ่ายปกครองมีความต่อเนื่องและมั่นคงแน่นอน และประชาชนต้องสามารถเชื่อถือต่อผลบังคับของคำสั่งทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอาจเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับได้ ทั้งนี้เจ้าหน้าที่จึงต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวสิ้นผลบังคับด้วย

ลักษณะที่สาม หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะในคำพิพากษาของศาล ในระบบกฎหมายของเยอรมันยังมีประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในคำพิพากษาของศาลและความเป็นเอกภาพของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย โดยหลักแล้วคำพิพากษาของศาลโดยเฉพาะคำพิพากษาของศาลสูงถือว่าเป็นที่สุด (Rechtskraft) โดยมีผลผูกพันคู่กรณีและไม่อาจทบทวนโดยองค์กรใดๆ ได้อีก ซึ่งในบางกรณีคำพิพากษาของศาลได้วางแนวบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและเป็นนามธรรม (Generell-abstrakt) ดังเช่นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เพื่อรักษาความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีของศาลและการปรับบทกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่าศาลไม่ผูกพันต่อแนวคำพิพากษาก่อนๆ ดังนั้นประชาชนจึงไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในคำพิพากษาของศาลได้ แต่นักวิชาการส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า การที่ศาลเปลี่ยนแนวคำพิพากษาของตนรวดเร็วเกินไปอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้น ศาลจึงมีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต หลักความเสมอภาค การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอื่นในการเปลี่ยนแนวคำพิพากษาของตนด้วย

3.1.1.4 องค์ประกอบทั่วไปของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต

ความเชื่อในระบบกฎหมายเยอรมันได้ถูกพัฒนาจากลักษณะที่เป็นเพียงความรู้สำนึกของปัจเจกบุคคลให้มีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปได้ โดยการกำหนดองค์ประกอบของความเชื่อเพื่อเป็นเงื่อนไขในการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง 2 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง ความเชื่อของผู้รับคำสั่งทางปกครองต่อสถานะของคำสั่งทางปกครอง

บุคคลจะอ้างความเชื่อได้ต้องปรากฏว่ามีพื้นฐานของความเชื่อ (Vertrauensgrundlage) โดยส่วนใหญ่พื้นฐานของความเชื่อจะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายปกครอง บทบัญญัติของกฎหมายมีอิทธิพลต่อการสร้างความเชื่อของประชาชนเป็นอย่างมาก เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งหรือรับรองสิทธิของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานของความเชื่อขัดต่อกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังมิได้ประกาศความเป็นโมฆะของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ประชาชนสามารถอ้างความเชื่อโดยสุจริตต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ ในประเด็นนี้แต่เดิมศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญย่อมตกเป็นโมฆะ (ipso-iure nichtige Norm) กล่าวคือ ไม่เคยปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้เลยโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้ก่อตั้งหรือรับรองสิทธิของพลเมือง (Rechtsschein) หรือไม่ ดังนั้นประชาชนย่อมไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ตกเป็นโมฆะดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยกลับคำพิพากษาดังกล่าวหากบทบัญญัติของกฎหมายที่ตกเป็นโมฆะได้ก่อตั้งหรือรับรองสิทธิของประชาชน (Rechtsschein) แล้ว ย่อมเป็นการเพียงพอที่จะสร้างความเชื่อของประชาชนต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว

ทางด้านฝ่ายคำรส่วนหนึ่งเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นพื้นฐานของความเชื่อได้ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เท่านั้นที่มีอำนาจในการปฏิเสธผลบังคับของบทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ความเป็นโมฆะของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวย่อมปรากฏขึ้นพร้อมกับคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมายนั้น คำพิพากษาของศาลจึงมีผลมากกว่าการประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมาย เนื่องจาก คำพิพากษาที่ประกาศความเป็นโมฆะมีผลทำให้หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะต่อความมีผลบังคับของกฎหมายสิ้นสุดลงนับแต่เวลาที่มีคำพิพากษาที่ประกาศความเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตามฝ่ายคำรส่วนหนึ่งมีความเห็นคัดค้านทฤษฎี ipso-iure nichtige Norm เนื่องจาก

ประชาชนยังไม่มีโอกาสที่จะเข้าร่วมกระบวนการพิจารณา เข้าถึง และรับทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของบทบัญญัติของกฎหมาย ประชาชนจึงไม่อาจทราบได้ทันทีว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญและตกเป็นโมฆะ จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะประกาศความเป็นโมฆะ ด้วยเหตุนี้อย่างน้อยที่สุดควรจะต้องยอมรับในเบื้องต้นว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งหรือรับรองสิทธิของประชาชนจนกระทั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและประกาศความเป็นโมฆะของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้ว

มีข้อควรพิจารณาว่า คำพิพากษาของศาลเป็นพื้นฐานของความเชื่อได้หรือไม่ ฝ่ายตำราส่วนหนึ่งเห็นว่า คำพิพากษาของศาลเป็นการวินิจฉัยปัญหาเฉพาะราย ดังนั้นจึงผูกพันเฉพาะคู่กรณีในคดีเท่านั้น แต่กรณีที่ศาลพิจารณาพิพากษาวางหลักกฎหมายเป็นการทั่วไปซึ่งการวางหลักกฎหมายเป็นการทั่วไปทำให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่เสมือนฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายศาลจึงต้องผูกพันกับแนวคำวินิจฉัยก่อนๆ ของตนเองหรือคำพิพากษาของศาลชั้นสูง อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยมีคำวินิจฉัยว่า ศาลไม่ผูกพันกับแนวคำวินิจฉัยก่อนๆ ของตนเองหรือของศาลชั้นสูง ซึ่งการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นนี้มีผลเป็นการยืนยันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ด้วยเหตุนี้คู่กรณีจึงไม่อาจอ้างความเชื่อต่อคำพิพากษาของศาลได้

นอกจากนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อในคำสั่งทางปกครองได้ต่อเมื่อปรากฏความคงอยู่ของความเชื่อ (Das Bestehen eines Vertrauens) กล่าวคือในเบื้องต้นผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีความรู้เกี่ยวกับกฎเกณฑ์หรือบทบัญญัติของกฎหมายอันเป็นพื้นฐานของความเชื่อจึงจะได้รับการคุ้มครองความเชื่อในกรณีที่ความเชื่อนั้นถูกระทบ⁶ หากในขณะนั้นไม่ปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้มีความเชื่อดังที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมายกำหนด และมีได้แสดงความเชื่อดังกล่าวออกสู่ภายนอกให้เป็นที่ประจักษ์ ผู้นั้นย่อมไม่อาจได้รับการคุ้มครองความเชื่อ

มีข้อควรพิจารณาว่าความเชื่อของฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองในฐานะผู้รับคำสั่งทางปกครองตามรัฐธรรมนูญด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ย่อมได้รับความคุ้มครองในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในประเด็นนี้แต่เดิมฝ่ายตำรามีความเห็นในแนวทางเดียวกันว่า ความเชื่อของฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองต่อสถานะของคำสั่งทางปกครองสมควรได้รับความคุ้มครองมากกว่าการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเฉพาะในบางกรณีเท่านั้น อย่างไรก็ตามศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้มีคำพิพากษาว่า ความเชื่อของฝ่ายปกครองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองไม่ได้รับการคุ้มครอง

⁶ วรรณรี สิงโต, เล่มเดิม, หน้า 101.

โดยเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวจะเห็นว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตมุ่งเน้นคุ้มครองเอกชนที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองมิใช่คุ้มครองรัฐ ฝ่ายปกครอง หรือองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง ตัวอย่างเช่น กรณีการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ แม้ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจปกครองตนเองในการบริหารกิจการภายในองค์กร ได้ใช้ทรัพย์สินของแผ่นดินและอำนาจรัฐในการปฏิบัติการกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบ รวมถึงความมีอิสระในการบริหารงบประมาณ อย่างไรก็ตามองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ ทำให้การดำเนินการต่างๆ ต้องมีความชอบด้วยกฎหมายมากกว่าการกระทำของเอกชน ดังนั้นในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อแก้ไขข้อพิพาทระหว่างการบริหารงบประมาณและประโยชน์สาธารณะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงไม่อาจเรียกร้องให้มีการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตได้ เนื่องจากการบริหารงบประมาณขององค์กรที่ใช้อำนาจปกครองย่อมได้รับความคุ้มครองจากหลักความชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องร้องขอให้มีการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตอีก

ประการที่สอง การคุ้มครองความเชื่อ (Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens)

ความเชื่อย่อมได้รับการคุ้มครอง หากเปรียบเทียบผลเสียแล้วปรากฏว่าการคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองมีความสำคัญมากกว่าการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุด

3.1.2 หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นหลักการหรือข้อห้ามที่มิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการหรือสั่งการฝ่าฝืนกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนั้น หมายความว่าถึงอย่างไรก็ตามขององค์กรฝ่ายปกครองที่จะต้องให้ความคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชน เพื่อให้ประชาชนมีความมั่นคงในสิทธิของเขาตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการบอกล้างนิติกรรมทางปกครอง เมื่อประชาชนมีความเชื่อถือต่อนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมาย จะต้องนำความเชื่อถือดังกล่าวมาชั่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนว่าสมควรจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปแล้วหรือไม่ หากประโยชน์มหาชนมีน้ำหนักหรือความสำคัญมากกว่าจึงจะบอกล้างนิติกรรมทางปกครองนั้นได้⁷

⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ค (2537). พื้นฐานความรู้ทั่วไป: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 136.

3.1.2.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับปรากฏขึ้นก่อนที่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์มีผลใช้บังคับโดยวิธีพิจารณาทางปกครองได้กำหนดไว้ตามกฎหมายเฉพาะฉบับต่างๆ ก่อนปี ค.ศ. 1950 เจ้าหน้าที่สามารถทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งที่เป็นการให้ประโยชน์หรือเป็นการสร้างภาระสิ้นผลบังคับได้ตลอดเวลา (Jederzeit) เพื่อความสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง (Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) อย่างไรก็ตามปรากฏข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์สิ้นผลบังคับ ต่อมา ในปี ค.ศ. 1956 ศาลปกครองชั้นสูง (Oberverwaltungsgericht (OVG)) ได้มีคำพิพากษาเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายดังกล่าว โดยในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์สิ้นผลบังคับเจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วย เนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) และหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Der Grundsatz der Rechtssicherheit) อันเป็นหลักกฎหมายในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ผูกพันการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตมีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักนิติรัฐ ดังนั้น การไม่คำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักนิติรัฐและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ปัญหาว่าในขณะที่รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ยังไม่มีผลใช้บังคับและไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายเฉพาะบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับไว้นั้น เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการอย่างไร ตามคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ไม่ปรากฏคำตอบที่ชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติอย่างไร แต่ในทางวิชาการได้อ้างอิงถึงหลักกฎหมายปกครองทั่วไป (Der allgemeine Grundsatz des Verwaltungsrechts) ในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับ กล่าวคือการคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะอันเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญประกอบกันตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองบางส่วนวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับตามกฎหมายเฉพาะประกอบกับหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ (Der allgemeine Grundsatz des Verwaltungsrechts über Widerruf und Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte) ซึ่งหลัก

กฎหมายปกครองทั่วไปในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ในที่นี้ ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายประกอบกับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต จากแนวคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลปกครองในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับไว้ เจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปด้วย

ตามที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ หลักเกณฑ์การทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับกำหนดไว้อย่างกระจัดกระจายตามกฎหมายเฉพาะฉบับต่างๆ ซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายไม่เป็นระบบเดียวกัน นอกจากนี้บทบัญญัติของกฎหมายใช้ถ้อยคำที่สื่อถึงการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับไว้แตกต่างกัน ทำให้วิธีพิจารณาทางปกครองในเรื่องดังกล่าวไม่มีความชัดเจนและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ขั้นตอนแรกของการทำให้วิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองเป็นรูปแบบเดียวกัน คือการกำหนดนิยามคำว่า “ยกเลิก” และ “เพิกถอน” คำสั่งทางปกครองโดยในกฎหมายเยอรมันใช้คำว่า *Aufhebung* หมายถึงการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับ ส่วนคำว่า *Rücknahme* หมายถึงการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และคำว่า *Widerruf* หมายถึงการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้แปลความตามแนวทางของ รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์⁸

ในภาษาธรรมดาทั่วไปการยกเลิกและการเพิกถอนมีความหมายทำนองเดียวกัน แต่ในการศึกษาหลักกฎหมายปกครองเยอรมันในเรื่องนี้มีความจำเป็นที่จะนำคำศัพท์ ยกเลิก และเพิกถอน มาใช้ในความหมายที่แตกต่างกันโดยให้เป็นศัพท์เทคนิคทางกฎหมายปกครองจึงขอใช้คำว่า “ยกเลิก” แทนคำว่า “Ruecknahme” และคำว่า “เพิกถอน” แทนคำว่า “Widerruf”⁹

⁸ ในทางวิชาการยังมีการใช้ถ้อยคำที่สื่อถึงการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย สิ้นผลบังคับแตกต่างกัน โดย รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ เห็นว่า การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง (*Rücknahme*) คือ การบอกล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (*Widerruf*) คือการบอกล้างคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกววงศ์ ง (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. หน้า 214-215) ในทางกลับกัน รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่า การเพิกถอน คือ การลบล้างผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการยกเลิก คือ การลบล้างผลของคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ จ เล่มเดิม. หน้า 196-198).

⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์ จ เล่มเดิม. หน้า 133.

ในประเด็นการใช้คำว่า “ยกเลิก” หรือ “เพิกถอน” ในกฎหมายไทยตามมาตรา 49 ถึงมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ปรากฏเพียงถ้อยคำว่า “เพิกถอน” ทั้งในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับ แต่ในมาตรา 39 วรรคสอง (3) ใช้คำว่า “ข้อสงวนสิทธิที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครอง” ซึ่งเป็นความลึกลับในการใช้ถ้อยคำ จึงเห็นว่าการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายต้องมีความชัดเจนเมื่อปรากฏหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันควรต้องใช้ถ้อยคำที่สื่อให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้ในบทความนี้ผู้เขียนจึงได้ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันระหว่างการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้แตกต่างกัน

นอกจากนี้ การทำให้วิธีพิจารณาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันมีความสอดคล้องกัน นักวิชาการส่วนใหญ่เสนอให้มีการจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย (Kodifikation) เพื่อให้การพิจารณาข้อพิพาทราชการณียุติชอบเขตหรือแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว ในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับจะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างความมีประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่จะต้องมีความยืดหยุ่นเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและมีแบบพิธีการน้อย และการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามหลักนิติรัฐในการประกันหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและการมีแบบพิธีการที่ชัดเจน นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1973 นักนิติศาสตร์ให้ความสนใจกับหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตจึงจัดให้มีการประชุม Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ในหัวข้อดังกล่าวด้วย¹⁰

ต่อมา ในปี ค.ศ. 1976 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ (Verwaltungsverfahrensgesetz) อันเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาเรื่องของฝ่ายปกครองและหลักกฎหมายปกครองทั่วไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้แนวทางปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1977 แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะมีได้จัดทำในรูปแบบประมวลกฎหมายปกครอง แต่ก็ได้รวบรวมเนื้อหาทั้งในส่วนของวิธีพิจารณาเรื่องของฝ่ายปกครองและหลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาเรื่องของฝ่ายปกครองดังกล่าว (Konnexe Materien) ไว้อย่างครบถ้วน ทั้งนี้มลรัฐอื่นๆ ได้จัดทำรัฐธรรมนูญด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นของตนเอง โดยส่วนใหญ่กฎหมายของมลรัฐจะมีเนื้อหาสอดคล้องกับกฎหมายของสหพันธ์ข้างต้น

¹⁰ Kisker und Puttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL Bd. 32 (1974), S. 149ff.

บทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ได้แก่ มาตรา 48 กำหนดเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมาตรา 49 กำหนดเกี่ยวกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายกลางในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับ นอกจากนี้บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับยังได้กำหนดไว้ตามกฎหมายเฉพาะต่างๆ เช่น มาตรา 15 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยการโรงแรม มาตรา 17 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยการพลังงานนิวเคลียร์ มาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยอาวุธ และมาตรา 12 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยข้าราชการ อนึ่ง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่ใช้บังคับแก่กรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะย่อมไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือผู้พิพากษาย่อมมีอำนาจประกาศความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ตามมาตรา 44 วรรคห้า แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์

รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้ ดังต่อไปนี้

“มาตรา 48 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(1) (1.1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งได้อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ (1.2) แต่ถ้าคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งหรือรับรองสิทธิหรือประโยชน์นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ การเพิกถอนเป็นไปตามวรรคสองถึงวรรคสี่

(2) (2.1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ไม่อาจกระทำได้ เมื่อผู้รับประโยชน์มีความเชื่อต่อสถานะของคำสั่งทางปกครองและเมื่อเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระหว่างความเชื่อของผู้รับประโยชน์กับประโยชน์สาธารณะในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองแล้วความเชื่อของผู้รับประโยชน์สมควรได้รับความคุ้มครอง (2.2) โดยหลักแล้วความเชื่อย่อมได้รับความคุ้มครองเมื่อผู้รับประโยชน์ได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี (2.3) กรณีดังต่อไปนี้ ผู้รับประโยชน์ไม่อาจอ้างความเชื่อได้

1. ผู้นั้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

2. ผู้นั้นได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ

3. ผู้นั้นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

(2.4) กรณีตามวรรคสอง เจ้าหน้าที่ที่สามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตได้

(3) (3.1) เมื่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อยู่ในบังคับของวรรคสอง ถูกเพิกถอนแล้ว ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองและเมื่อเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระหว่างความเชื่อและประโยชน์สาธารณะแล้ว ความเชื่อสมควรได้รับความคุ้มครอง (3.2) ให้นาวรรคสอง ประโยคที่สามมาใช้บังคับด้วย (3.3) ค่าทดแทนความเสียหายตามมาตรานี้จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน (3.4) ให้เจ้าหน้าที่พิจารณากำหนดค่าทดแทนความเสียหาย (3.5) ผู้รับประโยชน์ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งปีนับแต่ได้รับแจ้งการเพิกถอนนั้น

(4) (4.1) เจ้าหน้าที่ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในหนึ่งปีนับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น (4.2) ความในประโยคที่หนึ่ง ไม่ใช้บังคับแก่วรรคสอง ประโยคที่สาม ข้อ 1

(5) เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญนี้มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจโต้แย้งได้รวมถึงอำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่คนก่อน ซึ่งเคยปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเดียวกัน¹¹

มาตรา 49 การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

(1) คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งได้อาจถูกยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วน โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ยกเลิกหรือมีผลในอนาคต เว้นแต่เป็นกรณีที่ต้องทำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกันนั้นอีก หรือเป็นกรณีที่การยกเลิกไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุอื่น

(2) (2.1) คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งได้อาจถูกยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วน โดยให้มีผลในอนาคตเฉพาะเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

¹¹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์ เล่มเดิม, หน้า 140-141.

1. มีกฎหมายกำหนดให้ยกเลิกได้หรือมีข้อสงวนสิทธิให้ยกเลิกได้ในคำสั่งทางปกครอง
นั่นเอง

2. คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติ แต่ไม่มีการปฏิบัติ
ภายในเวลาที่กำหนด

3. ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เช่นนี้
ในขณะทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่ยกเลิกจะ
ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

4. บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งหากมีบทกฎหมายเช่นนี้ในขณะทำคำสั่งทาง
ปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่การยกเลิกในกรณีนี้ให้กระทำได้เท่าที่
ผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และ
หากไม่ยกเลิกจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

5. อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ หรือต่อประชาชนอัน
จำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว

(2.2) ให้นำมาตรา 48 วรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(3) (3.1) คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งได้ซึ่งเป็น
การให้เงิน หรือทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตาม
วัตถุประสงค์ที่แน่นอนหรือเป็นเงื่อนไขการใช้เงิน อาจถูกยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้
ผลย้อนหลังไปในอดีตได้ในกรณีดังต่อไปนี้

1. มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของ
คำสั่งทางปกครอง

2. ผู้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตาม
ข้อกำหนดในคำสั่งทางปกครอง

(3.2) ให้นำมาตรา 48 วรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(4) คำสั่งทางปกครองที่ถูกยกเลิกไม่มีผลบังคับใช้ เมื่อคำสั่งยกเลิกคำสั่งทางปกครอง
ดังกล่าวมีผลใช้บังคับ เว้นแต่ปรากฏว่ามีการกำหนดเวลาใช้บังคับไว้เป็นอย่างอื่น

(5) เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญนี้มีอำนาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจ
โต้แย้งได้รวมถึงอำนาจพิจารณายกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่คนก่อน ซึ่งเคยปฏิบัติ
หน้าที่ในตำแหน่งเดียวกัน

(6) (6.1) ในกรณีที่มีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองเป็นการให้ประโยชน์เพราะเหตุตาม
วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 3 ถึงข้อ 5 ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนค่าเสียหายอันเกิด

จากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองและความเชื่อดังกล่าวสมควรได้รับความคุ้มครอง (6.2) ให้นำมาตรา 48 วรรคสาม ประโยคที่สามถึงประโยคที่ห้า มาใช้บังคับโดยอนุโลม (6.3) ข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าทดแทนความเสียหายอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม”¹²

3.1.2.2 รูปแบบของการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

รูปแบบของการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การคุ้มครองสถานะของคำสั่งทางปกครอง (Bestandsschutz) และการคุ้มครองสถานะของผู้รับคำสั่งทางปกครอง (Vermögensschutz) ซึ่งตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์กำหนดรูปแบบของหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติมาตรา 48 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมาตรา 49 การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยพิจารณาแบ่งแยกจากลักษณะการให้ความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต ซึ่งหากเป็นการคุ้มครองสถานะของคำสั่งทางปกครอง (Bestandsschutz) เจ้าหน้าที่จะพิจารณาถึงความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองประกอบกับ ความเชื่อโดยสุจริตของคู่กรณี สำหรับการคุ้มครองสถานะของผู้รับคำสั่งทางปกครอง (Vermögensschutz) เจ้าหน้าที่จะพิจารณาถึงการทดแทนความเสียหายอันเนื่องมาจากความเชื่อของคู่กรณีต่อคำสั่งทางปกครองถูกระงับ

1) การคุ้มครองสถานะของคำสั่งทางปกครอง (Bestandsschutz)

การคุ้มครองสถานะของคำสั่งทางปกครองตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ปรากฏเพียงกรณีเดียว คือ มาตรา 48 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้

เจ้าหน้าที่สามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 48 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวได้ ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายปรากฏตั้งแต่ขณะออกคำสั่งทางปกครอง ในกรณีที่ขณะออกคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปในภายหลังทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น คำสั่งทางปกครองดังกล่าวยังคงชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับ เพียงแต่ปรากฏเหตุที่อาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 49 วรรคสอง ข้อ 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์¹³

¹² วรณาริ สิงโต. เล่มเดิม. หน้า 108-109.

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 110.

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองอาจแบ่งเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาและความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบ ซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ากระทบต่อสิทธิของคู่กรณีหรือไม่ หากปรากฏเพียงว่าคำสั่งทางปกครองขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายอื่นๆ หรือการตีความโดยเจ้าหน้าที่หรือการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้อง ย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาแล้ว แต่ไม่รวมถึงคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) เว้นแต่ในกรณีคำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อระเบียบภายในฝ่ายปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีดุลพินิจ กรณีดังกล่าวอาจขัดต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเนื่องจากระเบียบภายในฝ่ายปกครองเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายอาจแยกเป็นสองประเภท โดยพิจารณาจากระดับของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ประเภทแรกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะ ผู้ใดจะกล่าวอ้างโมฆะกรรมดังกล่าวก็ได้ นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะนี้ไม่มีผลบังคับทางกฎหมายตั้งแต่เริ่มแรกของการออกนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้นไม่ว่าฝ่ายปกครองหรือศาลก็ไม่จำเป็นต้องยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว แต่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองเช่นว่านี้อาจร้องขอให้ศาลปกครองพิสูจน์โมฆะกรรมได้ ประเภทที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายแต่ยังไม่ถึงกับเป็นโมฆะเราอาจเรียกว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะก็ได้ เพราะนิติกรรมทางปกครองประเภทหลังนี้มีผลบังคับทางกฎหมาย แต่อาจมีการอุทธรณ์หรือฟ้องร้องยังศาลขอให้ตรวจสอบ เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้¹⁴

มีข้อควรพิจารณาว่า เจ้าหน้าที่มีอิสระในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นภาระทุกกรณีหรือไม่ นั้น เห็นว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นภาระย่อมอยู่ภายใต้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ดังนั้นดุลพินิจตัดสินใจของเจ้าหน้าที่จึงเป็นเพียงเงื่อนไขเดียวในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นภาระ ส่วนหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต เจ้าหน้าที่มักจะไม่นำมาเป็นข้อพิจารณาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นภาระแก่คู่กรณี และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระย่อมเป็นประโยชน์แก่คู่กรณี การใช้ดุลพินิจตัดสินใจของเจ้าหน้าที่จึงต้องพิจารณาเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 20 วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน) และหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ¹⁵ ซึ่งทั้งสองหลักกฎหมายต่างก็เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐอันมีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงถือว่าหลัก

¹⁴ กมลชัย รัตนสากว้างศ์ เล่มเดิม. หน้า 132.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 146.

กฎหมายทั้งสองดังกล่าวอยู่ในสถานะเดียวกันและมีความสำคัญเท่าเทียมกัน ดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงความสำคัญระหว่างผลประโยชน์และสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบกับการพิจารณาถึงสถานการณ์พิเศษในแต่ละกรณี สถานการณ์พิเศษตามแนวคำพิพากษาและในทางดารา เช่น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นภาระจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี บุคคลที่สาม หรือส่วนรวมในภายหลัง หรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือขัดต่อหลักสุจริต เจ้าหน้าที่จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นภาระดังกล่าวเสมอไป แต่สำหรับในสถานการณ์พิเศษบางกรณีดุลพินิจตัดสินใจของเจ้าหน้าที่อาจลดลงจนกระทั่งเจ้าหน้าที่นั้นไม่มีดุลพินิจตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวเลยและถูกผูกพันให้ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นภาระในทุกกรณี

ตามหลักสุจริตบุคคลย่อมไม่อาจถือประโยชน์จากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของตนเองได้ ในทำนองเดียวกันคู่กรณีย่อมไม่อาจกล่าวอ้างความเชื่อโดยสุจริตต่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นบทบัญญัติมาตรา 48 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์จึงต้องกำหนดขั้นตอนในการตรวจสอบความเชื่อของคู่กรณีต่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างเข้มงวด 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้

ขั้นตอนที่หนึ่ง ปรากฏเหตุที่ทำให้ความเชื่อไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์หรือไม่

มาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์เป็นบทบัญญัติซึ่งเป็นพื้นฐานของความเชื่อ (Vertrauensgrundlage) และเหตุที่กำหนดไว้ตามข้อ 1 ถึงข้อ 3 เป็นบทบัญญัติที่เป็นรูปธรรมในการพิจารณาถึงความคงอยู่ของความเชื่อ (Das Bestehen eines Vertrauens) โดยหากปรากฏเหตุตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม ข้อ 1 ถึงข้อ 3 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าว ความเชื่อของผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่จำเป็นต้องเปรียบเทียบข้อดีข้อเสีย ระหว่างการคุ้มครองความเชื่อของผู้รับคำสั่งทางปกครองต่อสถานะของคำสั่งทางปกครองและประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตามบันทึกเหตุผลของร่างกฎหมายฝ่ายรัฐบาลมีข้อสังเกตว่า กรณีตามข้อ 1 ถึงข้อ 3 เป็นเพียงกรณีตัวอย่างที่สำคัญเท่านั้นอาจมีกรณีอื่นที่ทำให้ความเชื่อของผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้รับการคุ้มครองได้อีก¹⁶

¹⁶ วรณรี สิงโต, เล่มเดิม, หน้า 112.

ข้อ 1 ผู้นั้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

ความเชื่อของผู้รับคำสั่งทางปกครองต่อสถานะของคำสั่งทางปกครองจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง หากปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองมีส่วนในการทำให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง การแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งถือว่าเป็นการที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองทำกลฉ้อฉลเจ้าหน้าที่ ส่วนการข่มขู่ นั่นคือการคุกคามให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเกิดความหวาดกลัว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจึงออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นประโยชน์ให้แก่ผู้ข่มขู่ สำหรับการชักจูงโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย ก็คือการคิดสินบนเจ้าหน้าที่นั้นเอง¹⁷ เจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์โดยไม่ต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต โดยจะต้องปรากฏเงื่อนไข 2 ประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ต้องเป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมายหากเป็นเพียงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นความผิดของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้องค์ประกอบของการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมายอาจพิจารณาเทียบเคียงได้จากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายอาญา

ประการที่สอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีส่วนในการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย และต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างพฤติกรรมของผู้รับคำสั่งทางปกครองและการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ในกรณีที่บุคคลที่สามซึ่งมิใช่ผู้แทนหรือผู้รับมอบอำนาจเต็มจากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมายไม่ถือว่าเป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีส่วนในการกระทำความผิด

ข้อ 2 ผู้นั้นได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ

ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่อาจเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่พิจารณาความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ เนื่องจากผู้รับคำสั่งทางปกครองมีส่วนในการ

¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2554). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หน้า 198.

ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงจะต้องคำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ระหว่างผลกับการกระทำประกอบด้วย กรณีนี้ต่างจาก ข้อ 1 ข้างต้น เพราะมิใช่กรณีจิตใจหลอกลวง แต่เป็นความบกพร่องที่ผู้นั้นมีส่วนต้องรับผิดชอบอย่างสำคัญ เพราะ ได้ให้ข่าวสารที่ผิดพลาดอย่างมากจนทำให้เกิดคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในคำสั่งทางปกครองนั้น¹⁸

ข้อ 3 ผู้นั้นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้หรือควรจะต้องรู้ถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นเพียงการรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองจึงยังไม่เข้ากรณีตามข้อ 3 สำหรับความรู้หรือควรจะต้องรู้ถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองต้องเป็นกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องรู้ด้วยว่าเหตุดังกล่าวทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น โดยหลักแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นโดยให้มีผลย้อนหลังกลับไปในอดีต หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยให้มีผลตั้งแต่ปัจจุบันหรือให้มีผลในอนาคต องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องมีเหตุผลพิเศษในการอธิบายให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวของตนรับฟังได้ อาจกล่าวได้ว่าหากเป็นกรณีที่กฎหมายไม่คุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองแล้ว ดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการที่จะไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองย้อนหลังย่อมมีอยู่โดยจำกัดยัง¹⁹

กรณีความไม่รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองต้องเป็นไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งคำว่า “ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” หมายถึงกรณีที่จะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างสูง แต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังดังกล่าว ซึ่งการใช้ความระมัดระวังขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถอันเป็นลักษณะเฉพาะตัวของแต่ละบุคคลซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องพิจารณาทั้งองค์ประกอบทางด้านกฎหมายและความสามารถเฉพาะบุคคล ดังนั้นในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว (Bekanntgabe) ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมไม่อาจกล่าวอ้างว่าไม่ทราบถึงคำสั่งทางปกครองนั้นและในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นความไม่รู้โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง นอกจากนี้โดยที่มีแนวคิดว่า

¹⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ช (2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หน้า 307.

¹⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ จ เล่มเดิม. หน้า 215.

ประชาชนสามารถเชื่อถือการปฏิบัติของฝ่ายปกครองที่สอดคล้องกับระเบียบภายในฝ่ายปกครอง หรือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองได้ ดังนั้นหากปรากฏว่าฝ่ายปกครองปฏิบัติแตกต่างจากแนวปฏิบัติเดิม แต่คู่กรณียังเชื่อถือแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองที่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติเดิมกรณีนี้ย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง²⁰

ขั้นตอนที่สอง การคุ้มครองความเชื่อของผู้รับคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์

ความเชื่อของผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมได้รับความคุ้มครอง เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้ว โดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี เนื่องจากการที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง หรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้ว กรณีดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานหนึ่งที่ทำให้เชื่อได้ว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้แสดงความเชื่อต่อความคงอยู่ของสถานะของคำสั่งทางปกครองแล้ว ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นรูปธรรมในการพิจารณาถึงความคงอยู่ความเชื่อ (Das Bestehen eines Vertrauens) ด้วยเช่นกัน

ขั้นตอนที่สาม การพิจารณาเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างประโยชน์ของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการคุ้มครองความเชื่อต่อความคงอยู่ของสถานะของคำสั่งทางปกครองและประโยชน์สาธารณะ

เมื่อไม่ปรากฏเหตุที่ทำให้ความเชื่อไม่ได้รับความคุ้มครองตามขั้นตอนที่หนึ่ง และปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณีตามขั้นตอนที่สอง ในขั้นตอนสุดท้ายจะพิจารณาการคุ้มครองความเชื่อ (Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens) โดยเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างประโยชน์ของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการคุ้มครองความเชื่อต่อความคงอยู่ของสถานะของคำสั่งทางปกครองและประโยชน์สาธารณะ โดยในการพิจารณาความสำคัญดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeit) ภายใต้หลักการห้ามใช้อำนาจเกินขอบเขต (Übermaßverbot)²¹

²⁰ วรณาริ สิงโต. เล่มเดิม. หน้า 114.

²¹ แหล่งเดิม. หน้า 115.

ผลของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่อาจมีดุลพินิจให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตหรือมีผลไปในอนาคตก็ได้ โดยหลักแล้วกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้รับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ เจ้าหน้าที่สามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตได้ตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สี่ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์

ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาผลของคำสั่งทางปกครองจะต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักความยุติธรรมรายกรณี รวมถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย

2) การคุ้มครองสถานะของผู้รับคำสั่งทางปกครอง (Vermögensschutz)

การคุ้มครองสถานะของผู้รับคำสั่งทางปกครอง (Vermögensschutz) กำหนดไว้ตามมาตรา 48 วรรคสาม และมาตรา 49 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นพื้นฐานของความเชื่อ (Vertrauensgrundlage) โดยที่ความเชื่อของคู่กรณีต่อคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องปรากฏเหตุที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น (มาตรา 49 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์) และต้องมีการทดแทนความเสียหายอันเนื่องมาจากความเชื่อของคู่กรณีถูกระทบซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวย่อมสอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยการประกันกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 14 ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมันในการคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะและการคุ้มครองความเชื่อต่อกรรมสิทธิ์ที่รับรองโดยกฎหมายที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม กรณีการคุ้มครองความเชื่อของคู่กรณีต่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 48 วรรคสอง และมาตรา 48 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างกัน เนื่องจากตามมาตรา 48 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ เป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ซึ่งวัตถุประสงค์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเพื่อเป็นการยุติการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ หากมีการกำหนดให้ต้องจ่ายค่าทดแทนซึ่งอาจเป็นเงิน หรือการให้ประโยชน์อย่างอื่นยอมทำให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวไม่บรรลุวัตถุประสงค์ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ดังกล่าว เนื่องจากยังมีมาตรการอื่นที่ให้ผลเช่นเดียวกันแต่ปฏิบัติได้ง่ายกว่า เช่น การละเว้นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว หรือการจำกัดการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพียงบางส่วน

(1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมิได้เป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้

ตามมาตรา 48 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์กำหนดเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์ซึ่งมิได้เป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้โดยกำหนดให้มีการทดแทนความเสียหายอันเนื่องมาจากการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองต่อสถานะของคำสั่งทางปกครอง แนวคิดเกี่ยวกับการทดแทนความเสียหายเป็นแนวคิดใหม่ในกฎหมายที่ทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับสู่สถานะที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการให้ความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตที่ถูกกระทบ อาจมีการทดแทนด้วยการให้ประโยชน์อื่นๆ เมื่อการทดแทนด้วยเงินไม่อาจกระทำได้

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมิได้เป็น การให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองผู้เสียประโยชน์หรือเสียสิทธิยื่นคำร้องขอ ฝ่ายปกครองจะต้องคำนวณเฉลี่ยความเสียหายเปรียบในทรัพย์สิน อันเนื่องมาจากการรับคำสั่งทางปกครองเชื่อถือว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลบังคับอย่างต่อเนื่องตลอดไปและความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวควรได้รับความคุ้มครองเมื่อเทียบกับประโยชน์มหาชน²² ตามมาตรา 48 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ เจ้าหน้าที่ที่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม ข้อ 1 ถึงข้อ 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ประกอบด้วย

แม้ว่าในปัจจุบันได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนไว้ในมาตรา 48 วรรคสาม ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ให้นำหลักเกณฑ์การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์มาใช้บังคับแก่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมิได้เป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 48 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ โดยอนุโลมแล้วก็ตามแต่การศึกษาแนวคิดอันเป็นที่มาของบทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงบทบาทสำคัญของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

²² กมลชัย รัตนสากววงษ์ เล่มเดิม, หน้า 141.

แต่เดิมศาลปกครองและฝ่ายดำรงส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม ข้อ 1 ถึงข้อ 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดให้อนุโลมนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับด้วย และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมิได้เป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 48 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ กำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเนื่องมาจากการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองต่อความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองอย่างได้สัดส่วนแล้ว

ฝ่ายดำรงอีกด้านหนึ่งเห็นว่า ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมิได้เป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 48 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ นั้นฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายในลำดับแรกก่อนหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ จึงกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหาย ซึ่งการกำหนดให้จ่ายค่าทดแทนความเสียหายย่อมเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดในการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมิได้เป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 48 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ประการอื่นไว้ ทำให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจเป็นอย่างมากในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ และหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตซึ่งต่างก็เป็นองค์ประกอบของหลักนิติรัฐอันมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญซึ่งผูกพันต่อการใช้อำนาจของรัฐ รวมถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันมีอิทธิพลต่อกระบวนการพิจารณาตัดสินใจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและการกำหนดค่าทดแทนความเสียหายให้สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความได้สัดส่วน²³ นอกจากนี้ ควรนำหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมในการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตตามมาตรา 48 วรรคสอง ประโยคที่สาม ข้อ 1 ถึงข้อ 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์มาบังคับใช้แก่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมิได้เป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 48 วรรคสาม

²³ วรณรี สิงห์โต, เล่มเดิม, หน้า 119.

แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์มาใช้บังคับโดยอนุโลมเพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่อย่างเหมาะสมในการตัดสินใจเป็นรายกรณี

(2) การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง หมายถึง การทำให้คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับที่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลไป ซึ่งการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับกระทบต่อหลักนิติรัฐโดยตรง ดังนั้นจึงต้องมีการพิจารณาระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีความมั่นคง (Stabilisierungsfunktion des Verwaltungsrechtsverhältnisses) และหลักความมีประสิทธิภาพของการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองอย่างยืดหยุ่น (Effizienz des Verwaltungshandelns flexible) รวมถึงการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณี ด้วยเหตุนี้การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะโดยเคร่งครัด กล่าวคือกฎหมายกำหนดเหตุแห่งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ สิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง และหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในรูปของการกำหนดค่าทดแทนความเสียหายตามมาตรา 49 วรรคหก แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์รวมถึงขอบเขตการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตดังกล่าวด้วย

มีข้อควรพิจารณาว่าหลักเกณฑ์การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายจะนำมาบังคับใช้แก่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ ความเห็นด้านหนึ่งมิได้คัดค้านการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับแก่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ความเห็นโดยส่วนใหญ่ เห็นว่าไม่อาจนำหลักเกณฑ์การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมาบังคับใช้แก่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดชัดเจนว่ามาตรา 49 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ใช้บังคับแก่การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น อีกประการหนึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะได้ให้ความคุ้มครองสถานะทางกฎหมายของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมากกว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองกรณีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย มิฉะนั้นอาจกระทบต่อหลักความเสมอภาคหากปฏิบัติต่อสิ่งที่ไม่เท่าเทียมกันอย่างเท่าเทียมกันได้ (มาตรา 3 ประกอบมาตรา 20 วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี)²⁴ นอกจากนี้ผลทางกฎหมายระหว่างการยกเลิกคำสั่งทาง

²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 120.

ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังมีความแตกต่างกัน ทำให้ไม่อาจนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้บังคับแก่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์อยู่ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 49 วรรคสองและวรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ โดยเจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลไปในอนาคตหรือมีผลไปในอดีต หรือให้มีผลไปในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งในอนาคตหรือในอดีตก็ได้ แต่ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่จึงต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาผลทางกฎหมายของการยกเลิกคำสั่งทางปกครองภายใต้บังคับของรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ด้วย

ก. การยกเลิกคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปในอนาคต

ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์สมควรได้รับความคุ้มครองสถานะทางกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะเป็นอย่างสูง ดังนั้นการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัด นอกจากนี้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นข้อพิจารณาสำคัญในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์ด้วย ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงกำหนดให้การยกเลิกคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นไปตามเหตุที่กำหนดไว้ตามมาตรา 49 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ และการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะต้องมีผลไปในอนาคตเท่านั้น ได้แก่

ข้อ 1 ข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง (Widerrufsvorbehalt)

ตามมาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 1 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ กำหนดให้เจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีการตั้งข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกคำสั่งดังกล่าวตามบทบัญญัติของกฎหมายได้ซึ่งกฎหมายที่อาจกำหนดให้มีการตั้งข้อสงวนสิทธิได้ เช่น รัฐบัญญัติ (Gesetz) กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร (Rechtsverordnung) และกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองตนเอง (Satzung) แต่ไม่รวมถึงระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften)

บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการกำหนดข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกคำสั่งปกครองไว้ในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองได้ นอกจากข้อสงวนสิทธิแล้วยังหมาย

รวมถึง การกำหนดเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครอง (Nebenbestimmung) ตามมาตรา 36²⁵ วรรคสอง ข้อ 3 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีข้อสงวนสิทธิหรือเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองทำได้อย่างอิสระ เนื่องจากในการกำหนดข้อสงวนสิทธิหรือเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดกรอบในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อ 2 การไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในคำสั่งทางปกครอง (Nichterfüllung einer Auflage)

กรณีที่ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนด (Auflage) ในคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนด เจ้าหน้าที่อาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ ทั้งนี้การที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่อาจปฏิบัติตามข้อกำหนดได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดของผู้รับคำสั่งทางปกครองเสมอไป หากปรากฏเพียงว่าไม่มีการปฏิบัติตามข้อกำหนดภายในระยะเวลาที่กำหนด กรณีย่อมถือเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายได้แล้ว

จะเห็นได้ว่า ข้อสงวนสิทธิในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Widerrufsvorbehalt) ตามมาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 1 และข้อกำหนด (Auflage) ตามมาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 2 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ต่างเป็นเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครอง (Nebenbestimmung) ตามมาตรา 36 วรรคสอง ข้อ 3 และข้อ 4

²⁵ มาตรา 36 เจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่สามารถกำหนดเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองได้ หรือเพื่อให้มั่นใจได้ว่าจะบรรลุวัตถุประสงค์ของเงื่อนไขทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ภายใต้บังคับวรรคหนึ่ง เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจผูกพันในการออกคำสั่งทางปกครองพร้อมกับการกำหนดเงื่อนไขในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ระยะเวลาที่กำหนดให้สิทธิหรือภาระหน้าที่เริ่มมีผลหรือสิ้นสุด ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง
 - (2) เงื่อนไขให้การเริ่มมีผลหรือสิ้นสุดของสิทธิหรือภาระหน้าที่ต้องขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน
 - (3) ข้อสงวนสิทธิที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครอง หรือสัมพันธ์กับเงื่อนไขดังต่อไปนี้
 - (4) ข้อกำหนดให้ผู้ได้รับประโยชน์ต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำ หรือต้องมีภาระหน้าที่หรือยอมรับภาระหน้าที่หรือความรับผิดชอบบางประการ
 - (5) ข้อสงวนสิทธิในการจัดให้มี เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มข้อกำหนดดังกล่าวในภายหลัง
- เงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่ทำให้วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองนั้นเสียไป.

แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ มีข้อควรพิจารณาว่า ในกรณีที่เงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่จะสามารถบังคับการตามเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ ตามบันทึกประกอบร่างกฎหมายของฝ่ายรัฐบาลเห็นว่าเจ้าหน้าที่ที่สามารถบังคับการตามเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากตามหลักนิติรัฐเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถใช้มาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายบังคับกับสิทธิประชาชนได้²⁶

อย่างไรก็ตาม ความเห็นโดยทั่วไปเห็นว่าแม้ว่าเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็มีผลบังคับผูกพัน เนื่องจากความชอบด้วยกฎหมายของเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองมิได้เป็นเงื่อนไขตามกฎหมายในการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง แม้กระนั้นเจ้าหน้าที่ก็มีดุลพินิจตัดสินใจว่าจะดำเนินการบังคับตามเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองปรากฏชัดเจน แต่เจ้าหน้าที่ยังฝืนบังคับการตามเงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวอีกอาจทำให้การดำเนินการดังกล่าวของเจ้าหน้าที่เป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดได้ อย่างไรก็ตามจะต้องมิใช่กรณีที่เงื่อนไขประกอบคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ

ข้อ 3 ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป (Anderung der Tatsachenlage)

คำสั่งทางปกครองอาจถูกยกเลิกได้หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองเปลี่ยนแปลงไปในภายหลังซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว เจ้าหน้าที่จะไม่ออกคำสั่งทางปกครอง กรณีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป เช่น กรณีที่ศาลเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานหรือกรณีที่ความรู้ทางวิชาการเปลี่ยนแปลงไป แต่กรณีที่รัฐมนตรีเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองไม่ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไป

อย่างไรก็ตามการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะต้องไม่กระทบต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจากอันตรายต่างๆ ตามแนวคำพิพากษาวินิจฉัยว่ากรณีดังต่อไปนี้เป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น สุขอนามัยของประชาชน การคุ้มครองสวัสดิภาพเยาวชน หรือการคุ้มครองการบริหารเงินงบประมาณ และเจ้าหน้าที่ที่จะดำเนินการยกเลิกคำสั่งทางปกครองจะต้องมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะดังกล่าวด้วย

²⁶ วรณรี สิงโต, เล่มเดิม, หน้า 123.

ข้อ 4 บทกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป (Anderung der Rechtslage)

บทกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปในที่นี้ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงของบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น รัฐบัญญัติ (Gesetz) กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร (Rechtsverordnung) หรือกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองตนเอง (Satzung) สำหรับการเปลี่ยนแปลงระเบียบภายในฝ่ายปกครองที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย หรือการเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาไม่ถือว่าเป็นกรณีที่บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป

อย่างไรก็ตามหากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปแล้ว เจ้าหน้าที่ย่อมไม่อาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้หากผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้รับประโยชน์แต่เพียงบางส่วน เจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแต่เพียงบางส่วนได้ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าการยกเลิกดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายเกินควรแก่กรณี ทั้งนี้การยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวต้องไม่กระทบต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจากอันตรายต่างๆ เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ตามมาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์

ข้อ 5 การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (Abwehr schwerer Nachteile für das Gemeinwohl)

มาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 5 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ กำหนดในลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแม้จะไม่ปรากฏว่ามีเหตุแห่งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 1 ถึงข้อ 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ แต่ก็อาจเป็นเหตุตามข้อ 5 การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้มาตรการในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นกฎหมายตามเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเหตุตามข้อ 5 นี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน (Ius eminens) จึงต้องตีความบทบัญญัติดังกล่าวอย่างเคร่งครัดในฐานะข้อยกเว้น เช่น บังคับใช้แก่กรณีสาธารณภัย หรือเหตุการณ์ความไม่สงบ ด้วยเหตุนี้การยกเลิกคำสั่งทางปกครองตามเหตุที่กำหนดไว้ตามข้อ 5 นี้จึงมีกรณีที่อาจนำมาใช้บังคับได้ไม่มาก

เหตุยกเลิกคำสั่งทางปกครองแต่ละเหตุตามที่กำหนดในข้อ 1 ถึงข้อ 5 ดังกล่าวข้างต้นมีความสัมพันธ์กัน เช่น กรณีที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย (Recht) เปลี่ยนแปลงไป ย่อมไม่เป็นกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมาย (Rechtsvorschriften) เปลี่ยนแปลงไปตามข้อ 4 แต่อาจเป็นกรณีการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามข้อ 5 ได้ นอกจากนี้เมื่อปรากฏเหตุแห่งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ตามมาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 1 ถึงข้อ 5 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์แล้ว เจ้าหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจ

ตัดสินใจโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครองและการยกเลิกคำสั่งทางปกครองรวมทั้งต้องพิจารณาถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วย

มาตรา 49 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ กำหนดการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในฐานะการคุ้มครองสถานะของผู้รับคำสั่งทางปกครอง (Vermögensschutz) โดยกฎหมายบัญญัติให้มีการทดแทนความเสียหายหากเจ้าหน้าที่ยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป หรือเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (มาตรา 49 วรรคสอง ข้อ 3 ถึงข้อ 5 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์) นอกจากนี้ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ เห็นว่าในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป หรือเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (มาตรา 49 วรรคสอง ข้อ 3 ถึง ข้อ 5 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์) เจ้าหน้าที่ต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตด้วยเช่นกันโดยจะพิจารณาควบคู่ไปกับการพิจารณาว่ากรณีที่เกิดกล่าวอ้างว่าเป็นเหตุแห่งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองเป็นเหตุที่กำหนดไว้ตามบทบัญญัติมาตรา 49 วรรคสอง ข้อ 3 ถึงข้อ 5 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ด้วยหรือไม่

ข้อพิจารณาว่าในการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเป็นไปตามข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนด (มาตรา 49 วรรคสอง ข้อ 1 และข้อ 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์) เจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองหรือข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครอง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตทุกกรณีหรือไม่ ในกรณีนี้มีความเห็น 2 แนวทาง คือ

แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่าเนื่องจากหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายมิได้ห้ามการพิจารณาหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดกลไกในการคุ้มครองความเชื่อต่อสถานะของคำสั่งทางปกครองไว้ในรูปแบบของการยกเลิกคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปในอนาคตเช่นเดียวกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองตามเหตุที่กำหนดไว้ตามมาตรา 49 วรรคสอง ข้อ 3 ถึงข้อ 5 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ดังนั้นในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่มีข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองหรือข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครองจะต้องพิจารณาถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตด้วย อีกประการหนึ่ง การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง

โดยเหตุที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนดจะต้องปรากฏว่าไม่มีมาตรการอื่นซึ่งมีความรุนแรงน้อยกว่าการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่จะสามารถบังคับผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ปฏิบัติตามข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งการพิจารณามาตรการอื่นที่กระทบต่อผู้รับคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด (Das mildeste Mittel) ต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตประกอบด้วย

แนวทางที่สอง เห็นว่าข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองหรือข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครองเป็นข้อจำกัดของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต เนื่องจากผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมคาดหมายได้ตั้งแต่แรกแล้วว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจถูกยกเลิกได้ด้วยเหตุนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองจึงไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ และตามบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดชัดเจนว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีสิทธิในการเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายเฉพาะกรณีที่กำหนดไว้ตามมาตรา 49 วรรคหก ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ได้แก่ การยกเลิกคำสั่งทางปกครองเพราะข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปหรือเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (มาตรา 49 วรรคสอง ข้อ 3 ถึง ข้อ 5 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์)

มีข้อควรพิจารณาว่า การพิจารณาค่าทดแทนความเสียหายตามมาตรา 49 วรรคหก ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ซึ่งกำหนดให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองและความเชื่อดังกล่าวสมควรได้รับความคุ้มครอง จะต้องมีการเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระหว่าง การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองและประโยชน์สาธารณะ ดังเช่นที่กำหนดไว้สำหรับกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมิได้เป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 48 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ด้วยหรือไม่

ฝ่ายดาราโดยส่วนใหญ่เห็นว่า มาตรา 49 วรรคหก แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ มิได้กำหนดให้มีการเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระหว่างการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองและประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกำหนดไว้แตกต่างจากมาตรา 48 วรรคสามอย่างชัดเจน จึงเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งหมายที่จะให้ความสำคัญกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตต่อคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมากกว่าการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตต่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นในการพิจารณาสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายของผู้รับประโยชน์ตามมาตรา 49 วรรคหก แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทาง

ปกครองแห่งสหพันธ์ เจ้าหน้าที่จึงไม่จำเป็นต้องเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระหว่างการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองและประโยชน์สาธารณะอีก²⁷

ส่วนหนึ่งมีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า มาตรา 49 วรรคหก แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ต้องมีการเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระหว่างการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองและประโยชน์สาธารณะดังเช่นที่กำหนดไว้ตามมาตรา 48 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ เพราะแม้ว่าบทบัญญัติทั้งสองจะกำหนดไว้แตกต่างกัน แต่ก็มีได้ขัดแย้งกัน ทั้งยังไม่มีความชัดเจนว่า ประโยชน์สาธารณะมีความสำคัญมากกว่าการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ บันทึกร่างกฎหมายของฝ่ายรัฐบาลเห็นว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตตามมาตรา 48 และมาตรา 49 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกันได้²⁸

ข. การยกเลิกคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปในอดีต

ตามมาตรา 49 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ กำหนดว่าเจ้าหน้าที่อาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ เช่น การให้เงินสนับสนุนจากรัฐในการประกอบกิจการอุตสาหกรรม (Subventionen) การให้เงินสวัสดิการ (Sozialleistungen) หรือการให้เงินช่วยเหลือแก่ข้าราชการ (Fürsorgeleistungen an Beamte) ให้มีผลย้อนหลังได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดโดยวัตถุประสงค์ในการใช้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้จะต้องกำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครองอย่างแน่นอนและชัดเจนด้วย

การยกเลิกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 49 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ กำหนดเหตุแห่งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองไว้ 2 เหตุ ดังนี้

1. มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง
2. ผู้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครอง

มีข้อควรพิจารณาว่า การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 49 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ จะต้องปรากฏเหตุแห่งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่

²⁷ แหล่งเดิม. หน้า 128.

²⁸ แหล่งเดิม. หน้า 129.

กำหนดไว้ตามมาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 1 ถึงข้อ 5 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณา
 เรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ด้วยหรือไม่ นั้น

ในกรณีนี้ฝ่ายคำรามีความเห็นว่ มาตรา 49 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณา
 เรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็
 นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ไว้เป็นการเฉพาะนอกเหนือจากที่
 กำหนดไว้ตามมาตรา 49 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่ง
 สหพันธ์²⁹ และมีได้ปรากฏว่มีการห้ามนำบทบัญญัติในมาตรา 49 วรรคสองมาใช้บังคับด้วยเหตุนี้
 จึงอาจนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 49 วรรคสอง มาใช้บังคับแก่การยกเลิกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็
 นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ตามมาตรา 49 วรรคสามแห่ง
 รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ด้วย อย่างไรก็ตามในการยกเลิกคำสั่ง
 ทางปกครองกรณีไม่มีการปฏิบัติตามข้อกำหนดประกอบคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่
 กฎหมายกำหนดตามมาตรา 49 วรรคสาม ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 2 บัญญัติไว้เช่นเดียวกับมาตรา 49
 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์จึง
 ไม่จำเป็นต้องอนุโลมบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาใช้

มีข้อสังเกตว่บทบัญญัติตามมาตรา 49 วรรคสาม ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 2 กำหนดไว้
 เช่นเดียวกับมาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทาง
 ปกครองแห่งสหพันธ์แต่ให้ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง
 เฉพาะที่เป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้อันเนื่องมาจากเหตุ
 ตามมาตรา 49 วรรคสาม ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง
 แห่งสหพันธ์ เจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตได้ แต่การ
 ยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์อันเนื่องมาจากเหตุตามมาตรา 49 วรรคสอง
 ประโยคที่หนึ่งข้อ 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ เจ้าหน้าที่อาจ
 ยกเลิกคำสั่งทางปกครองให้มีผลไปในอนาคตได้เท่านั้น จึงทำให้เข้าใจได้ว่หลักเกณฑ์การยกเลิก
 คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 49 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณา
 เรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ใช้บังคับแก่คำสั่งทางปกครองซึ่งมิได้เป็นการให้เงิน หรือให้
 ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ เช่น การอนุญาตประกอบกิจการ หรือการอนุญาต
 ก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

²⁹ แหล่งเดิม, หน้า 130.

3.2 หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สถานะของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจนั้น อยู่ในสถานะตรงข้ามกับสถานะของหลักการดังกล่าวในระบบกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจไม่ปรากฏชัดเจนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้อาจพบเห็นอยู่บ้างในทางตำราก็ตาม อย่างไรก็ตามดูเหมือนว่าจะมีหลักกฎหมายทั่วไปและคำพิพากษาบรรทัดฐานอยู่ 2 เรื่องที่มีพื้นฐานมาจากหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ คือ หลักความไม่มีผลย้อนหลัง (Le principe de non-retroactivite) และการคุ้มครองสิทธิที่ได้รับไปแล้ว (Droits acquis) แต่ความเห็นทางตำราและศาลฝรั่งเศสต่างไม่ยอมรับว่าหลักการดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ³⁰ แต่มีการอธิบายกันว่าหลักการดังกล่าวนี้มาจาก “หลักความมั่นคงทางกฎหมาย” ที่เรียกในภาษาฝรั่งเศสว่า “Principe de securite des situations juridiques” (หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ) อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายฝรั่งเศส และด้วยเหตุดังกล่าวนี้เมื่อกฎมาถึงกรณีที่สิทธิหรือนิติฐานะของบุคคลได้รับความคุ้มครองให้อยู่ในสถานะที่มั่นคงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เราขอมกล่าวได้ว่าการคุ้มครองดังกล่าวถือเป็นผลที่มาจากหลักความมั่นคงของกฎหมายเป็นสำคัญ อนึ่งในปัจจุบัน เราจะพบพัฒนาการของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจและหลักความมั่นคงของกฎหมายในชั้นการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยสภาแห่งรัฐ แต่สภาแห่งรัฐก็ยังคงปฏิเสธไม่ยอมรับว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจและหลักความมั่นคงของกฎหมายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป³¹ ในชั้นการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแม้ว่าสภาแห่งรัฐจะกล่าวอ้างถึงความจำเป็นในการคุ้มครองนิติฐานะของผู้รับนิติกรรมทางปกครองภายใต้พัฒนาการดังกล่าวนี้ก็ตาม

³⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล ก (2553). *หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ* (เอกสารประกอบการสัมมนา วิชา น.350 กฎหมายปกครอง 1 ภาค 1 ปีการศึกษา 2553 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). หน้า 1. (อัคราณา)

³¹ ปิยบุตร แสงกนกกุล ข (2549). เหตุการณ์สำคัญในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสประจำเดือนมกราคม 2005,” ใน หนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชน จาก www.pub-law.net เล่ม 5, บรรณาธิการโดยนันท์วัฒน์ บรรณานันท์. หน้า 503.

3.2.1 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือกำเนิดขึ้นจากแนวบรรทัดฐานตามคำพิพากษาของศาล ระบบกฎหมายปกครองจึงไม่เป็นระบบมากนักทั้งในแง่กฎหมายสารบัญญัติที่จะปรับใช้กับคดีและในแง่ของการแบ่งประเภทคดีปกครอง นักวิชาการฝรั่งเศสจึงเป็นผู้มีบทบาทในการทำให้กฎหมายปกครองเป็นระบบ³² ดังนั้นหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของฝรั่งเศสจึงมีหลักมาจากคำวินิจฉัยของ “สภาแห่งรัฐ” หรือกงเซย์ เดตาท์ ซึ่งทำหน้าที่สำคัญสองประการซึ่งแตกต่างกันไปพร้อมๆ กัน คือ หนึ่ง “อำนาจหน้าที่ทางศาล” ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทและ สอง “อำนาจหน้าที่ทางปกครอง” ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษา สภาแห่งรัฐหรือกงเซย์ เดตาท์ มีฐานะเป็นศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส³³ ซึ่งในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุด สภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสมีหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครอง ในกรณีนี้กงเซย์ เดตาท์ มีฐานะเป็นศาลชั้นต้น ซึ่งคำพิพากษาของศาลปกครองถือว่าเป็นที่สุดหมายความว่า คดีที่ฟ้องร้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรงและคำตัดสินของศาลนี้ไม่สามารถอุทธรณ์ฎีกาต่อไปอีกได้ กล่าวคือ สภาแห่งรัฐหรือกงเซย์ เดตาท์ เป็นทั้งผู้พิจารณาในชั้นต้นและในชั้นที่สุดโดยตลอด ตัวอย่างเช่น การฟ้องขอให้เพิกถอนกฎีกาซึ่งตราขึ้นโดยประธานาธิบดี หรือการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครอง (Acts administratifs) ที่มีขอบเขตบังคับนอกเหนือเขตอำนาจของศาลชั้นต้นหรือศาลประจำท้องที่แต่ละศาล ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้ ก็คือ “อำนาจในการสร้างหลักคำพิพากษาทางปกครอง”³⁴ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มีได้เคยมีการบัญญัติไว้มาก่อนในกฎหมายปกครองอย่างเช่นกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา หลักคำพิพากษาทางปกครองจึงค่อยๆ เกิดขึ้นโดยเกิดจากการตีความและการยอมรับกฎเกณฑ์ต่างๆ ทีละเล็กละน้อยจากวิวัฒนาการของสังคม

ในฐานะที่สภาแห่งรัฐเป็นศาลปกครอง คำร้องที่สามารถยื่นต่อศาลปกครองชั้นต้นได้มีอยู่ 2 ชนิด คำร้องชนิดแรก คือ คำร้องขอเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำอันมิชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำนอกเหนืออำนาจ ผู้ร้องจะร้องขอต่อศาลให้พิจารณาถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้นเสีย ถ้าศาลได้พิจารณาพิพากษาเพิกถอนการกระทำดังกล่าวข้างต้น การกระทำที่ถูกเพิกถอนก็จะมีผล

³² สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2549). *วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ* (รายงานการวิจัย). หน้า 80.

³³ ภิรัชญา วัฒนรุ่ง. (2543). *ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน*. หน้า 126.

³⁴ แหล่งเดิม. หน้า 129.

ย้อนหลังถือเสมือนว่าไม่มีคำสั่งหรือการกระทำนั้นอยู่อีกต่อไป และถือเป็นคำสั่งที่นำมาใช้อีกไม่ได้ “การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครอง” หมายความว่ารวมถึงกฎข้อบังคับที่ลงนามรับรองโดยนายกเทศมนตรีของเทศบาลจนกระทั่งถึงกฎฎีกาที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีและลงชื่อประทับโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ทั้งนี้ไม่รวมกฎเกณฑ์ที่ออกโดยรัฐสภา คำร้องขอชนิดที่สอง คือ คำร้องขอเรียกสิทธิหรือค่าสินไหมทดแทน เช่น กรณีเกี่ยวกับคดีภาษี คดีเกี่ยวกับการเลือกตั้งหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการซื้อขายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับงานทางด้านโยธาธิการ

สำหรับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจไม่ได้ถูกยอมรับให้มีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ทว่าในชั้นการพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส ก็ได้ปรากฏถึงพัฒนาการของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองตลอดจนหลักความมั่นคงของกฎหมายหรือความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับนิติกรรมทางปกครองในการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์ คือศาลปกครองฝรั่งเศสได้นำเอานิติฐานะของบุคคลที่เกิดขึ้นหรือก่อตั้งขึ้นจากนิติกรรมทางปกครองมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยมีผลย้อนหลังหรือเพิกถอนโดยมีผลนับแต่เวลาเพิกถอนไปในอนาคตเพื่อคุ้มครองนิติฐานะของบุคคลที่เกิดขึ้นจากนิติกรรมทางปกครองนั้น นอกจากนี้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังปรากฏถึงหลักการเฉพาะเรื่องที่เรียกกันว่า “ทฤษฎีข้าราชการตามความเป็นจริง” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ทำหน้าที่คุ้มครองการใช้อำนาจและความเชื่อถือของปัจเจกบุคคลที่มีต่อการใช้อำนาจของข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยมีเหตุบกพร่อง³⁵

ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส การแบ่งประเภทคดีปกครอง Edouard Laferriere ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงที่สุดคนหนึ่งของฝรั่งเศส และศาลปกครองฝรั่งเศส³⁶ ได้วางแนวทางในเรื่องดังกล่าวเอาไว้โดยวิเคราะห์จากลักษณะทางรูปแบบของคดี คือ พิจารณาจากอำนาจของศาลเหนือคดีนั้น³⁷ ซึ่งตามแนวทางดังกล่าวนี้คดีปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศส ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอยู่ประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นที่มาของหลักการสำคัญในการ

³⁵ แหล่งเดิม.

³⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ จ. (2522). *ประเภทของคำฟ้องคดีปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส* (เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา การควบคุมฝ่ายปกครอง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาคการศึกษาที่ 2 ปีการศึกษา). หน้า 3. (อัดสำเนา).

³⁷ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. เล่มเดิม. หน้า 81, 84.

พิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในฝรั่งเศส นั่นคือ คดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำฟ้องที่เรียกว่า “Recours pour excès de pouvoir” เพื่อโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่องค์กรฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยเกินอำนาจ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์ขอให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (Acte administrative unilatéral) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ คำสั่งทางปกครองหรือกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่ข้อความคิดเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีความหมายอย่างกว้างขวาง โดยครอบคลุมทั้งคำสั่งทางปกครองและกฎ³⁸ ดังนั้นคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงไม่ได้มีการแบ่งแยกการฟ้องคดีโต้แย้งหรือขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองออกจากการฟ้องคดีโต้แย้งกฎดังที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมัน³⁹

โดยหลักแล้วคำฟ้องในคดีประเภทนี้มุ่งเน้นไปที่การขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎเป็นสำคัญ⁴⁰ และโดยหลักแล้วศาลปกครองในคดีประเภทนี้ก็มีอำนาจจำกัดเพียงการสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น⁴¹ ศาลไม่อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้ มิฉะนั้นแล้วศาลก็จะก้าวออกจากอำนาจหน้าที่ในทางตุลาการไปสู่หน้าที่ทางบริหารอันขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ⁴² แต่ในปัจจุบัน บุคคลอาจใช้คำฟ้องประเภทนี้สำหรับการปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎหรือการเพิกเฉยไม่ออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎได้โดยศาลปกครองอาจกำหนดไว้ในคำพิพากษาให้องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎได้หากศาลเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎนั้น⁴³ อนึ่งผู้มีอำนาจฟ้องคดีประเภทนี้ ได้แก่ บุคคลผู้ที่ประโยชน์เกี่ยวข้อง (Interet a agir) ของตนถูกระทบกระทบจากนิติกรรมทางปกครอง⁴⁴

³⁸ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์ ค. (2545). “การกระทำทางปกครอง” ใน หนังสืออาจารย์บุญชู รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์. หน้า 162-163.

³⁹ วรเจตน์ ภักีรัตน์ จ. เล่มเดิม. หน้า 5.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 3-4.

⁴¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. เล่มเดิม. หน้า 81, 85.

⁴² แหล่งเดิม. หน้า 199-200.

⁴³ วรเจตน์ ภักีรัตน์ จ. เล่มเดิม. หน้า 4.

⁴⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2531, ธันวาคม). “วิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่มที่ 7 (3). หน้า 744-754.

3.2.2 พัฒนาการของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

ดังที่กล่าวแล้วข้างต้น ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เดิมศาลปกครองฝรั่งเศสถือหลักการที่สภาแห่งรัฐวางไว้ในคดี Rodiere คือในกรณีที่ปรากฏตามทางพิจารณาว่านิติกรรมทางปกครองที่ถูกฟ้องขอให้เพิกถอนนั้นเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลจะพิพากษาสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นคำพิพากษาในคดี Rodiere ได้วางหลักว่าคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลเป็นการแทนที่นิติกรรมทางปกครองที่ถูกศาลเพิกถอนในทันที และที่สำคัญก็คือ การเพิกถอนโดยศาลนั้นมีผลย้อนหลังโดยถือเสมือนว่านิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นไม่เคยเกิดขึ้นเลย

อย่างไรก็ตาม หลักการเกี่ยวกับผลแห่งคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลเป็นการแทนที่นิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนทันทีและมีผลย้อนหลังนั้น แม้จะเป็นการสร้างประสิทธิผลอันเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวให้แก่คดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่หลักการเกี่ยวกับผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวก็ทำให้เกิดปัญหา 2 ด้านซึ่งขัดแย้งกันในตัวเอง กล่าวคือ ในด้านหนึ่งหลักการเกี่ยวกับผลย้อนหลังในทันทีของผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวเป็นเพียงสิ่งสมมุติที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการคุ้มครองคู่ความในคดี แต่ในอีกด้านหนึ่งแท้จริงแล้วนิติกรรมทางปกครองที่ถูกศาลเพิกถอนนั้นก็เคยมีอยู่จริงและเกิดผลในทางกฎหมายต่อเนื่องตามมาด้วยเสมอ ด้วยเหตุนี้ตุลาการศาลปกครองที่ได้คำนึงถึงความไม่เหมาะสมของผลย้อนหลังดังกล่าวจึงได้พยายามแสวงหาทางออกเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีขึ้นเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดในผลย้อนหลังเสมอของนิติกรรมที่ถูกเพิกถอน เช่น การปรับใช้ทฤษฎีข้าราชการตามความเป็นจริง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้จะผ่อนคลายความเคร่งครัดของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยการสร้างหลักกฎหมายเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณิดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่ผลทางกฎหมายจากผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นก็ยังคงปราศจากความยืดหยุ่นด้วยเหตุนี้ ในบางกรณีองค์กรนิติบัญญัติจึงได้ตรากฎหมายมาบรรเทาผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเป็นกรณีเฉพาะในบางเรื่องอีกด้วย⁴⁵ คือองค์กรนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายกำหนดให้การกระทำที่เกิดหรือก่อตั้งขึ้นบนนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นมีผลในทางกฎหมายอยู่ได้ (Une loi de validation)⁴⁶ ซึ่งแม้อาจถูกโต้แย้งทางทฤษฎี แต่ในบางครั้งก็จำเป็นในทางปฏิบัติ⁴⁷

⁴⁵ วีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์. “อำนาจสร้างหลักกฎหมายของตุลาการศาลปกครอง (*Lepolivior normative du juge administrative*.” ถอดความสรุปและเรียบเรียงจากบทที่ข้อสังเกตท้ายคำพิพากษาของ Florence CROUZATIER-DURAND เรื่อง “*Le pouvior normafive du juge administratif*,” Actualite jurisprudentielle, AJDA, 28 juillet 2008, pp. 1504-1508. (สำนักงานศาลปกครอง) น.13. (อัดสำเนา)

⁴⁶ ปิยนุตร แสงกนกกุลม ข เล่มเดิม หน้า 341-349.

ความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับการผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังจากคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ได้ก่อให้เกิดความก้าวหน้าเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่ศาลจะต้องใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรกตามคำพิพากษาศาลแห่งรัฐในคดี Titran ลงวันที่ 27 กรกฎาคม 2001 กล่าวคือ ศาลแห่งรับได้พิพากษาคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยพิพากษาให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเลือกกระทำการให้ศาลพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลไปในอนาคตกับการให้รัฐมนตรีกลับไปทบทวนแก้ไขนิติกรรมทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายเสียเอง (รัฐมนตรีจะมีเวลาในการแก้ไขปรับปรุงความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนในทางกฎหมายโดยอาศัยความชอบธรรมจากผลแห่งคำพิพากษาของศาล) ทั้งนี้อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวเป็นเสมือนการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยมีเงื่อนไข (ให้เวลาแก่ฝ่ายปกครองในการแก้ไขปรับปรุง) เนื่องจากศาลปกครองเข้าใจถึงปัญหาในสถานการณ์ทางกฎหมายที่ยุ่ยากละเอียดอ่อนที่จะเกิดขึ้นจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ศาลจึงมิได้พิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ศาลจึงมิได้พิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในทันที เว้นแต่จะมีเหตุเหมาะสมในการเพิกถอนจริงๆ⁴⁸

ต่อมาในปี ค.ศ. 2002 ศาลแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาในคดี Caisse d'assurance accident-agricole du Bas-Rhin ลงวันที่ 25 มีนาคม 2002 โดยพิพากษาถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ถูกฟ้องโต้แย้ง และเห็นว่าโดยปกติแล้วความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะมีผลให้นิติกรรมดังกล่าวถูกเพิกถอน แต่อย่างไรก็ตาม ศาลแห่งรัฐก็ไม่ได้พิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่กลับดำเนินการแก้ไขข้อผิดพลาดดังกล่าวให้ถูกต้องด้วยตนเอง ซึ่งขัดกับหลักการที่ห้ามศาลปกครองทำตัวเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง วิธีการพิพากษาเช่นนี้ยังไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนในคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแต่ดูเหมือนว่าเป็นการวินิจฉัยตามวิธีการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีที่พิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติที่ถูกโต้แย้งนั้นชอบด้วยกฎหมาย แต่มีเงื่อนไขว่าคำว่า “ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ดังกล่าวหมายความว่าชอบด้วยหลักการตีความตามหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้นถ้าหากองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องตีความเป็นอย่างอื่นเพื่อการใช้หรือเพื่อประโยชน์ใดๆ แตกต่างไปจากที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตีความย่อมถือว่ารัฐบัญญัติที่ถูกโต้แย้งนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้⁴⁹

⁴⁷ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. เล่มเดิม. หน้า 406.

⁴⁸ วีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 13.

⁴⁹ แหล่งเดิม. หน้า 14.

ดังที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ความใส่ใจ รอบคอบ และคำนึงถึงผลกระทบจากคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ก่อตัวขึ้น (ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับกรณีศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองโดยศาลได้พิจารณาและคำนึงถึงผลกระทบของคำสั่งทางปกครองที่ไปกระทบต่อ “สิทธิที่ได้รับไปแล้ว” (Droit acquis) ของบุคคลโดยเฉพาะเมื่อศาลปกครองเข้าไปจัดการในส่วนผลของคำพิพากษาก็ยิ่งแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ของอำนาจตุลาการของศาลปกครองในการแสวงหาความสมดุลของผลประโยชน์ เพื่อพิพากษากำหนดช่วงเวลามีผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในแต่ละเรื่องแต่ละกรณีอย่างเหมาะสม (Le juge administrative module dans le temps les effets de l'annulation) และด้วยเหตุดังกล่าวนี้ในปี ค.ศ. 2004 สภาแห่งรัฐโดยที่ประชุมใหญ่จึงไม่สร้างหลักกฎหมายในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นใหม่ในคำพิพากษาคดี Association AC! Et autres ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 2004⁵⁰

ในคดี Association AC ! et autres สมาคมต่อต้านการว่างงานและพวกได้ยื่นฟ้องต่อสภาแห่งรัฐเพื่อขอให้เพิกถอนประกาศรัฐมนตรีกระทรวงแรงงานที่เกี่ยวกับข้อตกลงเรื่องการประกันการว่างงาน สภาแห่งรัฐโดยที่ประชุมใหญ่พิจารณาแล้วเห็นว่าประกาศรัฐมนตรีไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะกระบวนการออกประกาศผิดขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ⁵¹ แต่หลังจากได้พิจารณาประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของประกาศดังกล่าวแล้ว สภาแห่งรัฐได้พิจารณาถึงความเหมาะสมเกี่ยวกับการกำหนดผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองด้วยสภาแห่งรัฐกล่าวว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยมีผลย้อนหลังยังคงเป็นหลักกฎหมายที่ใช้เป็นหลักทั่วไปในคดีเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในคดี แต่ศาลได้นำหลักการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ต่างๆ เพื่อกำหนดช่วงเวลาของการมีผลเพิกถอน (ไม่ย้อนหลัง) ที่เหมาะสมมาใช้ในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปดังกล่าวด้วย⁵² ในคดีดังกล่าวนี้ สภาแห่งรัฐเห็นว่า หากพิพากษาให้เพิกถอนย้อนหลังจะเกิดผลกระทบต่อคนว่างงานจำนวนมากที่ได้รับผลประโยชน์จากประกาศฉบับนี้ไปแล้ว ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงมีคำพิพากษาโดยกำหนดให้บางส่วนของประกาศรัฐมนตรีดังกล่าวถูกเพิกถอนโดยมีผลย้อนหลัง และให้เพิกถอนอีกบางส่วนของประกาศดังกล่าวโดยมีผลในอนาคตนับแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2004⁵³ คำพิพากษาคดี Association AC ! et autres ดังกล่าวจึงได้สร้างบรรทัดฐานขึ้นใหม่ว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองไม่จำเป็นต้องมีผลย้อนหลัง

⁵⁰ ปิยนุตร แสงกนกกุล ข เล่มเดิม, หน้า 501-502.

⁵¹ แหล่งเดิม.

⁵² วีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์, เล่มเดิม, หน้า 14.

⁵³ ปิยนุตร แสงกนกกุล ข เล่มเดิม.

เสมอไป ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดให้การเพิกถอนมีผลในอนาคตได้โดยพิจารณาจากความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้ที่เกี่ยวข้องและประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้หมายความว่าคดีนี้ได้ยกเลิกบรรทัดฐานในคดี Rodiere สถานะแห่งรัฐยืนยันว่าโดยหลักแล้วการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยศาลยังมีผลย้อนหลัง เว้นแต่บางกรณีที่จำเป็นต้องคุ้มครองประโยชน์ที่ได้รับไปแล้วของผู้รับนิติกรรมทางปกครองหรือต้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ศาลปกครองก็มีอำนาจกำหนดให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลในอนาคตได้⁵⁴

หลักการในคดี Association AC! et autres ได้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส 2 ประเด็น ประเด็นแรก ศาลปกครองยอมรับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจในการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมากขึ้นเรื่อยๆ หลักการดังกล่าวนี้ได้ถูกรับรองในกฎหมายประชามยุโรปมาช้านานเนื่องมาจากอิทธิพลของกฎหมายปกครองเยอรมัน ซึ่งแม้ศาลยุติธรรมแห่งประเทศยุโรปเองก็สามารถกำหนดให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองถูกเพิกถอนหรือยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปทั้งหมดหรือบางส่วนได้⁵⁵ อย่างไรก็ตามศาลปกครองฝรั่งเศสก็ยังคงปฏิเสธไม่ยอมรับให้หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนประเด็นที่สอง อำนาจของศาลปกครองในคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีมากขึ้นเรื่อยๆ จากเดิมศาลปกครองมีอำนาจเพียงสั่งเพิกถอนเท่านั้น แต่ปัจจุบันศาลปกครองมีอำนาจกำหนดให้การเพิกถอนมีผลในเวลาใดก็ได้⁵⁶

และต่อมาในปี ค.ศ. 2007 สถานะแห่งรัฐได้ปรับใช้หลักกฎหมายอันเป็นข้อยกเว้นดังกล่าวกับนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง (Decision individuelle) คือในคำพิพากษาคดี Sire ลงวันที่ 12 ธันวาคม 2007 สถานะแห่งรัฐได้พิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการโดยไม่ให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่มีคำสั่งแต่งตั้ง⁵⁷

หลักกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวข้างต้นเป็นหลักการที่สถานะแห่งรัฐใช้อำนาจพิพากษากำหนดช่วงเวลามีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังที่เหมาะสมโดยค้นหาสมดุลภาพระหว่างประโยชน์ต่างๆ ด้วยการชั่งน้ำหนักส่วนได้เสียใน 2 ชั้น ชั้นแรก คือการพิจารณาถึงความสมควรหรือมีเหตุในการใช้อำนาจกำหนดปรับเปลี่ยนผลย้อนหลังหรือไม่ ถ้าการพิพากษาเพิกถอน

⁵⁴ แหล่งเดิม.

⁵⁵ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. เล่มเดิม. หน้า 222.

⁵⁶ ปิยนุตร แสงกนกกุล ข เล่มเดิม. หน้า 502-503.

⁵⁷ วีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 14.

นิติกรรมทางปกครองให้มีผลย้อนหลังก่อให้เกิดผลกระทบต่อ “ผลทางกฎหมาย” หรือ “นิติฐานะ” ที่มีหรือดำเนินการค้างอยู่ “เกินสมควรแก่เหตุเป็นอย่างมาก” แล้วก็ถือว่ามีความสมควรหรือมีเหตุในการใช้อำนาจกำหนดปรับเปลี่ยนผลย้อนหลัง ในกรณีเช่นนี้ก็จะต้องพิจารณาในชั้นที่สอง คือการพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างส่วนได้เสีย ซึ่งมุ่งคำนึงถึงความแตกต่างระหว่างผลประโยชน์และผลเสียที่จะเกิดขึ้นจากการใช้รูปแบบต่างๆ ในการกำหนดช่วงเวลามีผลเพิกถอนไม่ย้อนหลังเพื่อแสวงหารูปแบบช่วงเวลามีผลเพิกถอนไม่ย้อนหลังที่ส่งผลเสียหรือผลกระทบน้อยที่สุดระหว่างผลประโยชน์ต่างๆ ที่ขัดแย้งกันอยู่

การที่ศาลได้วางหลักกฎหมายใหม่ในการตัดสินคดี ล้วนแต่ตั้งอยู่บนความกังวลถึงความไม่มั่นคงแน่นอนที่จะเกิดขึ้นจากผลแห่งพิพากษาเพราะอาจส่งผลกระทบต่อ “นิติสัมพันธ์หรือนิติฐานะต่างๆ” ที่ดำรงอยู่ในระบบกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ในคำพิพากษาคดี Societe KPMG ลงวันที่ 24 มีนาคม 2006 ศาลแห่งรัฐจึงได้นำข้อคำนึงถึงผลความไม่มั่นคงแน่นอนข้างต้นมากำหนดหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจออกกฎ กล่าวคือ หากการออกกฎหมายจะกระทบต่อสิทธิประโยชน์หรือสถานะทางกฎหมายที่ดำรงอยู่ก่อนแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึง “ความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะ” ในเรื่องนั้นๆ ซึ่งหมายความว่า การใช้อำนาจออกกฎให้มีผลย้อนหลังสามารถทำได้ เว้นแต่เป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะและในปีเดียวกันนี้ ศาลแห่งรัฐในคำพิพากษาคดี Societe Techna เมื่อ ตุลาคม 2006 ได้ตัดสินให้ผลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ละประเด็นในคดีเดียวกันแตกต่างกันออกไป คือเพิกถอนย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังแตกต่างกันได้ในแต่ละประเด็น โดยอ้างถึงการคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะ ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องแต่ละรายในแต่ละประเด็นอีกเช่นกัน และถัดมาในปี ค.ศ. 2007 ศาลแห่งรัฐในคำพิพากษาคดี SA Tropic travaux signalization ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 2007 ได้ปรับใช้หลักการดังกล่าวเพื่อยกเว้น “หลักการมีผลย้อนหลังของกฎหมายตามแนวคิดพิพากษา” เพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะ แม้ว่าผลย้อนหลังนั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบเกินสมควรอย่างมากแก่นิติฐานก็ตาม⁵⁸

นอกจากนี้ ความต้องการคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะยังผลักดันให้ศาลแห่งรัฐพิพากษาว่า ในคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม คู่กรณีที่ไม่ได้รับการคัดเลือกเข้าเป็นคู่สัญญาโดยผลแห่งคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐ มีสิทธิโต้แย้งสัญญาดังกล่าวได้ก็แต่เพียงในเรื่องกระบวนการจัดทำสัญญาที่มีผลผูกพันภายหลังจากวันอ่านคำพิพากษาเท่านั้น (จะได้แย้งกระบวนการทำสัญญาที่มีผลอยู่ก่อนวันอ่านคำพิพากษาไม่ได้) ซึ่งหมายความว่า ผลแห่งคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐที่ตัดสินว่าผู้เสียหายไม่ได้เป็นคู่สัญญาจะไม่มี

⁵⁸ แหล่งเดิม, หน้า 16

ผลย้อนหลังไปถึงการทำสัญญาก่อนวันอ่านคำพิพากษา เว้นแต่มีการฟ้องร้องกระบวนการจัดทำสัญญาที่มีผลผูกพันดังกล่าวอยู่ก่อนแล้วก่อนวันที่มีการอ่านคำพิพากษา

ทั้งนี้ Phillipe RAIMBAULT อาจารย์ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยลิโมซ ได้กล่าวว่าเทคนิคในการทำคำพิพากษาลักษณะดังกล่าวนั้นไม่ได้หมายความว่าเพียงแต่การพิพากษาให้มีผลไปในอนาคตเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงหลักกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ศาลปกครองหาจุดสมดุลเพื่อกำหนดช่วงเวลาเหมาะสมที่จะให้คำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับ ซึ่งขึ้นอยู่กับวิธีการต่างๆ ที่สามารถให้ความหลากหลายในข้อยุติทางเลือกใหม่ของคดี (ไม่บังคับให้ย้อนหลังหรือให้ย้อนหลังบางส่วนหรือทั้งหมด หรือให้มีผลไปในอนาคต) ตลอดจนเปิดโอกาสให้ข้อขัดแย้งของหลักการมีผลย้อนหลังของหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษา

ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 สภาแห่งรัฐได้ยืนยันถึงหลักกฎหมายอันเป็นข้อยกเว้นของหลักการมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไว้ในคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ ลงวันที่ 16 พฤษภาคม 2008 กล่าวคือ ในคดีนี้สภาแห่งรัฐได้พิพากษาวางหลักไว้ในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) ในแต่ละคดีแต่ละรายการมีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ออกนิติกรรมทางปกครองซึ่งก็คือ วันที่ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น หรือไม่เพียงใด หรือแม้แต่ให้เริ่มมีผลเพิกถอนนับแต่วันใดวันหนึ่งในอนาคต (ไม่มีผลย้อนหลังเลย) เมื่อมีเหตุผลอันสมควรของเรื่องที่จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะต่างๆ ที่ดำรงอยู่

ในกรณีตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ ลงวันที่ 16 พฤษภาคม 2008 ดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลรวมคำฟ้อง 2 กรณีเข้าพิจารณาพิพากษาไปในคราวเดียวกัน ได้แก่ กรณีที่จังหวัดวาล-เดอ-มารัน จังหวัดแซนน์-แซงก์-เดอนิส สมาคมการปกครองระดับภาคของฝรั่งเศสและการปกครองระดับภาคปารีส ยื่นคำฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาเลขที่ 2005-1631 ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2005 ว่าด้วยการกำหนดวิธีการถ่ายโอนบริการสาธารณะหรือบางส่วนของบริการสาธารณะในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ และกรณีที่จังหวัดแซนน์-เอ-มารัน ยื่นคำฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกาเดียวกันและคำสั่งทางปกครองที่รัฐมนตรีปฏิเสธโดยปริยายในคำขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 27 เมษายน 2006⁵⁹

ทั้งนี้ รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2005 ที่ถูกฟ้องโต้แย้งนั้นเป็นกฎหมายว่าด้วยการกำหนดวิธีการถ่ายโอนบริการสาธารณะหรือบางส่วนของบริการสาธารณะ โรงเรียนมัธยมต้น และมัธยมปลายทั้งหมดเกี่ยวกับการรับรองนักเรียน งานโภชนาการ บริการหอพักนักเรียน และการ

⁵⁹ ประพักษ์ ชมพู, เล่มเดิม, หน้า 145.

ซ่อมบำรุงรักษาทั่วไป ตลอดจนการบำรุงรักษาทางเทคนิค (แต่ไม่รวมถึงงานจัดระเบียบและ สอดส่องดูแลนักเรียน) และที่สำคัญยังรวมไปถึงการถ่ายโอนอันเป็นปัญหาหลักในการฟ้องร้องคดี นี้ได้แก่ การถ่ายโอนงานคัดเลือกและงานบริหารงานบุคคลช่างเทคนิค ช่างก่อสร้าง และงานบริการ ทางเทคนิคและก่อสร้าง (TOS) โดยมีการกำหนดให้ถ่ายโอนเจ้าหน้าที่ TOS ของกระทรวงศึกษาธิการ จำนวนกว่า 90,000 คน ไปยังส่วนการปกครองท้องถิ่น ทั้งนี้นับแต่รัฐบาลประกาศการถ่ายโอน เจ้าหน้าที่ดังกล่าว ผู้แทนประชาชนหลายคนได้ยกปัญหาความไม่พร้อมในการเตรียมการของ เจ้าหน้าที่ส่วนท้องถิ่น และปัญหาเกี่ยวกับการไม่สอบถามความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย ดังนี้ประธานสภาจังหวัดวาล-เดอ-มาร์น จังหวัดแซนน์-แซงส์-เดอนิส สมาคมการปกครอง ระดับภาคของฝรั่งเศสและการปกครองระดับภาคปิการ์ดี จึงฟ้องคดีขอให้สภาแห่งรัฐพิจารณาว่า การไม่จัดให้มีการสอบถามความคิดเห็นก่อนออกรัฐกฤษฎีกา ทำให้รัฐกฤษฎีกาที่ออกมานั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่ได้ทำตามรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็น เหตุให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวได้⁶⁰

ในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวนี้ สภาแห่งรัฐได้แบ่งการพิจารณาในประเด็น “ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐกฤษฎีกาที่ถูกโต้แย้ง” กับประเด็น “การกำหนดผลแห่ง คำพิพากษาต่อรัฐกฤษฎีกาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ออกจากกัน

ในประเด็นแรกอันได้แก่ ประเด็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐกฤษฎีกาที่ถูก โต้แย้งนั้น สภาแห่งรัฐได้พิจารณาและอ้างถึงถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 104 แห่งรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 13 สิงหาคม 2004 ว่าด้วยเสรีภาพและความรับผิดชอบของท้องถิ่น เป็นฐานในการพิจารณา พินิจพิเคราะห์ กล่าวคือ 1. บทบัญญัตินี้ใช้บังคับกับบริการสาธารณะทั้งหลายหรือบางส่วนของบริการ สาธารณะดังกล่าวซึ่งเดิมอยู่ในอำนาจการจัดทำของรัฐ แต่ได้โอนให้แก่องค์การปกครองส่วน ท้องถิ่นประเภทต่างๆ หรือโอนให้แก่กลุ่มความร่วมมือทางผลประโยชน์ขององค์การปกครองส่วน ท้องถิ่นดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญนี้ 2. บริการสาธารณะหรือบางส่วนของบริการสาธารณะดังกล่าวจะ ถูกถ่ายโอนไปตามวิธีการที่กำหนดในมาตรา L.1321-1 ถึง L.1321-8 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วย องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นและรวมถึงวิธีการที่กำหนดดังต่อไปนี้... 3. (ให้ถ่ายโอนบริการ ดังกล่าว) ภายในระยะเวลาสามเดือนนับแต่มีการประกาศใช้รัฐกฤษฎีกาให้ความเห็นชอบใน ข้อตกลงการถ่ายโอนบริการที่ได้ทำตามแบบในเรื่องนี้ระหว่างผู้แทนของรัฐกับหัวหน้าส่วนราชการ ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ เช่น ประธานสภาการปกครองระดับภาค หรือนายกองค์การ บริการส่วนการปกครองเกาะคอซซีก้า หรือประธานสภาส่วนการปกครองจังหวัด หรือประธานฝ่าย บริหารกลุ่มความร่วมมือผลประโยชน์ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือนายกเทศมนตรีเพื่อ

⁶⁰ วีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 8-9.

รับรองรายชื่อของบริการสาธารณะหรือบางส่วนของบริการสาธารณะดังกล่าวว่า เป็นบริการที่อยู่
ในอำนาจขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มความร่วมมือทางผลประโยชน์ขององค์การ
ปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งได้รับการถ่ายโอนอำนาจจากรัฐตามรัฐบัญญัตินี้...สำหรับการถ่ายโอน
บริการสาธารณะหรือบางส่วนของบริการสาธารณะภายหลังประกาศใช้รัฐกฤษฎีกาให้ความ
เห็นชอบในเรื่องนี้ไปแล้ว ให้ถ่ายโอนบริการสาธารณะนั้นภายในระยะเวลาสามเดือนนับแต่วันที่มี
การทำข้อตกลงถ่ายโอนอำนาจจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว...4. ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงภายใน
ระยะเวลาสามเดือนดังกล่าว รายชื่อบริการสาธารณะหรือบางส่วนของบริการสาธารณะที่มีอยู่จะมี
ผลใช้บังคับต่อเมื่อมีประกาศคำสั่งร่วมระหว่างรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบในกิจการองค์การปกครอง
ส่วนท้องถิ่นและรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องโดยเห็นชอบประกอบเหตุผลของคณะกรรมการ
ประนีประนอมแห่งชาติที่ตั้งขึ้นตามคำสั่งของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบในกิจการองค์การปกครองส่วน
ท้องถิ่น...⁶¹

สภาแห่งรัฐได้พิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 1 วรรคแรก แห่งรัฐกฤษฎีกา
ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2005 ว่าด้วยการจัดตั้งคณะกรรมการไตรภาคีท้องถิ่น ที่กำหนดให้มี
“คณะกรรมการไตรภาคีท้องถิ่นเพื่อการถ่ายโอนบริการสาธารณะและบุคลากร” ซึ่งแต่งตั้งโดย
หัวหน้าส่วนการปกครองระดับภาคแต่ละภาคและผู้ว่าราชการจังหวัดแต่ละจังหวัดนับตั้งแต่ข้อตกลง
(การถ่ายโอน) เพื่อรับรองรายชื่อบริการสาธารณะหรือบางส่วนของบริการสาธารณะที่ถ่ายโอน
ให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีผลใช้บังคับหรือนับแต่มีประกาศคำสั่งร่วมระหว่างรัฐมนตรีที่
เกี่ยวข้องตามมาตรา 104 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 สิงหาคม 2004 นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐได้
พิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งรัฐกฤษฎีกา ที่กำหนดให้คณะกรรมการไตรภาคีไม่ชอบ
ด้วยกฎหมาย จะมีผลย้อนหลังเสมือนนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เคยเกิดขึ้นเลย แต่ถ้าการเพิกถอน
นิติกรรมทางปกครอง (ในที่นี้ คือ รัฐกฤษฎีกา) โดยมีผลย้อนหลังไปนับตั้งแต่วันที่ออกนิติกรรม
ทางปกครอง (วันที่ตรารัฐกฤษฎีกาออกใช้บังคับ) นั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบเกินสมควรเป็นอย่าง
มากใน “ผลทางกฎหมาย” และ “นิติฐานะ” (ซึ่งได้แก่ “สิทธิประโยชน์” และหรือ “ภาระหน้าที่”
ที่เกิดขึ้นหรือได้ก่อตัวขึ้นจากรัฐกฤษฎีกาที่จะถูกเพิกถอนดังกล่าวแล้ว) และกรณีดังกล่าวจะเป็น
การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหากให้ “ผลทางกฎหมาย” และ “นิติฐานะ” ดังกล่าวมีผลบังคับใช้
อยู่ในเวลาใดเวลาหนึ่งต่อไป เมื่อศาลได้พิจารณาประโยชน์ของคู่กรณีแต่ละฝ่ายในคดีและ
ตรวจสอบหนทางเยียวยาทั้งหลายแล้ว ศาลปกครองไม่ว่าโดยอาศัยอำนาจยกประเด็นดังกล่าวขึ้น
พิจารณาเอง (เพราะเห็นว่าเป็นประเด็นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย) หรือโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
ยกขึ้นกล่าวอ้างในคดีก็ตาม ย่อมมีอำนาจตัดสินผ่อนคลายความเคร่งครัดในการปรับใช้

⁶¹ ประพฤกษ์ ฆมภู. เล่มเดิม. หน้า 146.

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (ผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอน) แก่นิติกรรมทางปกครอง (รัฐกฤษฎีกา) ที่เป็นปัญหาดังกล่าวได้ โดยจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบสัดส่วนของผลสำคัญสองด้านที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกัน ในด้านหนึ่ง ได้แก่ ผลของการเพิกถอนย้อนหลังที่จะกระทบกับผลประโยชน์ทั้งหลายของสาธารณะหรือของเอกชนที่มีอยู่ (ประโยชน์ทั้งหลายที่เกิดขึ้นต่อเนื่องมาจากการบังคับใช้รัฐกฤษฎีกา) และในอีกด้านหนึ่ง ได้แก่ ผลเสียต่อผู้ฟ้องคดีที่อาจเกิดขึ้นจากการพิพากษาจำกัดช่วงเวลาของการมีผลย้อนหลังหรือพิพากษาไม่ให้ผลย้อนหลังที่อาจจะไปกระทบกับการปรับใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับการพิจารณาคืออย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ก็เพราะหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวนี้เรียกร้องการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยมีผลย้อนหลังไปนับแต่วันที่ออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เดือนร้อนเสียหายจากการออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶²

ดังนั้น ศาลแห่งรัฐจึงเห็นว่า ศาลปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องรวบรวมข้อเท็จจริงต่างๆ ข้างต้น เพื่อพิจารณาว่ามีความชอบธรรมสมเหตุสมผลหรือไม่ ที่จะพิพากษายกเว้นไม่นำหลักการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (ในที่นี้คือรัฐกฤษฎีกา) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยมีผลย้อนหลังมาใช้ ทั้งนี้ หากมีเหตุอันสมควรที่จะไม่เพิกถอนรัฐกฤษฎีกาโดยมีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ตรารัฐกฤษฎีกาใช้บังคับ (เมื่อได้ชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบความได้สัดส่วนระหว่างผลสำคัญสองด้านดังกล่าวข้างต้น) ศาลปกครองจะต้องกล่าวอ้างในคำพิพากษาเพิกถอนนั้นด้วยว่า การฟ้องคดีโต้แย้งนิติกรรมใดๆ (“ผลทางกฎหมาย” และ “นิติฐานะ” (“สิทธิประโยชน์” และหรือ “ภาระหน้าที่” ต่างๆ) ที่เกิดขึ้นและมีอยู่สืบเนื่องกันมาจากการบังคับใช้รัฐกฤษฎีกาที่ถูกโต้แย้งนั้นเป็นฐานในทางกฎหมาย) นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาที่ถูกโต้แย้งนี้ นิติกรรมดังกล่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งมีอยู่ดำเนินการอยู่ก่อนวันที่คำพิพากษาเพิกถอนรับกฤษฎีกา ย่อมถือว่าถึงที่สุดและไม่ได้รับผลกระทบหรือถูกเพิกถอนแต่อย่างใด และในการนี้หากมีเหตุอันสมควร ศาลปกครองมีดุลพินิจกำหนดให้การเพิกถอนนิติกรรม (“ผลทางกฎหมาย” และ “นิติฐานะ”) นั้นมีผลนับแต่วันหนึ่งวันใดที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาก็ได้ (มีผลไปในอนาคต)

สำหรับในประเด็นเกี่ยวกับการปรับใช้ข้อยกเว้นของหลักการมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาในคดีนี้ ศาลแห่งรัฐเห็นว่า รัฐกฤษฎีกาที่ถูกโต้แย้งตลอดจนประกาศคำสั่งที่ออกตามรัฐกฤษฎีกาได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ และมี “ผลทางกฎหมาย” และ “นิติฐานะ” ในเรื่องต่างๆ สืบเนื่องกันมาจากการใช้บังคับรัฐกฤษฎีกาหรือประกาศคำสั่งดังกล่าวแล้ว และเมื่อคำนึงถึงสิทธิในการเลือกที่จะโอนไปเป็นข้าราชการส่วนท้องถิ่น หรือคงสถานะเดิม

⁶² วีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 4-5.

ของข้าราชการส่วนกลาง ซึ่งมีผลใช้บังคับข้าราชการที่เกี่ยวข้องต่อมาจนถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2007 ตามบทบัญญัติมาตรา 109 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 13 สิงหาคม 2004 รวมทั้งคำสั่งทางปกครองให้ดำรงตำแหน่งใหม่ในส่วนท้องถิ่น หรือคงดำรงตำแหน่งเดิมในส่วนกลางตามรัฐธรรมนูญฯ ดังกล่าว ก็มีผลใช้บังคับมาแล้วเช่นกัน และจะมีผลใช้บังคับครั้งต่อไปในวันที่ 1 มกราคม 2009 ตามความในบทบัญญัติมาตรา 147 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ดังประมวลแผ่นดินปี ค.ศ. 2006 นอกจากนี้ ในส่วนของรัฐธรรมนูญฯ ดังประมวลแผ่นดินปี ค.ศ. 2007 และ 2008 ก็ได้ผ่านความเห็นชอบเงินงบประมาณสนับสนุนการถ่ายโอนข้าราชการนี้แก่ส่วนราชการส่วนท้องถิ่นตามสิทธิที่ควรได้รับไว้แล้วอีกเช่นกัน⁶³

ด้วยเหตุดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงเห็นว่า หากมีคำพิพากษาเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาที่ถูกโต้แย้งนั้นโดยมีผลย้อนหลัง องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีภาระหน้าที่อย่างมาก (และซับซ้อน) ในการพิจารณาใช้มาตรการอันจำเป็นต่างๆ ที่มีอยู่เพื่อให้การบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา 104 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 13 สิงหาคม 2004 เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อได้คำนึงถึงผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นต่อเนื่องสืบกันมาจากการบังคับใช้รัฐกฤษฎีกาและการประกาศคำสั่งที่ออกตามรัฐกฤษฎีกา ประกอบกับผลประโยชน์ในด้านต่างๆ ที่ผูกพันอยู่กับผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นไปแล้ว อันได้แก่ประโยชน์ในเรื่องความต่อเนื่องในอำนาจหน้าที่ของราชการส่วนท้องถิ่นต่างๆ (ซึ่งได้ดำเนินการมาแล้วพอสมควร) ประการหนึ่ง และประโยชน์ในเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะของราชการส่วนท้องถิ่นและบุคลากรที่เกี่ยวข้อง (มีการถ่ายโอนสิทธิหน้าที่และผลประโยชน์ของส่วนราชการและบุคลากรข้าราชการที่เกี่ยวข้องแล้วเป็นจำนวนมาก) ซึ่งจะได้รับผลกระทบเกินสมควรแก่เหตุเป็นอย่างมากหากมีคำพิพากษาเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาโดยมีผลย้อนหลัง อีกประการหนึ่งแล้ว สภาแห่งรัฐจึงเห็นสมควรพิพากษาเพิกถอนรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2005 โดยกำหนดให้มีผล (ไปในอนาคต) นับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2009 และให้องค์กรฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องพิจารณาใช้มาตรการที่จำเป็นทั้งหลาย (ในการใช้บังคับรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 13 สิงหาคม 2004 ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย) โดยคำนึงถึงการคุ้มครองผลประโยชน์ทั้งสองประการดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ภายใต้ข้อจำกัดการฟ้องคดีเพิกถอน “ผลทางกฎหมาย” หรือ “นิติฐาน” ที่อาศัยรัฐกฤษฎีกาที่ถูกเพิกถอนเป็นฐานทางกฎหมายนับแต่วันที่มิคำพิพากษานี้ ส่วนคำฟ้องของจังหวัดแซนน์-เอ-มาร์น ไม่มีเหตุให้ต้องพิจารณาต่อไป⁶⁴

⁶³ ประพฤกษ์ ชมพู, เล่มเดิม, หน้า 149.

⁶⁴ แหล่งเดิม, หน้า 150.

ดังที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า สภาแห่งรัฐยืนยันในเบื้องต้นว่าการกระทำใดๆ ขององค์กรฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดไว้ทั้งในเรื่องรูปแบบและขั้นตอนหรือกระบวนการการออกกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองที่ขัดแย้งกับกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเคารพหลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวนี้ นับเป็นหลักประกันที่ช่วยค้ำชูหลักนิติรัฐของประเทศ และในท้องที่ที่สุด สภาแห่งรัฐได้สรุปผลแห่งคดีนี้ว่า การฝ่าฝืนขั้นตอนหรือกระบวนการตามกฎหมายอย่างชัดเจนในเรื่องนี้มีเหตุสมควรพิพากษาเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาอย่างไรก็ตาม โดยที่การเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาจะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับ “นิติกรรม” และ “นิติฐานะ” ทั้งหลายซึ่งเป็น “ผลทางกฎหมาย” ที่เกิดขึ้นสืบเนื่องต่อมาจากการใช้รัฐกฤษฎีกานั้นเป็นฐานทางกฎหมาย รวมทั้งยังมีปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนหรือกระบวนการ ตลอดจนคำสั่งทางปกครองต่างๆ เกี่ยวกับการยุบรวมหรือแยกส่วนราชการตามกฎหมายว่าด้วยการให้สิทธิเลือกโอนสถานะไปเป็นข้าราชการท้องถิ่นหรือดำรงสถานะข้าราชการของรัฐตามเดิมอีกด้วย สภาแห่งรัฐจึงพิพากษาเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวโดยให้มีผลไปในอนาคต คือ ให้เพิกถอนนับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2009 ซึ่งเป็นวันที่นิติกรรมทางปกครองในการยุบรวมหรือแยกส่วนราชการตามกฎหมายว่าด้วยการให้สิทธิเลือกโอนสถานะไปเป็นข้าราชการท้องถิ่นหรือดำรงสถานะข้าราชการของรัฐตามเดิมจะมีผลใช้บังคับ ดังนั้น ด้วยความกังวลถึงความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติและการตระหนักถึงผลกระทบอันเกินสมควรแก่เหตุเป็นอย่างมากที่จะเกิดขึ้นกับผลทางกฎหมายต่างๆ ข้างต้น ศาลปกครองจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าสมควรหรือไม่ที่จะยกเว้นผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ดังที่ตุลาการผู้แถลงคดี กิโยมาร์ (Guyomar) กล่าวไว้ในคำแถลงการณ์ในคดี Sire ปี ค.ศ. 2007 (สภาแห่งรัฐพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการโดยไม่ให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่แต่งตั้ง) ว่า “การพิพากษายกเว้นหลักการมีผลย้อนหลังนี้ได้แสดงให้เห็นถึงทัศนคติที่ขี้ดองและคำนึงถึงความเป็นจริงของศาลปกครอง ซึ่งเป็นผู้ที่ทราบถึงความจำเป็นในทางปฏิบัติในบางกรณีสามารถบรรเทาความเคร่งครัดของหลักการที่ใช้อยู่ได้

3.2.3 การมีผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส คำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับนับแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่ผู้อยู่ใต้ปกครองจะได้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้นได้ก็ต่อเมื่อได้มีการประกาศให้ทราบคำสั่งหรือนิติกรรมนั้นแล้วเท่านั้น ดังนั้นการโต้แย้งดังกล่าวจะกระทำได้นับแต่วันที่การประกาศให้ทราบเป็นต้นไป

ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีหลักว่าคำสั่งทางปกครองประเภทที่เป็นโมฆะนั้นไม่มีผลมาแต่เริ่มแรก และผู้ใดที่ยกขึ้นกล่าวอ้างได้ไม่ว่าจะโดยเอกชน ฝ่ายปกครองหรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง โดยไม่ต้องนำมาฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นแต่ฟ้อง

แสดงความไม่มีอยู่ของคำสั่งดังกล่าวเท่านั้น และยกขึ้นเมื่อใดก็ได้โดยไม่มีอายุความเพราะเป็นสิ่งไม่มีอยู่ตามความเป็นจริง แต่คำสั่งทางปกครองลักษณะอย่างใดเป็นโมฆะในทางคำรายอมรับว่าเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและไม่มีความแน่นอนอย่างมาก เท่าที่เป็นมาสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยให้คำสั่งทางปกครองดังต่อไปนี้เป็นโมฆะ

- (1) เป็นคำสั่งขององค์กรซึ่งไม่มีอยู่จริงโดยทางกฎหมาย
- (2) เป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่บังคับแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำไปเพื่อเจตนาประสงค์ร้ายเป็นการส่วนตัวโดยแท้ มิได้เป็นไปตามอำนาจทางปกครองที่ให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่นั้น
- (3) เป็นกรณีที่ต้องสั่งซึ่งมีเฉพาะอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เท่านั้น แต่ไปออกคำสั่งในเรื่องที่เป็นคำสั่งตุลาการ
- (4) เป็นการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งมิใช่เพื่อให้ทำงานตามหน้าที่แต่เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากตำแหน่งนั้นเท่านั้น
- (5) เป็นการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานทั้งที่เจ้าหน้าที่นั้นพ้นกำหนดคดีที่ต้องทำหน้าที่นั้นแล้ว⁶⁵

ส่วนในกรณีที่กฎหมายทางกฎหมาย (เช่น คำสั่งทางปกครอง กฎ) มีสถานะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักความมั่นคงของกฎหมายซึ่งเรียกร้องความมั่นคงของกฎหมายย่อมอยู่ในสถานะที่เป็นปฏิปักษ์กับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ระบบกฎหมายจึงต้องหาดุลยภาพระหว่างหลักทั้งสอง เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ ถ้าไม่ต้องด้วยเหตุผลประกอบร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัด นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมมีผลทางกฎหมายอย่างมั่นคงแต่ถ้านิติกรรมทางปกครองนั้น ถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองในกระบวนการพิจารณาคดีแล้วปรากฏว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะวินิจฉัยเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น แต่การเพิกถอนเช่นนี้จะไม่กระทบต่อผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ให้สิทธิประโยชน์อันตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎที่ถูกเพิกถอน⁶⁶

⁶⁵ โทมัส จิรัชสุททิกุล. (2553). “คำสั่งทางปกครองที่สิ้นสุดลงโดยเหตุที่เป็นโมฆะ.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 27 (3). หน้า 78-79.

⁶⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ในคดี Caussudery ลงวันที่ 3 ธันวาคม 1954 อ้างถึงใน สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2549). *วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ* (รายงานการวิจัย). หน้า 226.

3.2.4 หลักเกณฑ์การคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

ในการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองฝรั่งเศส หลักการที่ว่าศาลต้องพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลังซึ่งแต่เดิมยึดถือมาโดยตลอด แม้นิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้น จะเป็นนิติกรรมทางปกครองอันเป็นการให้ประโยชน์ก็ตาม แต่ในปัจจุบันศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักการที่ศาลที่ศาลจะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นที่จะต้องปกป้องรักษาความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองในการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่โดยเหตุที่หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจไม่ใช่หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักการที่เรียกร้องให้ต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองจึงไม่ได้ถูกกล่าวอ้างภายใต้ข้อความคิดว่าด้วยหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในรายละเอียดในทางเนื้อหาแล้วก็จะเห็นได้ว่าหลักการที่ถูกพัฒนาขึ้นเป็นวิวัฒนาการที่ได้รับอิทธิพลมาจาก “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ” ที่สืบสาวได้จาก “หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ” (หลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย) ซึ่งหลักกฎหมายในประการหลังนี้ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั่นเอง

มีข้อสังเกตว่าแม้หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะจะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่ก่อนจะมีพัฒนาการเกี่ยวกับหลักการที่เรียกร้องให้ศาลปกครองจะต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองในชั้นการพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังที่ได้กล่าวข้างต้น หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะก็หาได้มีอิทธิพลในชั้นการพิจารณาพิพากษาไม่ กล่าวคือ ศาลจะพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและคำพิพากษานั้นจะมีผลย้อนหลัง เพราะถือหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างเคร่งครัด หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวก็เป็นแต่เพียงที่มาของการกำหนดระยะเวลาฟ้องคดีอันเป็นหลักการประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะหรือสิทธิหน้าที่ของบุคคลในชั้นก่อนเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลเท่านั้น

อนึ่ง นอกจากหลักการที่เรียกร้องให้ศาลจะต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองในชั้นการพิจารณาพิพากษาอันได้รับอิทธิพลมาจากหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังมีการสร้างหลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องขึ้นเพื่อคุ้มครองความเชื่อของผู้รับนิติกรรมทางปกครองและผ่อนคลายผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง อันได้แก่ “ทฤษฎีข้าราชการตามความเป็นจริง” หลังทฤษฎีดังกล่าวนี้ถือ

เป็นหลักที่ปกป้องคุ้มครองการใช้อำนาจของข้าราชการที่ถูกแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการแต่งตั้งนั้นอาจถูกเพิกถอนในภายหลัง ซึ่งเป็นไปเพื่อคุ้มครองความเชื่อของบุคคลที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองที่ถูกทำขึ้นโดยข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการนั่นเอง

3.3 การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศไทย

ในระบบกฎหมายของไทยหลัก “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต” เป็นหลักกฎหมายสำคัญประการหนึ่งที่จะต้องพิจารณาประกอบในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับโดยมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีได้อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สิ้นผลบังคับควรจะต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าวได้นำมาบัญญัติเป็น ครั้งแรกในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การพยายามอธิบายหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตโดยเทียบเคียงจากหลักสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังอาจไม่ครบถ้วน แต่ในระบบกฎหมายเยอรมันได้พัฒนาหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตจนกระทั่งปัจจุบันศาลปกครองได้ยอมรับว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตมีสถานะเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญที่จะต้องพิจารณาประกอบในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับ ดังนั้นการอธิบายหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในคำสั่งทางปกครองโดยศึกษารัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันย่อมทำให้เข้าใจถึงแนวคิดหลักกฎหมายพื้นฐาน สถานะทางกฎหมายและบทบาทของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับได้ดียิ่งขึ้นและโดยที่ทราบกันทั่วไปแล้วว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ร่างขึ้นโดยนำแนวคิดมาจากรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน⁶⁷ บางหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ยังคงกล่าวยังเป็นหลักการใหม่สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองของประเทศไทยและบางหลักเกณฑ์ยังไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่เดิมหรือแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานราชการ

⁶⁷ มานิตย์ จุมปา. เล่มเดิม. หน้า 207.

3.3.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นรูปแบบของการกระทำทางปกครองที่สำคัญที่สุดนั้น มีคุณลักษณะพิเศษที่ไม่ปรากฏในการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น คุณลักษณะที่โดดเด่นประการหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง คือแม้ว่าฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย เว้นแต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นจึงจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลตั้งแต่นั้นหรือเป็นโมฆะ ซึ่งหมายความว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้นไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ดังที่ผู้ออกคำสั่งต้องการ เช่น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ แก่ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ในกรณีทั่วไปแม้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ตกเป็นโมฆะแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลผูกพันบุคคลผู้รับคำสั่งให้ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้จนกว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะสิ้นผลลง

คำสั่งทางปกครองอาจสิ้นผลลงได้ในหลายลักษณะ เช่น สิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลา โดยเงื่อนไข หรือโดยสภาพของเรื่องเนื่องจากการได้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองแล้ว แต่การสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุด คือ การสิ้นผลลงโดยการเจตนาลบล้างโดยองค์กรของรัฐ โดยทั่วไปแล้วองค์กรของรัฐที่สามารถลบล้างคำสั่งทางปกครองได้ย่อมได้แก่ องค์กรตุลาการ โดยการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และองค์กรฝ่ายปกครอง การลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะใหญ่ๆ คือ ในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองประการหนึ่งและนอกกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองอีกประการหนึ่ง โดยในการพิจารณาลบล้างคำสั่งทางปกครองนอกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจแสดงเจตนายกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเงื่อนไขในการลบล้างคำสั่งทางปกครองหรือทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวสิ้นผลลงมีความแตกต่างกัน

หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการลบล้างคำสั่งทางปกครองนอกกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 49 ถึงมาตรา 53 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเรียกว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และแยกการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองออกเป็น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 50 ถึงมาตรา 52 และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 53 และโดยที่ลักษณะของการ

ลบคำสั่งทางปกครองทั้งสองกรณีมีความแตกต่างกัน บางตำราจึงเรียกการลบคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายว่า “เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง” และเรียกการลบคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายว่า “การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง”⁶⁸ ซึ่งในการศึกษาเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้มีปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณา คือปัญหาว่าด้วยเรื่องผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองและการสิ้นผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งต้องพิจารณาหลักกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย

3.3.1.1 ความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง”

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ดังนี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

จากคำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ดังกล่าว สามารถจำแนกองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครอง เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งมาตรา 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

“เจ้าหน้าที่” คือผู้มีอำนาจหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย “เจ้าหน้าที่” นี้อาจเป็นบุคคลธรรมดาได้แก่บรรดาข้าราชการต่างๆ หรือพนักงานของราชการส่วนท้องถิ่น หรือเป็นคณะบุคคล ก็ได้ เช่น คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน คณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน คณะกรรมการส่งเสริมและรักษาสีงแวดล้อมแห่งชาติ คณะกรรมการอุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร เป็นต้น หรือนิติบุคคล ก็ได้ เช่น กระทรวง กรม จังหวัด องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล เป็นต้น เพราะบางกรณีกฎหมายจะมอบอำนาจให้นิติบุคคลเป็นผู้ใช้อำนาจแทนที่

⁶⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ช (2554). กฎหมายปกครองภาคทั่วไป. หน้า 245-246.

จะเป็นตัวบุคคล⁶⁹ อย่างไรก็ตามนิติบุคคลเป็นสิ่งที่ไม่มีตัวตนและชีวิตจิตใจเหมือนบุคคลธรรมดา ดังนั้นถึงแม้ว่าจะได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายก็ตาม นิติบุคคลก็ไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ด้วยตนเองต้องให้บุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งซึ่งเป็น “ผู้แทน” หรือ “ผู้มีอำนาจทำการแทน” ของคนใช้อำนาจดังกล่าวแทนตนและในนามของตนอีกทอดหนึ่ง เช่น เทศบาลเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาล แต่ในการทำนิติกรรมทางปกครองของเทศบาลกฎหมายก็ได้กำหนดให้บุคคลธรรมดาซึ่งดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีเป็นผู้ทำการเทศบาลนั้น ความจริงข้อนี้แสดงให้เห็นว่าในทางปฏิบัติแล้วผู้ซึ่งใช้หรือได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมายมีอยู่เพียงสองประเภทเท่านั้น คือบุคคลธรรมดาและคณะบุคคลธรรมดา⁷⁰ ส่วนข้อความที่ว่า “ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” นั้นหมายความว่าผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามนัยของพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้นอาจจะเป็นบุคลากรในภาครัฐหรือบุคลากรในภาคเอกชนก็ได้

บุคลากรในภาครัฐนั้นอาจจะเป็นบุคลากรของส่วนราชการ (ข้าราชการ ลูกจ้างประจำ ลูกจ้างชั่วคราว) บุคลากรของรัฐวิสาหกิจ หรือบุคลากรของกิจการอื่นของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจ เช่น มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี หรือมหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ เป็นต้น

บุคลากรในภาคเอกชนก็อาจจะเป็น “เจ้าหน้าที่” ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้ในบางกรณี เช่น การตรวจสภาพรถยนต์ก่อนที่กรมการขนส่งทางบกจะต่อทะเบียนและออก “ป้ายวงกลม” ให้นั้น แต่เดิมกรมการขนส่งทางบกเป็นผู้ดำเนินการตรวจสภาพรถยนต์เองแต่ในปัจจุบันนี้ กรมการขนส่งทางบกได้มอบหมายให้บริษัทเอกชนเป็นผู้ตรวจสภาพรถยนต์แทนซึ่งเมื่อบริษัทเอกชนดังกล่าวตรวจสภาพรถยนต์และออกใบรับรองว่ารถยนต์อยู่ในสภาพที่สมบูรณ์ เจ้าของรถยนต์ก็สามารถเอาใบรับรองดังกล่าวไปขอต่อทะเบียนเพื่อขอรับ “ป้ายวงกลม” ได้ บริษัทเอกชนที่ได้รับมอบหมายจากกรมการขนส่งทางบกให้ตรวจสภาพรถยนต์นั้น จะทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่” และการที่บริษัทดังกล่าวจะออกหรือไม่ออกใบรับรองการตรวจสภาพรถยนต์ให้แก่เจ้าของรถยนต์หรือไม่คือ “คำสั่งทางปกครอง” ที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง อีกตัวอย่างหนึ่งก็คือสภาพนายความซึ่งเป็นองค์กรเอกชนที่พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 มอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐในการออกใบอนุญาตว่าความให้แก่ทนายความ ควบคุมจรรยาบรรณของทนายความ และลงโทษทนายความที่ฝ่าฝืน

⁶⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ข เล่มเดิม. หน้า. 101.

⁷⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า. 36.

จรรยาบรรณ การที่สภาพทนายความใช้อำนาจรัฐออกหรือไม่ออกใบอนุญาตว่าความให้แก่บุคคลใด สภาพทนายความกระทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่” ใบอนุญาตว่าความที่ออกให้แก่บุคคลใดหรือ คำปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตว่าความให้แก่บุคคลใดถือว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง”⁷¹

(2) คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจรัฐ ตามคำนิยามของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” นั้นจะต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย เพราะโดยหลักแล้ว “คำสั่งทางปกครอง” เป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับแก่เอกชนโดยที่เอกชนมิได้ยินยอมด้วย กรณีใดหากไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายก็จะเป็นเรื่องอื่น เช่น สัญญาอันเป็นการตกลงกับเอกชน เป็นต้น และการวางหลักว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐนี้มีความหมายในตัวเองว่ากรณีจะต้องไม่ใช่การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ หรือการใช้อำนาจในทางตุลาการ การกระทำของรัฐสภาหรือศาลจึงไม่อยู่ในบังคับหลักเกณฑ์ในเรื่องการทำคำสั่งทางปกครอง

(3) คำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย “คำสั่งทางปกครอง” นั้นต้องมุ่งประสงค์ให้กำหนดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้น เช่น ออกคำสั่งอนุญาตให้ตั้งโรงงานหรือออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น องค์ประกอบในการมุ่งต่อผลในกฎหมายนี้เองที่ทำให้ “คำสั่งทางปกครอง” แตกต่างไปจากการกระทำทางกายภาพที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบ (ละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่น) และองค์ประกอบนี้ทำให้เจตนาในการมุ่งต่อผลมีความสำคัญต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม “คำสั่งทางปกครอง” ต้องมีวัตถุประสงค์เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว โดยสรุปไม่ว่ามุ่งประสงค์ในทางใดหากกระทบถึงสิทธิหน้าที่ของบุคคล โดยบุคคลจะได้รับการถือปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ตามเนื้อหาที่ปรากฏในคำสั่งทางปกรองนั้นแล้ว ก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองได้ แต่การให้ข้อมูลข่าวสาร คำแนะนำ หรือการอธิบายขยายความเข้าใจ เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะไม่มีผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่เป็นแต่การกระทำที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองเดิมเท่านั้น⁷²

(4) คำสั่งทางปกครองก่อให้เกิดผลเฉพาะกรณี “คำสั่งทางปกครอง” จะต้องกระทำโดยมุ่งกำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น การออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหรือออกคำสั่งให้บุคคลออกจากพื้นที่ที่รูกล้ำทางสาธารณะ คุณสมบัติข้อนี้ทำให้ “คำสั่งทางปกครอง” แตกต่างไปจาก “กฎ” เพราะกฎจะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป อันเป็นเพียงการวางหลักไว้แต่ยังไม่ใช้บังคับกับข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันใดโดยเฉพาะ คำสั่งทางปกครองโดย

⁷¹ แหล่งเดิม.

⁷² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ข เล่มเดิม, หน้า 104.

สภาจะต้องมุ่งใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรงแต่ในคำสั่งจะไม่ระบุชื่อบุคคลไว้ก็ได้ เช่น พบการปลูกสร้างอาคารในที่สาธารณะโดยผู้กระทำไม่อยู่ การออกคำสั่งให้รื้อถอนอาจใช้วิธีประกาศให้ผู้กระทำรื้อถอนออกไปโดยไม่ระบุชื่อนั้น อย่างไรก็ตามคำสั่งทางปกครองที่แจ้งชัดและใช้บังคับเฉพาะกรณีนี้อาจเป็น “คำสั่งรวม” หรือ “คำสั่งทั่วไป” ที่ใช้บังคับกับกลุ่มบุคคลก็ได้ เช่น ดำรวจจะออกคำสั่งห้ามทุกคนมาชุมนุมในสถานที่แห่งหนึ่งในวันรุ่งขึ้น หรือห้ามบุคคลทุกคนเข้าไปในอาคารที่มีสภาพเสี่ยงต่อการพังทลาย คำสั่งลักษณะนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการบังคับแก่บุคคลหลายคนคล้ายกับ “กฎ” แต่ขณะเดียวกันก็ไม่มีสภาพเป็น “กฎ” เพราะมุ่งหมายให้เกิดผลเฉพาะแก่กรณีหนึ่งกรณีใดนั้นเท่านั้น

(5) คำสั่งทางปกครองมีผลภายนอกโดยตรง บทนิยามของคำสั่งทางปกครองที่ว่า “เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล” แสดงว่าคำสั่งทางปกครองจะต้องเกิดผลทางกฎหมายขึ้นแล้ว ซึ่งเท่ากับมีผลต่อภายนอกโดยตรงกับผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง คุณสมบัติข้อนี้มีความสำคัญในการชี้ให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อใด ซึ่งโดยปกติจะเกิดผลนับแต่มีการแจ้งเป็นต้นไป โดยถ้าตราใบไต่ถามยังมีผลปรากฏอยู่ในที่ก็ยังเป็นเพียงแต่การเตรียมการหรือพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น และเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาจะเปลี่ยนแปลงเช่นใดก็ได้

3.3.1.2 ผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง⁷³

โดยหลักทฤษฎีทั่วไปทางปกครอง คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับใช้เมื่อบุคคลที่ระบุไว้ในคำสั่งได้รับคำสั่ง คำสั่งของรัฐเมื่อออกไปแล้วต้องถือว่ามีผลบังคับ ส่วนจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่ง ถ้าชอบก็มีผลบังคับถูกต้องตามกฎหมาย ถ้าไม่ชอบก็ต้องมีองค์กรชี้ขาดว่าไม่ชอบเพราะอะไร ตราบใดที่ยังไม่มีองค์กรชี้ขาดว่าชอบหรือไม่ชอบแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นก็จะได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หลักนี้อาจเทียบได้กับนิติกรรมทางแพ่งที่เป็นโมฆะที่มีผลบังคับจนกว่าจะถูกบอกล้าง แต่คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจให้สัตยาบันได้ แต่อาจถูกบอกล้างโดยยกเลิกเพิกถอนได้ หรืออาจใช้ดุลพินิจไม่ยกเลิกเพิกถอนเลยก็ได้ขึ้นอยู่กับว่ารัฐได้รับผลกระทบหรือผลเสียหายหรือไม่เพียงใด

3.3.1.3 การสิ้นสุดผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการออกคำสั่ง ย่อมมีอำนาจตรวจสอบและมีอำนาจสั่งการ ยกเลิกเพิกถอน ถ้าพบว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันคำสั่งทางปกครองบางอย่างมีผลบังคับในครั้งเดียวแล้วจบสิ้นไป ผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง

⁷³ กมลชัย รัตนสกวาสัจ จ (2551). ผลบังคับและการสิ้นสุดผลบังคับของนิติกรรมทางปกครอง, กฎหมายปกครอง. หน้า 43.

มี 2 ประการ คือ (1) มีผลครั้งเดียวแล้วจบสิ้นไป เช่น ให้เงินช่วยเหลือในครั้งเดียวแล้วก็จบไป (2) คำสั่งทางปกครองที่มีความต่อเนื่องในการใช้ เช่น ใบอนุญาตเปิดร้านอาหาร ใบอนุญาตขับขี ใบอนุญาตประกอบการค้า มีผลบังคับตลอด เว้นแต่ในคำสั่งนั้นจะกำหนดว่าให้มีผลบังคับกี่ปี ก็มีผลไปจนถึงกำหนด (Expire) ถ้าไม่มาต่อใบอนุญาต ใบอนุญาตก็สิ้นผลในตัวของมันเอง

ประเด็นสำคัญของคำสั่งทางปกครอง ก็คือ (1) การมีผลบังคับ (2) การชอบหรือไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย (3) เมื่อมีการยกเลิกเพิกถอนแล้ว จะให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตตั้งแต่แรกหรือตั้งแต่ เวลาใด หรือมีผลตั้งแต่วันเพิกถอนไปจนถึงอนาคตก็ได้ ตัวอย่าง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายก็ยังมีผลใช้บังคับ เพราะยังไม่มีใครไปชี้ว่ามันชอบหรือไม่ชอบและองค์กรที่ชี้ขาดโดย หลักทั่วไปก็คือเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งนั่นเอง หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นว่าชอบ แต่ประชาชนผู้รับ คำสั่งทางปกครองเห็นตรงข้าม เขาอาจอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น เว้นแต่คำสั่งทาง ปกครองนั้นออกโดยผู้บังคับบัญชาสูงสุดซึ่งเป็นเช่นนั้นก็อุทธรณ์ไม่ได้จะต้องข้ามมายังองค์กร ตุลาการให้ตรวจสอบ แต่อำนาจตรวจสอบขององค์กรตุลาการ กับองค์กรผู้บังคับบัญชาที่อยู่ใน ฝ่ายบริหารนั้น ต่างกันตรงที่ผู้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหารจะตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจ ถ้ากรณีนั้นกฎหมายให้อำนาจเรื่องดุลพินิจไว้ด้วยเพราะเป็นผู้บังคับบัญชาย่อมมี อำนาจแก้ไขได้เต็มที่ โดยผูกพันกับหลักกฎหมายปกครองที่ว่ากระทำการทางปกครองจะต้องชอบ ด้วยกฎหมายเสมอ

อำนาจตุลาการไม่มีอำนาจไปปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขอำนาจดุลพินิจได้ แก้ไขได้ แต่เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นเอง เพราะดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจของ ฝ่ายบริหารไม่ใช่อำนาจฝ่ายตุลาการ ตุลาการมีอำนาจเพียงตรวจสอบให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น เช่นคำสั่งลงโทษทางวินัยของทางราชการ ในกรณีที่ผิดวินัยอย่างร้ายแรง ถ้ามีกฎหมายเขียนไว้ก็ ไม่มีปัญหา หากไม่มีก็ต้องมีการตีความโดยใช้ดุลพินิจว่าแค่ไหนเพียงใดที่ถือว่าร้ายแรง ซึ่งโทษ ก็คือ 1. ปลดออก 2. ไล่ออก เมื่อมีการผิดวินัยร้ายแรง ฝ่ายบริหารก็จะใช้ดุลพินิจว่า โทษควรอยู่ ตรงไหนซึ่งองค์กรศาลไม่สามารถมาปรับเปลี่ยนตรงนี้ได้ เว้นแต่ว่าความจริงไม่ใช่เรื่องร้ายแรง แต่ ฝ่ายบริหารเห็นว่าร้ายแรง ศาลจะสั่งให้ปรับแก้แล้วให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจใหม่

จะเห็นได้ว่าอำนาจในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการนั้น จะตรวจสอบเฉพาะ ความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่จะไม่ก้าวล่วงไปปรับเปลี่ยนดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย เว้นแต่ดุลพินิจนั้นทะลุขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหมือนกับมีคำสั่งทางปกครองบางประเภทที่ออกมาแล้วผู้รับคำสั่งไม่จำเป็นต้องปฏิบัติก็ได้ หรือ ไม่จำเป็นต้องรอนจนกว่าจะมีผู้ชี้ขาดหรือยกเลิกเพิกถอน ถ้าหากว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วย

กฎหมายอย่างร้ายแรง โดยสภาพแล้วเป็นไปได้ ไม่ได้ไม่ชอบด้วยเหตุผลในตัวของมันเอง เช่น ตึกสูง 15 เมตร กฎหมายกำหนดว่าห้ามสูงเกิน 15 เมตร แต่เจ้าหน้าที่มาสั่งให้รื้อ ดังนั้นเราไม่ต้องรื้อ เพราะไม่ได้สูงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองก็ไม่เป็นผล เช่นเดียวกับการให้สัญชาติไทยกับคนที่มีสัญชาติไทยอยู่แล้ว หรือถ้าคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ทราบว่าเป็นของหน่วยงานใดก็ถือว่านิติกรรมนั้นไม่มีผลบังคับเพราะไม่รู้ว่าจะปฏิบัติได้อย่างไรและไม่รู้ว่าใครเป็นคนสั่ง

3.3.1.4 ข้อพิจารณาของเจ้าหน้าที่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ในเรื่องนี้แทบทุกประเทศคงจะยอมรับกันว่าไม่อยู่ในวิสัยที่กฎหมายจะไปบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป เพราะมีมากมายอีกทั้งจำนวนเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบก็มีน้อยโอกาสที่จะควบคุมยากมาก คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้คุณสมบัติของผู้ได้รับอนุญาตจะต้องมีอยู่ตลอดไป เช่น การขอเปิดร้านอาหารโดยมีข้อกำหนดว่าผู้ขออนุญาตต้องไม่เป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง ต่อมาข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปผู้ขออนุญาตเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง ดังนั้นคุณสมบัติที่จะได้รับใบอนุญาตก็หมดไปด้วยแต่ตัวใบอนุญาตยังอยู่ ซึ่งในทางกฎหมายแล้วเขาไม่ควรจะได้รับใบอนุญาตเปิดร้านอาหารอีกต่อไป

ในกรณีที่ข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป หรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปจะเป็นคุณหรือภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเข้ามาให้ความเป็นธรรมเป็นกรณีเฉพาะราย โดยทฤษฎีแล้วต้องเข้ามายกเลิกเพิกถอนและเข้ามาปรับปรุงคำสั่งทางปกครองนั้นให้ชอบด้วยกฎหมาย

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ที่สามารถเข้ามาแก้ไขได้ตลอดเวลาไม่ว่าขณะออกจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ในอนาคตข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปทำให้สิ่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ตัวคำสั่งยังมีผลอยู่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องเข้ามายกเลิกเพิกถอนเป็นกรณีเฉพาะราย

ในประเด็นเรื่องผลย้อนหลัง โดยหลักแล้วจะย้อนหลังเป็นโทษมิได้ แต่เป็นคุณได้ซึ่งจะต้องดูเป็นรายๆ ไปว่าเป็นธรรมหรือไม่ ถ้าให้เพิกถอนขณะนั้นจะไม่ใช่เป็นธรรมก็ให้มีผลในอนาคตได้ เช่น ตัวอย่าง คุณยายได้เงินประกันสังคมเดือนละ 10,000 บาท ต้องจ่ายค่าเช่าบ้าน 5,000 บาท ต่อมาตรวจสอบว่าคุณยายไม่เหมาะสมได้รับเงิน 10,000 บาท จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนี้เห็นได้ว่าถ้าเพิกถอนในขณะนั้นเลยจะไม่ใช่เป็นธรรมกับคุณยาย ควรจะเพิกถอนในอนาคตโดยให้เวลาในการหาเช่าบ้านใหม่

ดังนั้น ผลของการยกเลิกเพิกถอนที่จะย้อนในอดีตหรือวันที่ทำคำสั่งหรือในอนาคตนั้น ต้องดูแต่ละเรื่องเพื่อความเป็นธรรมเฉพาะรายไป แต่อาจสร้างหลักทั่วไปได้ว่าหากใช้สิทธิไม่สุจริตก็อาจมีผลย้อนหลังตั้งแต่วันเริ่มแรก แต่ถ้าสุจริตก็อาจมีผล ณ วันออกคำสั่งหรือในอนาคต

สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในวันขณะที่ออกถึงอย่างไรก็จะยกเลิกโดยให้มีผลย้อนหลังไม่ได้

สำหรับคำสั่งที่เป็นภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ถ้าภาระนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถยกเลิกได้เสมอ

สำหรับคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง ถ้าขณะออกชอบด้วยกฎหมายแต่ต่อมาออกกฎหมายว่าไม่ชอบแล้ว ความเชื่อใจไว้วางใจของประชาชนในคำสั่งของฝ่ายปกครองย่อมหมดไป โดยหลักกฎหมายมหาชนไม่ใช่เรื่องที่ทำไม่ได้เลย ถ้าประโยชน์ของมหาชนเหนือกว่าก็ทำได้แต่รัฐต้องชดเชยค่าทดแทน แต่ถ้าตอนออกใบอนุญาตไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐก็ไม่ต้องชดเชยค่าทดแทน เช่น สัมปทานป่าไม้ ถ้าเห็นว่าการตัดไม้ทำลายป่าจะเป็นภัยอันตรายแก่ประชาชนอย่างใหญ่หลวง รัฐก็ชอบที่จะเพิกถอนใบอนุญาตได้แต่จะต้องชดเชยค่าทดแทน เว้นแต่ถ้าการได้สัมปทานมานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เกิดจากการให้สินบนเจ้าพนักงาน ดังนี้ผู้ได้รับสัมปทานย่อมสิ้นสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทน

3.3.1.5 คุณพินิจที่จะเริ่มการเอง

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 49 ถึงมาตรา 53 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกรณีริเริ่มการเองของเจ้าหน้าที่ โดยไม่ต้องมีผู้ใดร้องขอหรือโต้แย้ง และเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นเอง หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ว่าในระดับใดก็อาจริเริ่มเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้เอง สำหรับขั้นตอนในการปฏิบัติราชการจะดำเนินการเพิกถอนได้เมื่อใดนั้น โดยหลักการแล้วการเพิกถอนจะกระทำเมื่อใดก็ได้ จะกระทำในระหว่างชั้นการอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาหรือการพิจารณาคดีขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองก็ได้ หรือจะกระทำเมื่อล่วงพ้นอายุความในการอุทธรณ์หรือพิจารณาคดีแล้วก็ได้ แต่ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าหากมีการอุทธรณ์แล้วหรือพิจารณาคดีแล้วเสร็จ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งย่อมไม่อาจดำเนินการให้ขัดกับผลการวินิจฉัยในชั้นอุทธรณ์หรือขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้อีก แต่การเพิกถอนเพราะดำเนินการไม่ถูกต้องตามวิธีพิจารณา บางกรณีนั้นมีหลักเกณฑ์เฉพาะว่าจะต้องกระทำก่อนการชี้ขาดในชั้นอุทธรณ์หรือก่อนนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง เมื่อกฎหมายกำหนดไว้เฉพาะก็เป็นข้อยกเว้นที่ต้องปฏิบัติตามนั้น อนึ่ง คำวินิจฉัยอุทธรณ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจปกครองตามปกติก็เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งจึงย่อมจะมีการเพิกถอนโดยองค์กรวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นเองได้อีก เช่น คำสั่งของนายอำเภอที่มีกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ต่อผู้ว่าราชการจังหวัด หากผู้ว่าราชการจังหวัดวินิจฉัยไปเช่นใดแล้ว ต่อมาผู้ว่าราชการจังหวัดตรึงตรองดูใหม่เห็นว่าที่ตนเคยวินิจฉัยชี้ขาดอุทธรณ์ไปเป็นการไม่ถูกต้อง ถ้าจะเปลี่ยนความเห็นโดยเพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์เดิมและทำคำวินิจฉัยอุทธรณ์ใหม่ก็ย่อมสามารถทำได้ แต่ถ้าเป็นการวินิจฉัยอุทธรณ์โดย

องค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการ เช่น กรณีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ตามกฎหมายถือว่าการชี้ขาดนั้นต้องมีผลเด็ดขาดตามลักษณะของอำนาจตุลาการที่จะยกขึ้นวินิจฉัยใหม่อีกไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะยกเว้นให้ทำการพิจารณาใหม่ได้เท่านั้น ซึ่งโดยปกติจะยกเว้นเฉพาะเมื่อข้อเท็จจริงที่รับฟังไว้เดิมไม่ถูกต้องเพราะมีพยานหลักฐานใหม่

กรณีเป็นที่ควรสังเกตว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนี้เป็นการริเริ่มโดยเจ้าหน้าที่ก็จริงแต่ในทางปฏิบัติการที่เจ้าหน้าที่ริเริ่มดำเนินการดำเนินการอาจสืบเนื่องมาจากเอกชนร้องเรียนหรือโต้แย้งก็ได้ บางกรณีแม้คู่กรณีจะไม่อาจขอให้ดำเนินการใหม่ตามมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ว่าโดยหลักเกณฑ์หรือระยะเวลาก็ตาม หากคู่กรณีนำความมาเสนอให้ปรากฏต่อเจ้าหน้าที่ฯ จะยกขึ้นมาเพื่อพิจารณาดำเนินการเพิกถอนก็ได้ เพียงแต่การจะยกขึ้นพิจารณาหรือไม่ในกรณีนี้เป็นดุลพินิจโดยเด็ดขาดของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น มิใช่จะต้องทำตามคำขออย่างในกรณีอ้างขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

3.3.1.6 กำหนดเวลาที่จะเพิกถอนได้

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องพิจารณาประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และประโยชน์สาธารณะประกอบกัน และคำนึงถึงหลักความมั่นคงแห่งสิทธิด้วยเพราะจะเป็นพื้นฐานต่อการผูกพันสิทธิประโยชน์ต่างๆ สืบเนื่องกันไปเป็นลูกโซ่ มาตรา 49 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้วางหลักว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะกระทำเมื่อใดก็ได้ เมื่อตัวบทเปิดกว้างนี้ย่อมแสดงว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะทำในชั้นใด ก็ได้พ้นกำหนดเวลาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือพ้นกำหนดนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจัยคดีปกครองแล้วก็ได้ อนึ่งแม้แต่ในกรณีมีคดีไปสู่องค์กรวินิจัยคดีปกครองแล้วก็ตาม การวินิจัยอันเป็นที่สุดในกฎหมายเป็นแต่การยืนยันข้อยุติอันเป็นประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น เช่น เห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าองค์กรวินิจัยคดีปกครองไม่เพิกถอนเองว่าให้มีผลเช่นใด เจ้าหน้าที่ก็ต้องมาเพิกถอนตามบทบัญญัติส่วนที่ 6 นี้ที่อนุวัฒน์ให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจัยคดีปกครอง แต่หากองค์กรวินิจัยคดีปกครองเพิกถอนเองผลก็ยุติในการเพิกถอนไปตามนั้นเป็นการห้ามเจ้าหน้าที่ที่จะเพิกถอนเป็นอย่างอื่นอีก แต่ถ้าองค์กรวินิจัยคดีปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองใดชอบด้วยเพราะเหตุใด กรณีย่อมไม่เป็นการห้ามเจ้าหน้าที่ที่จะกลับความเห็นเป็นให้เพิกถอนเพราะไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุอื่น เพราะเป็นคนละประเด็น และในกรณีองค์กรวินิจัยคดีปกครองเห็นว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ก็ยังสามารถเพิกถอนได้ หากเข้าเหตุให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 53 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง คือ เจ้าหน้าที่อาจใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในส่วนที่ 6 ของ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนี้ได้เสมอเท่าที่ไม่ขัดกับประเด็นโดยตรงที่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้ตัดสินไว้

อย่างไรก็ตาม มาตรา 49 วรรคสองของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าถ้าเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ เจ้าหน้าที่จะต้องกระทำภายใน 90 วันนับแต่รู้ถึงเหตุแห่งการเพิกถอน ซึ่งเป็นการวางหลักเพื่อให้เกิดความมั่นคงแห่งสิทธิ จริยอยู่วันที่เจ้าหน้าที่รู้แน่นอนอาจล่วงเลยเวลาที่มีคำสั่งทางปกครองมายาวนานเป็นหลายปีแล้วก็ได้ แต่ถ้าเมื่อใดเจ้าหน้าที่ได้รู้แล้วก็ต้องพิจารณาโดยเร็วภายใน 90 วันว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ โดยที่ผู้มีอำนาจเพิกถอนอาจมีได้หลายคน ตั้งแต่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งผู้ย้ายมาปฏิบัติหน้าที่ต่อในตำแหน่งนั้น ไปจนถึงผู้บังคับบัญชาตามสายงานของผู้นั้นกำหนด 90 วันจะนับแต่ผู้รู้ข้อเท็จจริงนั้น เห็นว่าสมควรนับจากคนแรกที่อยู่ (แม้ตามความเป็นจริงอาจยุ่งยากแก่การพิสูจน์บ้างก็ตาม หนึ่งจะถือว่าเวลาที่ใครรู้เกิน 90 วัน จะมีผลแต่สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้นั้น แต่เจ้าหน้าที่ผู้อื่นยังเพิกถอนได้อีกก็ย่อมไม่ถูกต้องเพราะอาจทำให้ยืดเวลากันได้ยาวนานไม่สิ้นสุด อันขัดต่อวัตถุประสงค์เป้าหมายของหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ) อย่างไรก็ตามหลักตามที่กล่าวมา เป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้สุจริตเท่านั้น ถ้าปรากฏว่าการได้ประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปโดยผู้ได้ประโยชน์กระทำการโดยมิชอบแล้ว ย่อมแสดงให้เห็นในตัวว่าผู้นั้นตระหนักแก่ใจอยู่แล้วว่าสิทธิของตนได้ไปมิชอบพร้อมไม่สมบูรณ์ทางกฎหมาย การคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิของผู้นั้นจึงไม่มีความจำเป็น อันเป็นการวางหลักกฎหมายให้เป็นโทษแก่ผู้ไม่สุจริต และผู้นั้นก็ได้ทราบข้อเท็จจริงนั้นอยู่แก่ใจก่อนแล้ว⁷⁴ ดังนั้นคำสั่งทางปกครองอันใดหากเกิดขึ้นเพราะผู้ได้รับประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองนั้นปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) ได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง (เป็นการกระทำโดยจงใจอันเป็นลักษณะของการฉ้อฉล มิใช่กรณีให้ข้อเท็จจริงไม่ครบเพราะความรู้หรือสะเพร่า)

(2) ข่มขู่เจ้าหน้าที่จนยินยอมออกคำสั่ง โดยมีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลระหว่างการข่มขู่กับการยินยอมทำคำสั่ง หรืออีกนัยหนึ่งการข่มขู่จำเป็นต้องถึงขนาดให้เกิดผลเช่นนั้น

(3) ชักจูงใจเจ้าหน้าที่โดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก็คือการให้สินบนเจ้าพนักงานนั่นเอง และต้องมีลักษณะถึงขนาดให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลด้วย หนึ่ง ถ้อยคำในกฎหมายใช้คำว่า “โดยการให้” มิได้ใช้คำว่า “ให้” แต่เน้นที่วิธีการจึงย่อมรวมถึงกรณี “ขอให้” โดยคนเป็นผู้เสนอ หรือ “รับว่าจะให้” โดยคนเป็นผู้สนองรับคำเสนอขอสินบนด้วย

⁷⁴ แหล่งเดิม.

ในทั้งสามกรณีข้างต้นจึงอาจมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์นั้นเมื่อใดก็ได้ โดยไม่อยู่ในข้อจำกัดเรื่องระยะเวลา 90 วัน⁷⁵

3.3.1.7 ลักษณะของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะมีหลักกฎหมายพื้นฐานบางประการมาเกี่ยวข้องในสังคมที่ปกครองด้วยกฎหมายหรือหลักนิติธรรมนั้น หลักความแน่นอนของกฎหมายย่อมเป็นแกนอันหนึ่ง หลักที่ว่ากฎหมายต้องมีความแน่นอนย่อมหมายความว่าความรวมถึงความแน่นอนของผลิตผลต่างๆ ที่เกิดจากกฎหมายด้วย นั่นคือบรรดาสติพจน์ต้องมีความมั่นคงแน่นอนด้วย มิใช่มีผลกลับไปกลับมา การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจึงต้องระมัดระวังมิให้เป็นการเสื่อมเสียต่อความมั่นคงแห่งสิทธิ โดยความมั่นคงแห่งสิทธิมีความสำคัญต่อการที่เจ้าของสิทธิทำให้สามารถวางแผนการดำรงตนเพื่อใช้สิทธิของตนตามหนทางแห่งกฎหมายและความต้องการของตนได้ เพื่อความมั่นคงแห่งสิทธิต่างๆ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยปกติจึงยึดการเพิกถอนผลในอนาคตเป็นหลัก การเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังจะเป็นข้อยกเว้นและควรทำเฉพาะเมื่อมีความจำเป็นและสมควรเท่านั้น ในขณะที่เดียวกันก็มีหลักว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ย่อมมีผลในกฎหมายเสมอ เว้นแต่กรณียกเว้นสำหรับคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษณานั้น ส่วนการเพิกถอนเป็นเรื่องในภายหลัง ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในระบบการปกครองที่จะให้ประชาชนไม่อาจปฏิเสธผลของคำสั่งทางปกครอง มิฉะนั้นการปกครองจะดำเนินไปไม่ได้ ดังนั้นเมื่อประชาชนเชื่อถือและปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับคำสั่งทางปกครองแล้ว หลักการคุ้มครองความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องเกิดตามมา นั่นคือผู้ที่เชื่อโดยสุจริตในผลของคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่เสียหายแม้ต่อมาคำสั่งทางปกครองนั้นจะถูกเพิกถอนไปในภายหลังก็ตาม โดยไม่เรียกคืนประโยชน์ที่ใช้ไปแล้วโดยสุจริต และหากต้องเสียหายก็ต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นด้วย

โดยสรุปการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องคำนึงถึงความมั่นคงของสิทธิที่เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากคำสั่งทางปกครอง และต้องปกป้องผู้ที่เชื่อโดยสุจริตในผลของคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้โดยพิจารณาประโยชน์ของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง และประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

เมื่อพิจารณาจากประโยชน์ที่เกี่ยวข้องแล้วจะเห็นได้ว่าโดยทั่วไปการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้ประโยชน์หรือในทางคำรามักเรียกกันว่า “คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระ” ย่อมเป็นการปลดภาระของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ถ้าไม่มีประโยชน์ของผู้อื่นหรือประโยชน์สาธารณะมาเกี่ยวข้องแล้ว ก็อาจเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังไปได้โดยไม่มีปัญหา อย่างไรก็ตามคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระและไม่มีความสืบเนื่องอาจเห็นกันว่าเมื่อได้มีการปฏิบัติ

⁷⁵ แหล่งเดิม.

ตามภาระไปจบสิ้นแล้วก็ไม่จำเป็นต้องมีการเพิกถอนอีก แต่โดยความเป็นจริงจะขึ้นกับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี เช่น คำสั่งทางปกครองให้กระทำการใดอย่างหนึ่ง แต่ยังไม่ถึงเวลากระทำการหากไม่ชอบก็ย่อมมีการเพิกถอนได้ หรือถ้าได้กระทำการไปแล้วหากการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องเพิกถอนและผู้ที่กระทำการตามคำสั่งทางปกครองต้องได้รับการชดเชยเยียวยา การที่ได้กระทำการไปเพราะไม่ควรมีหน้าที่ต้องกระทำเช่นนั้น หรือแม้แต่ในคำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ต้องกระทำการใดเลย เช่น เคยได้รับทุนค่าเช่าบ้านต่อเนื่องมา ถ้าต้องมามีคำสั่งทางปกครองยกเลิกทุนนั้น หรือที่เป็นข่าวโด่งดังเมื่อปีที่ผ่านมาให้ปริญญาบัตรแล้วต่อมามีการเพิกถอน กรณีคำสั่งทางปกครองให้ยกเลิกทุนหรือให้ยกเลิกปริญญาบัตรเหล่านี้ จะเห็นได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีใช้เป็นการให้ประโยชน์ เพราะลบล้างผลอันเป็นประโยชน์นั้นเสียและเป็นการลบล้างผลในกฎหมายเท่านั้นโดยไม่ต้องกระทำการใด แต่สิ่งที่ทำ (คำสั่งทางปกครองที่ให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครองเดิมที่เป็นการให้ประโยชน์) หากยกเลิกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจริงก็ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองใหม่ที่ทำให้ยกเลิกนั้นเพื่อให้การเป็นไปตามกฎหมาย และหากผู้เกี่ยวข้องเสียหายก็ต้องแก้ไขเยียวยา เช่น หากต้องหยิบยืมเงินจากเพื่อนมาชำระค่าเช่าบ้านระหว่างถูกเพิกถอนหรือต้องถูกออกจากงานเพราะถูกเข้าใจว่าไม่มีสิทธิในการศึกษาตามปริญญาบัตร ดังนั้นจำเป็นต้องดูข้อเท็จจริงไปเป็นรายกรณี โดยที่การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะเกี่ยวข้องสำคัญกับประโยชน์ของบุคคลต่างๆ ที่คำสั่งทางปกครองได้ก่อขึ้น โดยหลักการจึงแยกคำสั่งทางปกครองออกเป็น 2 ประเภทคือ

- (1) คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ และ
- (2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ให้ประโยชน์

โดยจะมีหลักเกณฑ์เพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งสองประเภทข้างต้นที่แตกต่างกันทั้งในแง่ของข้อจำกัดด้านเวลาที่จะให้เพิกถอนได้ และการเยียวยาความเชื่อโดยสุจริตในผลของคำสั่งทางปกครอง⁷⁶

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สามารถแยกตามลักษณะของการเพิกถอนคำสั่งได้ดังนี้

- 1) กรณีเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ได้ให้ประโยชน์

ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีใช้การเพิกถอนคำสั่งที่เป็นการให้ประโยชน์ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 50 มิได้กำหนดเงื่อนไขเป็นพิเศษ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อภาระก็ดี หรือการเพิกถอนคำสั่งเพื่อให้ประโยชน์เพิ่มขึ้นก็ดี จึงอาจเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังลงไปหรือไม่ย้อนหลัง หรือให้มีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้เสมอตามแต่ลักษณะของเรื่องที่เกี่ยวข้องเพราะเป็นไปเพื่อคุ้มครอง

⁷⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ฯ เล่มเดิม, หน้า 293.

สิทธิของเอกชนโดยตรง อย่างไรก็ตามแม้มาตรา 50 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะมีได้กล่าวไว้ว่าต้องพิจารณาประโยชน์สาธารณะประกอบด้วยก็ตาม แต่ย่อมเป็นเรื่องปกติที่ต้องเป็นเช่นนั้นอยู่แล้ว เพราะเรื่องใดหากเอกชนไม่เสียหายก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะเพิกถอนย้อนหลังให้เสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ อนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลกระทบสิทธิของประชาชน แม้มาตรา 50 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ให้แนวทางไว้ แต่เอกชนผู้เสียหายย่อมต้องรับการเยียวยาตามหลักทั่วไปในเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอยู่แล้ว เพราะสิทธิของเอกชนจะถูกทำให้เสื่อมเสียเพราะคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้

ตัวอย่าง มีคำสั่งลงโทษตัดเงินเดือนข้าราชการร้อยละ 10 เป็นเวลา 10 เดือน ต่อมาทราบจากคำแนะนำของฝ่ายนิติการว่าความผิดระดับนั้นตามมาตรฐานโทษที่ปฏิบัติมาเคยตัดเงินเดือนเพียง 3 เดือน ผู้ออกคำสั่งอาจเปลี่ยนคำสั่งใหม่ให้ลงโทษตัดเงินเดือนร้อยละ 10 เพียง 3 เดือน สมมุติว่าเวลาขณะออกคำสั่งใหม่ล่วงพ้นมาแล้ว 4 เดือน และมีการตัดเงินเดือนไปแล้ว 4 ครั้ง คำสั่งนี้ก็ควรให้มีผลย้อนหลังโดยมีผลระหว่างเดือนที่ 1 ถึง 3 เท่านั้น และคืนเงินเดือนเดือนที่ 4 ที่ตัดไว้ให้ไป แต่ถ้าขณะออกคำสั่งใหม่เวลาล่วงมาที่มีการตัดเงินเดือนครบ 3 เดือนพอดี ก็คงมีคำสั่งยกเลิกผลในอนาคตกอีก 7 เดือนเท่านั้น หรือถ้าเวลาเพิ่งล่วงพ้นมา 2 เดือน โดยมีการตัดเงินเดือน 2 ครั้งก็อาจให้คำสั่งมีผลต่อไปในอนาคตกอีก 1 เดือน

2) กรณีเพิกถอนคำสั่งที่ให้ประโยชน์

เนื่องจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์นี้บุคคลอาจเกิดความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ เมื่อการมีคำสั่งทางปกครองต่างๆ ได้กระทำขึ้นเพื่อให้บุคคลมีความเชื่อถือปฏิบัติตามอยู่แล้ว การที่ผู้ใดเชื่อในคำสั่งทางปกครองจึงจะต้องได้รับความคุ้มครอง มาตรา 51 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงกำหนดให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน กล่าวคือถ้าผู้มีความเชื่อโดยสุจริตเช่นนั้นได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นเสียหายเกินสมควร ก็อาจจะต้องไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองย้อนหลังลงไปปลงคำสั่งทางปกครองนั้น หรือหากจำเป็นต้องเพิกถอนย้อนหลังก็ต้องเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น มีคำสั่งให้ทุนแก่นักศึกษาเรียนดีโดยแจ้งคำสั่งและมอบเงินให้ผิดตัวเป็นคนละคน หากนักศึกษาผู้ได้รับเงินได้นำไปซื้อหนังสือและเครื่องแบบแล้วโดยสุจริตก็สมควรได้รับความคุ้มครองที่จะไม่เพิกถอนย้อนหลัง หรือในตัวอย่างดังกล่าวถ้าเป็นการให้สิทธิหรือปูนบำเหน็จแก่นักศึกษาและนักศึกษาได้เอาสีไปวาดรูปของตนหมดแล้วหรือนำปูนไปปั้นเป็นงานศิลปะของตน

ไปแล้วแม้ของจะยังมีอยู่แต่เปลี่ยนสภาพเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นไปแล้ว ก็สมควรได้รับการคุ้มครองเช่นกัน

3.3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.3.2.1 การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองและแจ้งคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้ว อีกทั้งไม่ปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นโมฆะคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีผลในทางกฎหมาย แต่คำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกมาก็อาจถูกเพิกถอนได้ไม่ว่าคำสั่งนั้นจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

อำนาจในการตัดสินใจว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ได้ให้ประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ เป็นอำนาจดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยที่ในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วย ทั้งนี้โดยจะต้องชั่งน้ำหนักความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหาย ในเรื่องนี้หลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย กำหนดว่าในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หากบุคคลดังกล่าวเชื่อในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ความเชื่อนั้นสมควรได้รับการคุ้มครองหรือไม่ ความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนี้จะต้องเป็นไปโดยจริงจัง โดยหลักแล้วย่อมต้องถือว่าบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการชดเชยค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ไว้ใน มาตรา 51 ดังนี้

มาตรา 51 “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

ความเชื่อโดยสุจริตตามวรรคหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี

ในกรณีที่เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ไป ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยถ้าเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือควรได้รู้เช่นนั้นหากผู้นั้นมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตตั้งแต่เวลานั้นเป็นต้นไปและในกรณีตามวรรคสาม ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวน”

การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 51 นี้ เป็นกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้แก่ผู้รับคำสั่ง เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้นอาจเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือไม่ให้มีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดก็ได้ แต่การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

ในกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ที่แบ่งแยกได้การเพิกถอนจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่จะต้องพิจารณาจากสภาพของเรื่อง ความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ และประโยชน์สาธารณะประกอบกัน เช่น ถ้าพิจารณาองค์ประกอบดังกล่าวแล้วเห็นว่าจำเป็นต้องให้มีผลย้อนหลัง หากเป็นกรณีของประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ การให้คืนประโยชน์ที่ได้ไปก็ต้องนำหลักเรื่องลาภมิควรได้มาใช้บังคับ เพราะอาจมีการบังคับให้แบ่งคืนเป็นบางส่วนได้ โดยกรณีของเงินไม่ว่าจะได้ไปเป็นก้อนเดียวหรือเป็นคราวๆ ย่อมเป็นประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้เสมอ แต่กรณีของทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างอื่นจะต้องพิจารณาจากสภาพของประโยชน์เป็นรายกรณี กล่าวโดยสรุปคือ ถ้าได้รับไปโดยสุจริตทรัพย์สินเหลือเพียงใดในขณะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็คืนเท่าที่ยังเหลืออยู่ส่วนที่ใช้ไปแล้วไม่ต้องคืน แต่ถ้าได้รับไปโดยไม่สุจริตคือรู้ถึงความไม่สมบูรณ์ของคำสั่งทางปกครองแล้วก็ต้องคืนเต็มจำนวน (มาตรา 412 ถึงมาตรา 415 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หรือถ้าได้ออกค่าใช้จ่ายในการจัดการทรัพย์สินที่ได้รับไปโดยสุจริตเพียงใดก็จะได้รับการชดเชยหรือชดเชยประโยชน์ที่เกิดเพิ่มขึ้น แต่ได้รับไปโดยไม่สุจริตก็ต้องคืนตามสภาพเดิมหรือ

ถ้าจัดทำไม่ได้ก็ต้องคืนตามนั้นและชดใช้ค่าเสียหายในการทำไปด้วย (มาตรา 416 ถึงมาตรา 418 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) อนึ่งการรู้ถึงความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองอาจเกิดขึ้นภายหลังที่ได้รับประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองไปแล้วก็ได้ซึ่งในเรื่องนี้มาตรา 415 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷⁷ กำหนดให้ยึดเอาเวลาที่เรียกคืนเป็นหลักว่าหากถูกเรียกคืนเมื่อใดก็ถือว่าไม่สุจริตแต่เมื่อนั้น แต่บทบัญญัติดังกล่าวคงใช้บังคับกับดอกผลเท่านั้น ถ้าจะว่าตามความเป็นธรรมชาติการรับไว้โดยไม่สุจริตตั้งแต่ต้นหรือโดยไม่สุจริตในระยะต่อมาไม่สมควรจะแตกต่างกัน นอกจากนั้นการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินมิได้หลายกรณี ตามมาตรา 1336 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากการได้ไปซึ่งดอกผล มาตรา 51 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงวางหลักว่าถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเมื่อใด หรือไม่รู้เพราะประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็จะถือว่าไม่สุจริตตั้งแต่เวลานั้นเป็นต้นไป เพราะหลักการไม่เพิกถอนย้อนหลังเป็นไปเพื่อคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองต่างหาก ขณะที่ผู้รู้แล้วว่าคำสั่งทางปกครองบกพร่องจะอาจถูกเพิกถอนต่อมาได้ การจัดการใดๆ แก่ประโยชน์ที่ตนได้ไปจึงไม่ควรได้รับการคุ้มครองอีก

ตัวอย่างที่ 1 นักศึกษาผู้หนึ่งได้รับทุนการศึกษา 20,000 บาท ไปโดยการพิมพ์คำสั่งระบุผิดตัว ถ้านักศึกษาผู้นั้นไม่ทราบความบกพร่องนั้นแต่ต้นและใช้เงินซื้อหนังสือไป 5,000 บาท ต่อมาได้รับแจ้งจากคณบดีด้วยวาจาว่าทางคณะได้พิจารณามีข้อยุติแล้วว่าการให้ทุนนั้นออกคำสั่งผิดตัวกำลังดำเนินการแก้ไขคำสั่งใหม่ หากนักศึกษาผู้นั้นยังนำเงินดังกล่าวไปซื้อเครื่องแบบอีก 2,000 บาท เมื่อได้รับแจ้งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นทางการนักศึกษาผู้นั้นจึงต้องคืนเงินไป 15,000 บาท เพราะเงินจำนวน 2,000 บาท นั้นนำไปใช้โดยรู้อยู่แล้วว่าคำสั่งทางปกครองนั้นบกพร่อง

ตัวอย่างที่ 2 ผู้ประสงค์ผลิตลิปสติกเพื่อขายขออนุญาตขึ้นทะเบียนเครื่องสำอางควบคุมพิเศษลิปสติกจำนวน 12 สี โดยมีส่วนผสมอย่างเดียวกันทุกประการ ต่างกันแต่ในส่วนของสีในการพิจารณาปรากฏว่าส่วนผสมต่างๆ ใช้เป็นเครื่องสำอางได้และ 10 สี แรกปลอดภัยแต่สีที่ 11 แม้จะยินยอมให้ใช้ได้ในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่เริ่มมีข้อมูลทางวิชาการขัดแย้งกันอยู่ว่าสมควรให้ใช้หรือไม่ แต่ผลการศึกษายังชี้ชัดไปทางใดไม่ได้ ส่วนสีที่ 12 เห็นว่าไม่ปลอดภัยแก่การใช้ เจ้าหน้าที่จึงเห็นควรไม่รับขึ้นทะเบียนสีที่ 11 และ 12 แต่โดยความผิดพลาดในขั้นดำเนินการทำคำสั่ง

⁷⁷ มาตรา 415 บุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริตย่อมจะได้ดอกผลอันเกิดแต่ทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ยังคงสุจริตอยู่

ถ้าผู้ที่ได้รับไว้จะต้องคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อใด ให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะทุจริตจำเดิมแต่เวลาที่เรียกคืนนั้น.

เจ้าหน้าที่พิมพ์หนังสือผิดพลาดโดยพิมพ์ให้รับขึ้นทะเบียนทั้งหมดและแจ้งไปให้ผู้ขอทราบเมื่อผู้ขอขึ้นทะเบียนได้ผลออกมาจำหน่ายได้ 6 เดือนแล้ว เจ้าหน้าที่จึงพบว่ามีการพิมพ์คำสั่งรับขึ้นทะเบียนผิดพลาด ในการเพิกถอนการขึ้นทะเบียนโดยที่การให้ประโยชน์นี้แบ่งแยกเป็นรายการได้ เจ้าหน้าที่จึงให้เพิกถอนสิทธิที่ 11 และ 12 โดยสิทธิที่ 12 นั้นการให้จำหน่ายได้จะเป็นอันตรายแก่ประชาชนจึงให้เพิกถอนย้อนหลังทั้งหมดเสมือนไม่มีการรับขึ้นทะเบียนไว้เลย ซึ่งแน่นอนว่าถ้าผู้ขอเชื่อในคำสั่งนั้นโดยสุจริตและได้ลงทุนในการผลิตไปแล้ว การถูกเพิกถอนทะเบียนและขายไม่ได้ทั้งหมดนั้น รัฐจะมีส่วนในการรับผิดชอบความเสียหายนี้ด้วย ตามหลักความรับผิดชอบทั่วไป ส่วนสิทธิที่ 11 อันตรายยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ และประเทศที่ก้าวหน้าทางสาธารณสุขยังยินยอมให้ใช้ได้ในขณะที่นั้น แต่โดยที่ยังมีข้อสงสัยในทางวิชาการ เจ้าหน้าที่อาจสั่งให้เพิกถอนโดยมีผลเฉพาะในอนาคตโดยส่วนวัตถุดิบที่จัดหามาแล้วอาจให้ผลิตและจำหน่ายต่อไปได้จนกว่าจะหมด แต่ห้ามการผลิตเพิ่มอีก⁷⁸

3.3.2.2 การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ได้ให้ประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้

มาตรา 52 “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 51 อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนได้ แต่ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และให้นำความในมาตรา 51 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลมแต่ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น

ค่าทดแทนความเสียหายตามมาตรานี้จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน

ในกรณีที่เป็นการเพิกถอนการให้ประโยชน์ที่แบ่งแยกไม่ได้ ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งนั้นโดยค่าทดแทนความเสียหายดังกล่าวจะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับ”

กรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งให้ประโยชน์ที่ไม่ใช่ให้เงินทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 52 คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เช่น ใบอนุญาตต่าง ๆ คำสั่งบรรจุแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการ หรือคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิในลักษณะอื่นๆ เช่น คำสั่งอนุญาตให้แปลงสัญชาติ คำสั่งทางปกครองในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นคำสั่ง

⁷⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ข เล่มเดิม, หน้า 308.

ทางปกครองที่โดยหลักแล้วไม่สามารถแบ่งแยกแล้ว ดังนั้นคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงเป็นคำสั่งที่หากจะเพิกถอนแล้ว จะต้องเพิกถอนทั้งหมด มิฉะนั้นแล้วก็จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้เลย การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพียงบางส่วนดังที่ปรากฏอยู่ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงินทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 51 จึงไม่อาจนำมาใช้กับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่ใช่เป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้

ในกรณีที่ต้องกรณเจ้าหน้าฝ่ายปกครองตัดสินใจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ได้ให้ประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ หากเป็นกรณีที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น และความเชื่อโดยสุจริตดังกล่าวสมควรได้รับความคุ้มครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องชดเชยค่าทดแทนความเสียหายให้แก่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ทั้งนี้ค่าทดแทนความเสียหายดังกล่าวจะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับ หากไม่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ตัวอย่างเช่น นาย ก. ซึ่งได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ได้ว่าจ้างบริษัทรับเหมาก่อสร้างให้ดำเนินการปรับพื้นที่ขุดเจาะที่ดินบริเวณที่จะก่อสร้างอาคารเพื่อตอกเสาเข็ม ชื่อวัสดุอุปกรณ์ที่ใช้ในการก่อสร้างอาคารดังกล่าวมาบางส่วน เช่นนี้ หากปรากฏว่าการอนุญาตขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งเพิกถอนการอนุญาตดังกล่าว และนาย ก. เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร นาย ก. ย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ได้จ่ายไปจริง หลังจากหักลบประโยชน์ต่างๆ จากการดำเนินการก่อสร้างอาคารนั้น เช่น หักลบราคาค่าวัสดุอุปกรณ์ที่ยังไม่ได้ใช้ซึ่งนาย ก. สามารถส่งคืนบริษัทผู้ขายได้ เป็นต้น ส่วนประโยชน์ใดๆ ที่คาดหมายว่าจะได้จากการก่อสร้างอาคารนั้น เช่น กำไรจากการขายอาคารดังกล่าว นาย ก. ไม่อาจเรียกร้องจากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้

หลักเกณฑ์ทั่วไปในการเพิกถอนก็เป็นเช่นเดียวกับกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีการให้ประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ คงต่างกันเพียงในผลของวิธีการเยียวยา หากเป็นการเพิกถอนย้อนหลัง เพราะประโยชน์ที่จะเพิกถอนเป็นกรณีไม่อาจแบ่งแยกเป็นส่วนๆ ได้ ถ้าจำเป็นต้องเพิกถอนประโยชน์ที่ใช้ไปแล้วนั้นเสียจึงต้องให้ค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง

สิ่งใดเป็นประโยชน์ที่แบ่งแยกไม่ได้นั้นต้องดูข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี บางอย่างอาจเป็นเรื่องที่น่าจะแบ่งแยกไม่ได้ แต่เอาเข้าจริงอาจมีการดำเนินการเพื่อแบ่งแยกก็ได้

ตัวอย่างที่ 1 อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารสูงริมทางสาธารณะทางปฏิบัติข้อบัญญัติท้องถิ่นสำหรับกรุงเทพมหานครจะมีแนวทางว่าความสูงของอาคารจะต้องไม่เกิน 2 เท่าของระยะที่วัดขอบด้านนอกของอาคารไปยังขอบถนนปากตรึงข้าม ดังจะเห็นได้ว่าอาคารในกรุงเทพฯ ถ้าสูงมากขึ้นชั้นที่อยู่สูงก็จะถอยร่นห่างออกไปตามลำดับ การปลูกสร้างอาคารปกติเป็นเรื่องความมั่นคงแข็งแรงที่แบ่งแยกไม่ได้ สมมุติว่ามีการอนุญาตผิดพลาดโดยไม่มีการกำหนดให้ถอยร่นของชั้นที่อยู่สูงและโดยที่อาคารอยู่ติดถนนที่มีความกว้างพอประมาณทำให้ต้องเริ่มถอยร่นตั้งแต่ชั้นที่ 5 หากเจ้าหน้าที่พบความจริงขณะก่อสร้างถึงชั้นที่ 3 เท่านั้น เจ้าหน้าที่ก็อาจเพิกถอนการอนุญาตตั้งแต่ชั้นที่ 5 เป็นต้นไปได้ แต่ถ้าเจ้าของอาคารได้ก่อสร้างเกินชั้นที่ 5 ไปแล้วก็ต้องรื้อถอนส่วนที่สร้างโดยขัดต่อกฎหมาย ในกรณีแรกหากผู้ขออนุญาตทำการโดยสุจริตก็อาจได้รับการชดเชยการก่อสร้างฐานรากส่วนไม่จำเป็นสำหรับอาคารส่วนที่เกิน 5 ชั้นโดยยังไม่ถอยร่น แต่ในกรณีหลังจะต้องให้ค่าทดแทนส่วนที่ต้องรื้อถอนไปด้วย กรณีนี้จะเห็นได้ว่าจะยึดหลักว่าประโยชน์ส่วนใดใช้ไปแล้วจะไม่เอากลับคืนไม่ได้ถ้าส่วนที่ใช้ประโยชน์ไปนั้นทิ้งผลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเหลืออยู่

ตัวอย่างที่ 2 อนุญาตให้ก่อสร้างโรงงานประเภทที่ 3 ใกล้โรงเรียนไม่เกินระยะ 100 เมตร ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ก็ต้องถูกเพิกถอนห้ามใช้เป็นโรงงานทั้งหมดหากยังไม่ก่อสร้างก็คงได้ค่าทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว เช่น การออกแบบ ฯลฯ แต่ถ้าสร้างไปแล้วความเสียหายอาจเพิ่มพูนขึ้นตามจำนวนกิจการที่กระทำไป ซึ่งรัฐจะต้องชดเชยค่าทดแทนให้

ค่าทดแทนที่ให้สำหรับสิ่งที่ทำไป เช่น ในกรณีก่อสร้างจะรวมค่าเขียนแบบ ค่าจ้างก่อสร้าง และงานก่อสร้างที่ทำไปแล้ว แต่ไม่รวมถึงกำไรหรือผลประโยชน์ที่จะได้รับหากก่อสร้างเสร็จและประกอบกิจการได้ อนึ่ง จำนวนค่าทดแทนที่ให้นี้ มาตรา 52 วรรคสองแห่งวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง บัญญัติว่า จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับ ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าบางครั้งบุคคลอาจมุ่งมันอยากกระทำให้บางอย่างให้สมใจตนเท่านั้น โดยประโยชน์ทางเศรษฐกิจไม่เกิดขึ้นเท่าที่ควรแก่การลงทุน การได้ค่าทดแทนจึงจำกัดตามความเสียหายจริงคือประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับเท่านั้น เช่น ลงทุนซื้อเครื่องจักรขนาดใหญ่มาติดตั้งในโรงงานเพื่อผลิตสินค้าชนิดหนึ่ง แต่ปรากฏว่าสินค้าชนิดนั้นกำลังผันผวนเมื่อติดตั้งเสร็จปรากฏว่าไม่อาจจำหน่ายผลิตภัณฑ์ได้เลย กรณีเป็นการลงทุนผิดของผู้นั้น หากมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ผลิตสินค้าชนิดนั้น ค่าทดแทนมิใช่คิดจากค่าเครื่องจักรอุปกรณ์แต่คิดจากประโยชน์ที่ได้รับจากการขายผลิตภัณฑ์ ซึ่งกรณีนี้ผู้นั้นอาจไม่ได้ค่าทดแทนเลยก็ได้

มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มิได้บัญญัติให้นำมาตรา 51 วรรคสี่ แห่งวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย กรณีจึงมีปัญหาคิดว่าถ้าผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองมีความสุจริตในตอนต้นที่ได้คำสั่งทางปกครองไป แต่ต่อมาทราบความ

จริงถึงความบกพร่องของคำสั่งดังกล่าว การที่ผู้รับคำสั่งยังคงดำเนินการต่อไปตามคำสั่งนั้น ส่วนที่ดำเนินการไปภายหลังจะนำมาอ้างขอค่าทดแทนได้หรือไม่ กรณีนี้แม้มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะไม่ได้ขยายความโดยตรงไว้ แต่จากหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นเองทำให้เห็นได้ว่าหากผู้รับคำสั่งทราบความจริงแล้ว ก็ย่อมจะถือเป็นผู้เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งนั้นไม่ได้ เพราะหากเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของผู้รับคำสั่งรู้ความจริงเมื่อใดก็ย่อมดำเนินการเพิกถอนคำสั่งได้ หลักการอันนี้จึงควรนำมาใช้บังคับได้ในฐานะเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁷⁹

ในการเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ได้เป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ บุคคลผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองต้องเรียกร้องค่าทดแทนดังกล่าวภายใน 180 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คำสั่งกำหนดจำนวนค่าทดแทนความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่บุคคลผู้รับคำสั่งซึ่งไม่เห็นด้วยอาจใช้สิทธิอุทธรณ์ได้แย้งภายในฝ่ายปกครอง และนำคดีไปสู่ศาลปกครองได้

อย่างไรก็ตาม มาตรา 51 วรรคสาม ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 วางหลักว่าถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับคำสั่งทางปกครองไปเพราะเหตุดังต่อไปนี้ ผู้รับคำสั่งจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้

1. บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

2. บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือครบถ้วนในสาระสำคัญ

3. บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่ง หรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ด้วยเหตุนี้หากเป็นกรณีที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมต้องรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว บุคคลดังกล่าวจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองขึ้นยันองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้

หากปรากฏข้อเท็จจริงดังที่กล่าวมาข้างต้นขึ้น โดยหลักแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นโดยให้มีผลย้อนหลังกลับไปในอดีต หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

⁷⁹ แหล่งเดิม.

โดยให้มีผลตั้งแต่ปัจจุบันหรือให้มีผลในอนาคต องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องมีเหตุผลพิเศษในการอธิบายให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวของตนรับฟังได้ อาจกล่าวได้ว่าหากเป็นกรณีกฎหมายไม่คุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองแล้วดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการที่จะไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองย้อนหลังย่อมมีอยู่โดยจำกัดอย่างยิ่ง

สำหรับบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นโดยหลักแล้วจะได้รับการคุ้มครองประโยชน์ที่ตนได้รับไปก็ต่อเมื่อตนได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจะทำให้บุคคลดังกล่าวต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี

ในกรณีที่ยังไม่จำเป็นต้องคุ้มครองประโยชน์ที่บุคคลผู้รับคำสั่งได้รับไป เช่น เป็นกรณีที่บุคคลผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองนั้น ให้องค์กรเจ้าหน้าที่พิจารณาซึ่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะกับความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองว่าด้านไหนมีน้ำหนักมากกว่ากัน โดยปกติแล้วหากเป็นกรณีที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองยังไม่ได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองนั้น การเพิกถอนคำสั่งย่อมไม่ทำให้บุคคลนั้นเสียหายแต่อย่างใด กรณีนี้ต้องถือว่าประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักมากกว่า อย่างไรก็ตามในการพิจารณาเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบการใช้ดุลพินิจให้รอบด้าน เช่น พิจารณาวาระเวลานับตั้งแต่ออกคำสั่งทางปกครองได้ล่วงพ้นไปนานแค่ไหนแล้ว ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความรุนแรงอยู่ในระดับใด การเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะกระทบกับประโยชน์ของบุคคลที่สามมากน้อยเพียงใด เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ได้ให้ประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ถือเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวหากบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นและได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว หรือได้ดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของตนเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับการคุ้มครองโดยมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เว้นแต่กรณีเข้าข้อยกเว้นที่ไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ทั้งสามกรณีดังกล่าวแล้ว