

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอน คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการคุ้มครองความเชื่อเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชนเป็นหลักกฎหมายสำคัญประการหนึ่งที่จะต้องพิจารณาประกอบในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีใ้ได้อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สิ้นผลบังคับควรจะต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าวได้นำมาบัญญัติเป็นครั้งแรกในกฎหมายฉบับดังกล่าว การพยายามอธิบายหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตโดยเทียบเคียงจากหลักสุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังอาจไม่ครบถ้วน แต่ในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งได้นำมาเป็นแนวคิดในการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย ได้พัฒนาหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตจนกระทั่งปัจจุบันศาลปกครองได้ยอมรับว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตมีสถานะเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญที่จะต้องพิจารณาประกอบในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับเพราะคำสั่งทางปกครองที่ออกไปสู่ภายนอกแล้ว แม้จะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็ย่อมมีผลบังคับอยู่จนกว่าจะถูกเพิกถอนโดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือศาลได้วินิจฉัยชี้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าก่อนที่จะวิเคราะห์ถึงปัญหาการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุที่ออกโดยขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมาย และกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะหรือที่ทางกฎหมายถือว่าไม่มีผลใดๆ เลยว่า กรณีดังกล่าวฝ่ายปกครองหรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นด้วยหรือไม่ ยังมีปัญหาที่สำคัญที่จำต้องได้รับการวิเคราะห์ คือ ปัญหาเกี่ยวกับการมีผลบังคับของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากออกโดยขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมาย และกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะเสียก่อนว่าคำสั่งในลักษณะดังกล่าวจะมีผล

ทางกฎหมายอย่างไรและจะทำให้เกิดสิทธิใดๆ แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จึงเห็นว่ามีปัญหาที่จะต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ดังนี้

#### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับผลบังคับของคำสั่งทางปกครองกรณีฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากออกโดยขัดหรือแย้งกับกฎหมาย

##### วิเคราะห์ปัญหา

การพิจารณาปัญหาในเรื่องนี้จะต้องพิจารณาในเรื่องผลบังคับของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้แม้จะไม่ใช่ปัญหาของการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยตรงก็ตาม แต่ก็เป็นเรื่องสำคัญที่จำเป็นต้องพิจารณาก่อนที่จะวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต เพราะเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิต่างๆ อันเกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองซึ่งจะเชื่อมโยงถึงการพิจารณาในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง การออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองในรูปแบบอื่น คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาถูกต้องตามเงื่อนไขที่ระบบกฎหมายนั้นๆ เรียกร้องไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขในการมีอำนาจออกคำสั่ง เงื่อนไขทางแบบพิธี หรือเงื่อนไขทางเนื้อหา คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลเป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางปกครองตามที่ฝ่ายปกครองมุ่งประสงค์ ปัญหาที่จะต้องพิจารณา คือ หากคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกมาเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขที่ระบบกฎหมายเรียกร้อง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่

ในเรื่องผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยขัดหรือแย้งกับเนื้อหาของกฎหมายนี้จะต้องพิจารณาหลักความสอดคล้องของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองกับกฎหมายในลำดับที่สูงกว่า เพราะนอกจากกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้วในการกำหนดเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกำหนดเนื้อหาให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองไม่ได้ กฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายในทุกลำดับชั้น ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับรอง กฎหมายแม่บทหรือรัฐธรรมนูญก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้นในการกำหนดเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งได้แก่ กฎหมายประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป และเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 บัญญัติให้สิทธิและ

เสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรของรัฐในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง ในการกำหนดเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกำหนดเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้ขัดกับบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพไม่ได้ ดังนั้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แต่เนื่องจากคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นรูปแบบของการกระทำทางปกครองที่สำคัญที่สุดนั้นมีคุณลักษณะพิเศษที่ไม่ปรากฏในการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น คุณลักษณะที่โดดเด่นประการหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง คือ แม้ว่าฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย เว้นแต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด คำสั่งทางปกครองนั้นจึงจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลตั้งแต่แรกหรือเป็น โฆษะ ซึ่งหมายความว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้น ไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ดังที่ผู้ออกคำสั่งต้องการ เช่น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ แก่ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ในกรณีทั่วไปแม้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ตกเป็น โฆษะแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลผูกพันบุคคลผู้รับคำสั่งให้ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้เกินกว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะสิ้นผลลงและในเรื่องนี้หากพิจารณาพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แล้วจะพบว่ากฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกมานั้นมีผลในทางกฎหมายโดยไม่ได้แยกแยะว่าคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากพิจารณาถ้อยคำในมาตราดังกล่าวประกอบกับมาตราอื่นๆ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองต่อไปแล้ว อาจจะกล่าวได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ตราบทที่ซึ่งไม่มีการลบล้างผลของคำสั่งทางปกครองนั้นโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้สิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์แต่ไม่ถึงขนาดที่เป็น โฆษะถือว่ามีผลทางกฎหมายแล้ว แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะไม่ได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมีผลอย่างไร

แต่หลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นก็ไม่สามารถตอบปัญหาทางกฎหมายในเรื่องผลบังคับของคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดกับกฎหมายได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือ

กฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นต้น คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ เพราะหลักกฎหมายที่ว่า เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองไป คำสั่งนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม เว้นแต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัดนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง แต่เป็นหลักกฎหมายที่พัฒนาขึ้นจากการตีความกฎหมายของนักวิชาการด้านกฎหมายและจากคำพิพากษาของศาล และเนื่องจากหลักการเกี่ยวกับความเป็นโมฆะหรือความไม่มีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกันอยู่ ปัญหาในเรื่องผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายจึงเป็นปัญหาที่ยุ่งยากในการวินิจฉัย เพราะแม้หลักความชอบด้วยกฎหมายจะเรียกร้องให้องค์กรฝ่ายปกครองถูกผูกพันการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองไว้ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่หลักการดังกล่าวก็ไม่ได้มีเนื้อหาเลยไปถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไปแล้ว ดังนั้นจึงเป็นปัญหาว่าหากองค์กรของรัฐออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดกับกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายสารบัญญัติอย่างชัดเจน คำสั่งนั้นจะมีผลทางกฎหมายหรือไม่อย่างไร เพราะในทางคำราก็วางหลักไว้แต่เพียงว่าคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกไปย่อมมีผลในทางกฎหมาย แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องหรือเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่ความบกพร่องหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด เท่านั้นแต่ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงที่อาจทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะ แต่อย่างไรก็ตามแม้ในทางหลักกฎหมายยังมีความแตกต่างกันอยู่บ้างว่าอะไรบ้างจะเป็นเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง แต่กระนั้นก็มีเหตุหลายประการที่หลายประเทศยอมรับว่าเป็นเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งน่าจะเป็นตัวอย่างที่ฝ่ายวิชาการและศาลจะได้นำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยต่อไปได้ ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกมาเป็นหนังสือ แต่ไม่ปรากฏในหนังสือนั้นว่าหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานที่ออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

(2) คำสั่งทางปกครองนั้นได้ออกมาโดยฝ่าฝืนแบบที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎหมายกำหนดให้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ แต่เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยวาจา

(3) คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งกระทำการที่ไม่อาจปฏิบัติได้ในความเป็นจริง เช่น ออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ทั้งที่อาคารดังกล่าวได้ถูกรื้อถอนไปก่อนหน้านั้นแล้ว

(4) คำสั่งทางปกครองนั้นเรียกร้องให้ผู้รับคำสั่งกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและจะส่งผลให้ผู้รับคำสั่งได้รับโทษในทางอาญา

(5) คำสั่งทางปกครองนั้นมีเนื้อหาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี<sup>1</sup>

นอกจากนี้ ในการพิจารณาความมีผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องแบ่งแยกการพิจารณาระหว่าง “ความชอบด้วยกฎหมายและความไม่ชอบด้วยกฎหมาย” กับ “ความมีผลในทางกฎหมาย และความไม่มีผลในทางกฎหมาย (โมฆะ)” ออกจากกัน เพราะ “ความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง” เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขที่กฎหมายเรียกร้องให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามในการออกคำสั่งทางปกครอง ส่วน “ความมีผลในทางกฎหมายหรือความไม่มีผลในทางกฎหมาย” นั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลในทางกฎหมายหรืออีกนัยหนึ่งคือการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของผู้รับคำสั่งที่จะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นตามความประสงค์ขององค์กรฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งนั้นซึ่งโดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย ซึ่งเรียกร้องว่า คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลอย่างมั่นคงต่อเนื่อง ไม่ว่าคำสั่งนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ก็เพราะแม้คำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ จึงต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองมีผลในทางกฎหมายเสมอ ด้วยเหตุนี้คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลในทางกฎหมายในทันที และผูกพันให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติตาม โดยมีพิกัดต้องคำนึงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะหากยอมรับให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกล่าวอ้างได้ว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง การปฏิบัติราชการตลอดจนการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายย่อมไม่อาจเป็นไปได้หรือเป็นไปได้อย่างยากลำบาก เช่น แม้องค์กรฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองโดยมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติย่อมมีประเด็นถกเถียงกันได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายจริงหรือไม่ ด้วยเหตุนี้แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายจริง คำสั่งนั้นก็ยังคงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลบังคับผูกพันให้ผู้รับคำสั่งนั้นต้องปฏิบัติตาม เว้นแต่จะเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัดจนกระทั่งวิญญูชนโดยทั่วไปวินิจฉัยได้ด้วยตนเองว่า

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ช เล่มเดิม. หน้า 205.

คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงไม่ต้องยอมรับสภาพบังคับของคำสั่งดังกล่าว คือ กรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัด คำสั่งนั้นย่อมเป็นโมฆะไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย

อนึ่ง โดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมักจะไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด เพราะคำว่า “ประจักษ์ชัด” นั้นหมายถึงบุคคลโดยทั่วไปย่อมสามารถที่จะวินิจฉัยหรือรู้ได้ด้วยตนเองว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และโดยส่วนใหญ่ก็อาจยังมีปัญหาถกเถียงกันอยู่ถึงความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น จึงถือว่ายังไม่ “ประจักษ์ชัด” จึงอาจจะกล่าวโดยสรุปได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด เป็นคำสั่งที่ไม่มีผลในทางกฎหมายตั้งแต่เริ่มแรก หรือเป็นคำสั่งที่เป็นโมฆะ ดังนั้นแม้ว่าองค์กรฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าคำสั่งดังกล่าวไม่ตกเป็นโมฆะแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย โดยผูกพันผู้รับคำสั่ง จนกว่าคำสั่งทางปกครองจะสิ้นสุดลงไปด้วยเหตุผลดังกล่าวมาแล้ว จึงสามารถที่จะวินิจฉัยได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายสารบัญญัติซึ่งถือว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรง แต่หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น วิญญูชนไม่อาจที่จะวินิจฉัยได้ด้วยตัวเองว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย คือไม่ตกเป็นโมฆะ

นอกจากนี้หากพิจารณาหลักการเกี่ยวกับความมีผลในทางกฎหมายของการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายในระบบกฎหมายเอกชนแล้ว เราจะเห็นได้ว่าในกรณีที่บุคคลกระทำการอันมุ่งต่อผลในทางกฎหมายโดยฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น แสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ<sup>2</sup> “โมฆะ” หรือความไม่มีผลในทางกฎหมายดังที่ผู้แสดงเจตนาต้องการจึงเป็นกรณีปกติธรรมดาของการฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ในระบบกฎหมายปกครองหลักการดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้ได้โดยบริบูรณ์เสมอไป การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองซึ่งเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายอาจมีผลในทางกฎหมาย ดังที่ผู้แสดงเจตนาต้องการก็ได้ การที่คำสั่งทางปกครองออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่จำเป็นเสมอไปที่คำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องไม่มีผลในทางกฎหมายหรือเป็นโมฆะ ในระบบกฎหมายปกครองแม้เราอาจสรุปได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมาย แต่สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เราไม่อาจสรุปเช่นนั้นได้ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงอาจเป็นคำสั่ง

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150.

ทางปกครองที่มีผลในทางกฎหมายหรือไม่ก็ได้ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีผลในทางกฎหมายหรือไม่ เพียงใดนั้นต้องถือว่าเป็นเรื่องนิติบัญญัติที่จะได้กำหนดขึ้นตามหลักทฤษฎีกฎหมายปกครอง

มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า การที่ระบบกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลในทางกฎหมาย จะเป็นการขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักในเรื่องการมีผลของคำสั่งทางปกครองแล้ว จะเห็นว่าการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลในทางกฎหมายนี้ ไม่เป็นการขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากระบบกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ที่ไม่ เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถอุทธรณ์โต้แย้งเพื่อให้องค์กรที่มีอำนาจใช้อำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ได้อยู่แล้ว กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องในทางนิติบัญญัติที่จะกำหนดว่าการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายซึ่งขัดต่อกฎหมายจะตกเป็นโมฆะ เช่น กรณีของนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง แต่ฝ่ายนิติบัญญัติอาจกำหนดผลของการกระทำที่มุ่งผลในทางกฎหมายซึ่งขัดต่อกฎหมายไว้เป็นอย่างอื่น โดยออกเป็นกฎหมายก็ได้ ดังเช่นที่ปรากฏในกรณีของคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากหากยอมให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองกล่าวอ้างว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายตนจึงไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมจะส่งผลให้การปฏิบัติราชการตลอดจนการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ย่อมไม่อาจเป็นไปได้ หรือเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก เช่นคำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมไม่อาจยกเอาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นมาอ้างเพื่อตนจะไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น

ตามที่กล่าวแล้วว่าคำสั่งทางปกครองแม้เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่คำสั่งนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย เว้นแต่คำสั่งทางปกครองนั้นจะตกเป็นโมฆะ ซึ่งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้แต่เมื่อพิจารณาถึงระบบกฎหมายของเยอรมัน และของฝรั่งเศส ซึ่งได้แบ่งแยกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสองลักษณะด้วยกัน คือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย คำสั่งทางปกครองประเภทนี้คือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ อย่างหนึ่ง และคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่มีผลในทางกฎหมายจนกว่าจะถูกทำให้สิ้นผลไป โดยการเพิกถอนขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือโดยองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่ง อีกอย่างหนึ่ง เมื่อพิจารณารัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการหรือวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของเยอรมัน

ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นที่มาสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ของประเทศไทยได้บัญญัติกรณีดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย และบัญญัติเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้ด้วยว่ามีอะไรบ้าง ทั้งนี้เหตุแห่งความเป็นโมฆะในกรณีทั่วไปคือกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นวินิจฉัยจนทั่วไปเห็นได้อย่างประจักษ์ชัด แม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะไม่ได้บัญญัติกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้ แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเห็นได้ชัดเจน คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Void Administrative Act) การที่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยไม่ได้บัญญัติกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไว้ ไม่ได้หมายความว่าระบบกฎหมายไทยไม่รับรู้ว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะมีอยู่ แต่เป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายมุ่งจะปล่อยไว้ให้เป็นเรื่องที่ฝ่ายวิชาการและศาลจะเป็นผู้พัฒนาหลักเกณฑ์ดังกล่าวขึ้นมา ทั้งนี้เนื่องจากเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในหลายประเทศยังไม่ตรงกัน หากพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์และเหตุผลที่กล่าวมานี้ คำสั่งทางปกครองในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงหมายถึงคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง และคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่มีผลในทางกฎหมายอีกอย่างหนึ่ง ไม่รวมถึงคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ โดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงถึงขนาดเป็นโมฆะ เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ ในทางกฎหมาย จึงเป็นที่ยอมรับกันว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้งและรุนแรง ย่อมเป็นโมฆะ คือ ไม่มีผลใดๆ มาตั้งแต่ต้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายปกครองในเรื่องผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองแล้วจะเห็นว่า เมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว แม้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่โดยหลักกฎหมายแล้วคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมายผูกพันบุคคล องค์กรฝ่ายปกครองและศาล นอกจากนี้ยังอาจเกิดผลบังคับผูกพันเด็ดขาดได้ในหลายกรณี กล่าวคือกรณีที่บุคคลที่มีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น แสดงเจตนาสละสิทธิอุทธรณ์โต้แย้ง หรือมีการโต้แย้งขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่ศาลปกครองยกฟ้องหรือคดีถึงที่สุดโดยไม่ต้องคำนึงว่าคำพิพากษานั้นถูกต้องหรือไม่ หรือมีกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองใดเมื่อออกมาแล้ว มีผลบังคับผูกพันโดยทันทีโดยไม่อาจถูกโต้แย้งได้ หรือระยะเวลาในการอุทธรณ์โต้แย้งได้ล่วงพ้นไปโดยไม่มีการอุทธรณ์โต้แย้ง คำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งเมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับผูกพันแล้ว ผู้รับคำสั่งทางปกครองจำต้อง

ปฏิบัติหรือยอมรับการกำหนดคดีทึหน้าหรือนิติสัมพันธ์ในคำสั่งทางปกครองโดยจะอ้างเอาความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมาอ้างเพื่อตนจะไม่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้เพราะหากยอมให้มีการโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวได้โดยไม่สิ้นสุดแล้ว ก็ยากที่จะหาจุดยุติในการบังคับใช้กฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงสามารถบังคับการตามคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่มีผลบังคับผูกพันแล้วได้ เพราะถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นที่ยุติแล้วคล้ายกับคำพิพากษาของศาลซึ่งถึงที่สุดซึ่งผูกพันคู่ความให้ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก “ความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ”

แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวก็มีข้อยกเว้น คือกรณีคำสั่งทางปกครองนั้นตกเป็น โฆษะแม้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วจะไม่ได้บัญญัติกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโฆษะไว้ แต่เมื่อพิจารณาโดยเทียบเคียงกับรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นที่มาสำคัญของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย โดยในระบอบกฎหมายปกครองของเยอรมันกำหนดคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้สองลักษณะ คือ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมายอย่างหนึ่ง คำสั่งทางปกครองประเภทนี้คือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโฆษะ และคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่มีผลในทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอนไปอีกอย่างหนึ่ง ดังนั้นเมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมาย กล่าวคือรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมันแล้ว จะเห็นว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะออกโดยมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายสารบัญญัติ คำสั่งนั้นย่อมถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ยังมีผลบังคับทางกฎหมาย เว้นแต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงและประจักษ์ชัด เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกฝ่าฝืนกฎหมายสารบัญญัติซึ่งมีโทษทางอาญา หรือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมตามตัวอย่างที่กล่าวแล้วข้างต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่มีผลตั้งแต่เริ่มแรกหรือเป็นโฆษะนั้นเอง ทั้งนี้เพราะถือว่าคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายที่มีโทษทางอาญาหรือกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงและบุคคลทั่วไปย่อมเห็นประจักษ์ชัดได้ว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าน่าจะเป็นหลักการที่ตรงกันในทุกๆ ประเทศ โดยเฉพาะระบบกฎหมายของเยอรมันและของฝรั่งเศสที่นำมาเป็นแนวทางในการศึกษาในเรื่องความมีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองของไทย แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งโดยหลัก

แล้วคำสั่งประเภทนี้ยังถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลบังคับทางกฎหมาย จนกว่าจะถูกเพิกถอน โดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรวินิจัยคดีปกครอง

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรม นิติกรรมทางปกครองก็เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับนิติกรรมในทางแพ่ง แม้จะมีความแตกต่างกันในเรื่องผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่อาจมีเรื่องนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาเกี่ยวข้องในบางกรณี แต่หากนิติกรรมทางปกครองนั้นต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือมีกฎหมายห้ามอย่างชัดเจนมิให้องค์กรฝ่ายปกครองทำนิติกรรมทางปกครองนั้นด้วยเหตุผลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนไปทำนิติกรรมทางปกครองนั้น นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ เช่น กฎหมายห้ามมิให้มีการค้าประเวณี หากฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตให้มีการค้าประเวณีคำสั่งทางปกครองคือการอนุญาตให้มีการค้าประเวณีนั้นย่อมเป็นโมฆะโดยไม่มีผลใดๆ ทางกฎหมายเลย เพราะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาขัดกับกฎหมายอย่างรุนแรงและวิญญูชนทั่วไปก็เห็นได้อย่างประจักษ์ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะการค้าประเวณีเป็นสิ่งที่ประชาชนรู้โดยทั่วไปอยู่แล้วว่ากฎหมายห้ามอย่างชัดแจ้ง

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถึงขนาดเป็นโมฆะซึ่งไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวหรือไม่ ปัญหาในเรื่องนี้จะต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากกรณีต้องด้วยเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองย่อมเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะริเริ่มได้เอง ซึ่งในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งนั้น โดยหลักแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตก็ได้ แต่เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ที่ไม่ใช่ให้เงินทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้นี้ เป็นคำสั่งทางปกครองที่โดยหลักแล้วไม่สามารถแบ่งแยกได้ ดังนั้นคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงเป็นคำสั่งที่หากจะเพิกถอนแล้ว จะต้องเพิกถอนทั้งหมด มิฉะนั้นแล้วก็จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้เลย และแม้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปจะตกเป็นโมฆะและไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมายตั้งแต่แรก ซึ่งโดยหลักแล้วคำสั่งประเภทนี้ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำการเพิกถอน แต่การออกคำสั่งทางปกครองซึ่งรวมทั้งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นการที่ฝ่ายปกครองชี้ถึงสถานะหรือสิทธิของนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ตามคำสั่งทาง

ปกครองเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าดำรงอยู่อย่างไร ซึ่งจะมีผลถึงความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐ ดังนั้นแม้คำสั่งทางปกครองจะเป็นคำสั่งที่ไม่มีผลทางกฎหมาย เพราะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะเนื่องจากออกโดยขัดแย้งกับกฎหมายอย่างรุนแรงและชัดเจน ซึ่งโดยหลักแล้วคำสั่งประเภทนี้ย่อมไม่มีประเด็นเกี่ยวกับการแสดงเจตนาปลั่งทำลายผลของคำสั่งทางปกครอง เพราะไม่มีคำสั่งทางปกครองที่ต้องปลั่ง แต่หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจเลือกที่จะทำให้คำสั่งนั้นสิ้นผลลง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ได้แต่ประกาศความเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าของคำสั่งดังกล่าวเท่านั้น<sup>3</sup> และโดยหลักแล้วกรณีที่คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะแม้คำสั่งดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ แต่ผู้รับคำสั่งที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งนั้นก็ไม่อาจกล่าวอ้างประโยชน์จากคำสั่งได้ เพราะคำสั่งลักษณะนี้มีได้ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายทั้งสิ้น และคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลตั้งแต่แรก เพราะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะนั้น องค์กรฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะไม่มีคำสั่งที่ต้องให้เพิกถอน องค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจปลั่งคำสั่งทางปกครองจึงได้แต่ประกาศความเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าของคำสั่งดังกล่าวเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองจะแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นทราบด้วย เพื่อเป็นการยืนยันให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองรู้ว่าสิทธิหรือหน้าที่ของเขาโดยอาศัยคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีอยู่

เมื่อพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ดังกล่าวแล้วก็จะมีความน่าคิดตามมาว่า ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจไม่พิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว แต่ให้คำสั่งดังกล่าวนั้นมีผลต่อไปเสมือนว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ การพิจารณาในเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะโดยทั่วไปแล้วเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองและแจ้งคำสั่งดังกล่าวไปยังผู้รับคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีผลในทางกฎหมายโดยไม่ได้แยกแยะว่าคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลในทางกฎหมายนี้ก็ไม่ขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากระบบกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวสามารถอุทธรณ์โต้แย้งเพื่อให้องค์กรที่มีอำนาจใช้อำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้อยู่แล้ว และโดยทั่วไปบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองและบุคคลที่ได้รับผลกระทบย่อมจะต้องให้ความเชื่อถือในคำสั่งทางปกครองนั้นว่าเป็นคำสั่งที่ถูกต้องและมีผลในทางกฎหมาย

<sup>3</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ จ. เล่มเดิม.

แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายปกครองและพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 ถึง มาตรา 53 ได้เปิดช่องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ที่ตนได้ออกไปแล้วได้ ไม่ว่าจะ เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ให้ประโยชน์ที่เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่บทบัญญัติดังกล่าวระบุไว้ แม้จะล่วงพ้นระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองแล้ว และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเริ่มการได้เอง ไม่จำเป็นต้องรอให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งร้องขอเสียก่อน สาเหตุที่กฎหมายยอมให้ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ตนออกไปแล้วได้นั้น เนื่องจากความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีต่อคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไป ไม่ใช่ความผูกพันอย่างเด็ดขาด ทำนองเดียวกับที่ศาลต้องผูกพันต่อคำพิพากษาของตนซึ่งเมื่อพิพากษาไปแล้วศาลจะหดยกคดีดังกล่าวกลับมาพิจารณาพิพากษาใหม่ด้วยตนเองไม่ได้ แต่เป็นความผูกพันลักษณะที่จำกัด อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตว่าความผูกพันขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่อคำสั่งทางปกครองที่ตนออกไป อาจจะกลายเป็นความผูกพันอย่างเด็ดขาดได้ซึ่งจะทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้อีกต่อไป หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวรู้เหตุที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้วแต่ไม่ดำเนินการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้เหตุที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 วรรคสอง แต่เนื่องจากคำสั่งที่ออกโดยขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่รุนแรงถึงขนาดเป็นโมฆะดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น จึงเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับผูกพันอยู่นกว่าจะถูกเพิกถอน ดังนั้นหากฝ่ายปกครองมีความประสงค์ที่จะให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลบังคับลง ฝ่ายปกครองก็ต้องพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม แม้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ได้เองตลอดเวลา โดยจะให้ผลย้อนหลังหรือไม่ ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตก็ได้ แต่การที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวหรือไม่ถือเป็นดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งหมายความว่าแม้เงื่อนไขในการลบล้างหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายมีอยู่อย่างครบถ้วน แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะไม่ดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นก็ได้ โดยในการพิจารณาว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น พิจารณาได้จากกรณีที่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

มาตรา 49 “เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ฯลฯ” โดยบทบัญญัติมาตราดังกล่าวใช้คำ “อาจ” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายว่ามีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจตัดสินใจ (ดุลพินิจตัดสินใจดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ) โดยองค์กรนิติบัญญัติมักจะใช้ถ้อยคำในทำนองที่ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ “มีอำนาจ...” หรือ “อาจ...” แต่หากกฎหมายไม่ประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจตัดสินใจขององค์กรนิติบัญญัติมักจะใช้ถ้อยคำในทำนองว่า “ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ (ปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง)....”

การจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 51 และมาตรา 52 กำหนดไว้โดยบทบัญญัติทั้งสองมาตรามีลักษณะเป็นการจำกัดอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตลอดจนกำหนดค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไว้ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับประโยชน์ที่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับว่าเป็นประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่ใช่เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ เพราะหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัดแล้ว กรณีก็อาจเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะเป็นการประกันความเชื่อถือหรือความไว้วางใจที่บุคคลผู้รับคำสั่งมีต่อการแสดงออกซึ่งอำนาจรัฐในรูปของคำสั่งทางปกครองได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า อำนาจในการตัดสินใจว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ได้ให้ประโยชน์ที่เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้เป็นอำนาจดุลพินิจของขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยที่ในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วย ทั้งนี้โดยจะต้องชั่งน้ำหนักความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน ดังนั้นคำสั่งทางปกครองแม้จะเป็นคำสั่งที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายที่ได้กล่าวไปแล้ว ก็ตาม แต่ในการพิจารณาว่าจะเพิกถอนคำสั่งอนุญาตดังกล่าวหรือไม่นั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างความเชื่อถือโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของตนไปแล้วอันเนื่องมาจากความเชื่อในความ

คงอยู่ของคำสั่งดังกล่าวโดยไม่อาจแก้ไขได้หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณีกับประโยชน์ของสาธารณะประกอบกันว่าจะไร้น้ำหนักมากกว่ากัน และในกรณีที่ต้องคัดรื้อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็ไม่ใช่การขัดกับหลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” เพราะหลักกฎหมายกำหนดให้พิจารณาโดยชั่งน้ำหนักทั้งสองหลักกฎหมายประกอบกัน ได้แก่หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง มีน้ำหนักมากกว่าที่ชอบที่จะเพิกถอนคำสั่งที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากพิจารณาแล้วเห็นว่า หลักความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง มีน้ำหนักมากกว่าที่ชอบที่จะมีดุลพินิจไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้

#### แนวทางการแก้ไขปัญหา

จากการศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วผู้ศึกษาเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่า คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะอย่างใดบ้างเป็นโมฆะไม่มีผลใดๆ ทางกฎหมาย ไม่เหมือนกรณีนิติกรรมในทางแพ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่านิติกรรมใดบ้างที่เป็นโมฆะไม่ก่อให้เกิดสิทธิใดๆ ในทางกฎหมาย ทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย โดยฝ่ายปกครองหรือแม้แต่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองก็ยังหลีกเลี่ยงที่จะชี้ชัดว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นมีผลทางกฎหมายหรือเป็นโมฆะ โดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองจะชี้ชัดเพียงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเท่านั้น ซึ่งผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไม่มีผลใดๆ ทางกฎหมายกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะมีผลแตกต่างกัน และสาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะหลักกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะในแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกันและบางประเทศหลักกฎหมายในเรื่องนี้ยังไม่มีความชัดเจน เช่น ประเทศไทย มีผลให้การพิจารณาในเรื่องหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้นำมาพิจารณาประกอบหรือคำนึงถึงในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกรณีดังกล่าวนี้อย่างแท้จริง และด้วยเหตุที่แม้คำสั่งทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับคำสั่งก็ไม่อาจรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ และในทางหลักการและความเข้าใจของประชาชนถือว่าคำสั่งทางปกครองมีผลในทางกฎหมายเสมอ โดยที่คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลในทางกฎหมายในทันทีโดยมิพักต้องคำนึงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เว้นแต่จะเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองนั้น

ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและเห็นประจักษ์ชัด<sup>4</sup> จนกระทั่งวิญญูชนโดยทั่วไปวินิจฉัยได้ด้วยตนเองว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุผลดังกล่าวผู้ศึกษาจึงเห็นว่าหากมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้มีความชัดเจนในลักษณะที่ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรศาลสามารถตีความกฎหมายได้อย่างชัดเจนว่าคำสั่งทางปกครองประเภทใดบ้างเป็นโมฆะไม่ก่อสิทธิใดๆ ในทางกฎหมายและคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกโดยขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมาย กรณีใดบ้างเป็นโมฆะกรณีใดบ้างไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงขนาดตกเป็นโมฆะ โดยเทียบกับหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสาธารณรัฐเยอรมัน ก็จะทำให้ไม่เกิดปัญหาการตีความในเรื่องผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

นอกจากนี้ ผู้ศึกษายังเห็นว่า ระหว่างที่ยังไม่มีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองควรที่จะวางหลักกฎหมายในเรื่องนี้ให้เกิดความชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาบังคับใช้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครองให้เกิดขึ้นจริงเป็นรูปธรรม นอกจากนี้เมื่อพิจารณาหลักความมีผลบังคับของคำสั่งทางปกครองแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีที่หลักกฎหมายยินยอมให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลทางกฎหมาย ก็ไม่มีผลเป็นการตัดอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการพิจารณาตัดสินใจว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ เพราะหากกล่าวในบริบทของการพิจารณาหรือพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์โดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการจะต้องมีการพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองกับหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองพิจารณาตัดสินใจว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ องค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการก็ไม่อาจพิจารณาหรือพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์ได้เพียงเพราะเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การที่องค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการจะสามารถพิจารณาหรือพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้หรือไม่ นั้น ย่อมจะต้องได้พิจารณาและคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองแล้วว่า กรณีนั้นสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้และการเพิกถอนดังกล่าวก็ต้องเป็นไปในลักษณะที่หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองยอมรับให้กระทำได้ ทั้งนี้เพราะหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจนี้ไม่ได้เพียงแต่ก่อให้เกิดการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

<sup>4</sup> แหล่งเดิม.

หากแต่ยังเป็นสาระสำคัญต่อหลักการคุ้มครองความมั่นคงทางกฎหมายและคุ้มครองความไว้นี้  
 เชื่อใจของบุคคลที่มีต่อระบบกฎหมายของรัฐอีกด้วย เช่น หลักเกณฑ์การคุ้มครองการใช้อำนาจของ  
 องค์กรเจ้าหน้าที่รัฐที่ได้รับแต่งตั้งโดยบกพร่องด้วย

#### 4.2 ปัญหาการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากออกโดยขัด หรือแย้งกับกฎหมาย หรือคำสั่งที่เป็นโมฆะ

##### วิเคราะห์ปัญหา

ปัญหาการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง กรณีเพิกถอนคำสั่ง  
 ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากออกโดยขัดหรือแย้งกับกฎหมายในทางเนื้อหา  
 เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกขัดกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร  
 เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วย  
 กฎหมาย เพราะบกพร่องในเรื่องสำคัญ หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆฆะ  
 ประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่ทราบโดยข้อเท็จจริงถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือความ  
 เป็น โฆฆะของคำสั่งดังกล่าว และผู้รับคำสั่งเชื่อโดยสุจริตว่าคำสั่งทางปกครองนั้นได้ก่อตั้งหรือ  
 รับรองสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครอง และได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปอันเนื่องมาจากความ  
 เชื่อถือในคำสั่งทางปกครองนั้น ต่อมาภายหลังฝ่ายปกครองทราบว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและ  
 เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รับความเสียหาย เช่นนี้ ผู้รับคำสั่งทาง  
 ปกครองที่ได้รับความเสียหายย่อมไม่สามารถอ้างความเชื่อ โดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทาง  
 ปกครองเพื่อเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เพราะ  
 หลักการทางกฎหมายปกครองถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ถึงขนาดที่เป็น โฆฆะย่อม  
 ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมาย<sup>5</sup> ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจาก  
 ความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองซึ่งถูกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น  
 จึงไม่อาจอ้างความเชื่อถือและไว้วางใจโดยสุจริตที่ตนมีต่อผลของคำสั่งทางปกครองนั้นในการยื่น  
 คำร้องขอค่าทดแทนความเสียหายจากองค์กรฝ่ายปกครองที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้

ปัญหาดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า แนวความคิดว่าด้วยหลักการคุ้มครองความ  
 เชื่อถือและไว้วางใจในระบบกฎหมายไทย ได้หยั่งรากลงในระบบกฎหมายไทยโดยปรากฏอยู่ใน  
 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและ  
 ไว้วางใจดังกล่าวเป็นข้อความคิดพื้นฐาน (เคียงคู่กับหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย)  
 ของบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วย

<sup>5</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ข เล่มเดิม. หน้า 283.

กฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์นอกกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นอกจากนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองไว้เป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร และบังคับให้องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องนำบทกฎหมายดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์นอกกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ ด้วยการที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยอมรับให้หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจซึ่งปรากฏในระบบกฎหมายปกครองของไทยนี้ นับเป็นเครื่องสะท้อนให้เห็นถึงข้อความคิดทางกฎหมายที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายปกครองไทย อันได้แก่หลักความยุติธรรม และหลักนิติรัฐ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย และหลักสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมถึงหลักความสุจริตที่จะต้องนำมาประกอบการพิจารณาด้วย

สำหรับสถานะหรือความมีอยู่ของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจในบริบทของการพิจารณาหรือพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์ในการพิจารณาทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองและในกระบวนการพิจาราคดีของศาลปกครองนั้น ถ้าหากได้พิจารณาถึงหลักความยุติธรรมและหลักนิติรัฐ (หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย และหลักสิทธิขั้นพื้นฐาน) รวมถึงหลักความสุจริตซึ่งล้วนแต่เป็นข้อความคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายปกครองไทย ประกอบกับการหยั่งรากฐานลงในระบบกฎหมายไทยของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจดังที่กล่าวในข้างต้นแล้ว เราขอมองได้ว่า แม้จะไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนกำหนดให้ศาลปกครองนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีเหมือนเช่นในชั้นพิจารณาทางปกครองของฝ่ายปกครอง แต่ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการซึ่งจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้กรอบของกฎหมายแห่งนิติรัฐซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักความยุติธรรม ก็ย่อมมีความผูกพันที่จะต้องนำ “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ” หรือที่เรียกในบริบทของการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองว่า “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง” มาปรับใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์ภายใต้กรอบแห่งนิติวิธี คือ ศาลปกครองจะต้องนำหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้ มาปรับใช้ในสถานะที่เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” เพื่อคุ้มครองหรือส่งเสริมให้ประโยชน์ สถานะ หรือวิถีชีวิตของผู้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองมีความมั่นคงต่อเนื่องถาวรตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และเพื่อส่งเสริมความน่าเชื่อถือของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐที่อยู่ในรูปของคำสั่งทางปกครองอันจะทำให้ปัจเจกบุคคลอยู่ในสถานะที่สามารถคาดหมายทำนายได้ล่วงหน้าเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งผลทางกฎหมาย

จากการกระทำของตนที่จะก่อตั้งขึ้นบนฐานของคำสั่งทางปกครอง จนกระทั่งบุคคลแต่ละคนสามารถกำหนดวิถีชีวิตของตนได้อย่างเสรีอันย่อมสอดคล้องกับเป้าหมายและรากฐานของหลักนิติรัฐนั่นเอง

อนึ่ง นอกจากหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองและศาลปกครองมีความผูกพันที่จะต้องนำมาประกอบการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์ดังที่กล่าวข้างต้นแล้ว พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังได้บัญญัติถึงหลักการคุ้มครองความสมบูรณ์ของการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งโดยบกพร่องไว้ในมาตรา 19 อันเป็นอีกกรณีหนึ่งที่ระบบกฎหมายไทยมองเห็นถึงความจำเป็นที่ระบบกฎหมายจะต้องปกป้องรักษาความมั่นคงทางกฎหมายของการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐและความจำเป็นที่ระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของปัจเจกบุคคลที่มีต่อความมั่นคงดำรงผลในทางกฎหมายของการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง

การที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่มีบทบัญญัติบัญญัติไว้ชัดเจนให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหากล่าวคือออกโดยมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายโดยขัดแจ้งกรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายถึงขนาดเป็นโมฆะ มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณีดังกล่าวนี้หรือไม่ ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้ที่ได้รับผลกระทบในชั้นของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือการยืนยันความเป็นโมฆะหรือความเสียหายที่ตามมาตั้งแต่ต้นของคำสั่งทางปกครองกรณีที่คำสั่งทางปกครองในทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่จำเป็นต้องทำการเพิกถอนคือเกิดปัญหาว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ซึ่งได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากได้ใช้ประโยชน์หรือได้จัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินเนื่องมาจากคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว ไม่สามารถอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นก่อนที่จะมีการเพิกถอน เพื่อใช้สิทธิในการเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจากฝ่ายปกครองที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตแล้วจะเห็นว่าหลักความเชื่อโดยสุจริตของคู่กรณี พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นำมาใช้ในลักษณะของ “การเยียวยา” ความเดือดร้อนเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น หากได้มีความสำคัญเหนือกว่าหลักการเคารพต่อความชอบด้วยกฎหมายและหลักการบริหารงานที่ดีแต่อย่างใดไม่ กล่าวคือปัญหาว่าจะมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จะพิจารณาเฉพาะจากหลักการเคารพต่อความชอบด้วยกฎหมายและหลักการบริหารงานที่ดีเท่านั้น

ต่อเมื่อมีการเพิกถอนแล้ว และอาจมีความเดือดร้อนเสียหายขึ้น หลักความเชื่อโดยสุจริตของคู่กรณี จึงจะถูกนำมาใช้เพื่อพิจารณาปัญหาว่าจะมีการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของคู่กรณีได้อย่างไร หรือไม่

ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นได้ว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็น การให้ประโยชน์แล้ว กฎหมายกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องคำนึงถึงความเชื่อ โดยสุจริตของคู่กรณี ผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วย โดยไม่ได้แยกแยะว่าจะคุ้มครองเฉพาะกรณีการเพิกถอนคำสั่งทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงขนาดเป็น โฆษะหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น แม้ในทาง กฎหมายคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้นฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำการ เพิกถอนก็ตาม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งจะเห็นว่ากฎหมายได้แยกการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกับ การเยียวยาความเสียหายออกจากกัน โดยในขั้นตอนของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครอง มีความผูกพันต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่ในชั้นของการเยียวยา ความเสียหายจึงต้องพิจารณาถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อ โดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทาง ปกครอง และเมื่อพิจารณาหลักการคุ้มครองความเชื่อ โดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทาง ปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน อันมีที่มาแรกเริ่มจากหลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมาย อาญา หลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญว่ากฎหมายจะไม่มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นก่อนวันที่กฎหมายใช้บังคับ โดยนัยนี้หลักความไม่มีผลย้อนหลังของ กฎหมายอาญาจึงเป็นหลักที่แฝงด้วยแนวคิดในการคุ้มครองความเชื่อ โดยสุจริตของบุคคลที่กระทำ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งได้กระทำหรืองดเว้นกระทำการ อย่างใดอย่างหนึ่งตามคำสั่งทางปกครองนั้น บุคคลนั้นย่อมเชื่อถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นคำสั่งที่ฝ่ายปกครองออกมาเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และจะไม่มีคำสั่งของฝ่ายปกครอง ออกมาภายหลังมายกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นอีก ดังนั้นหากต่อมาฝ่ายปกครองพิจารณา และตัดสินใจที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลนั้นย่อมได้รับการ คุ้มครอง แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะไม่ได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้ ก็ตาม เพราะคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ถึงขนาดที่เป็น โฆษะแม้จะไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทาง กฎหมาย แต่ก็ไม่ได้แตกต่างไปจากกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์โดยให้มีผล ย้อนหลังลงไปทั้งหมดจนเป็นศูนย์ ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ที่ได้พัฒนาหลักการคุ้มครองความเชื่อ โดยสุจริตจนกระทั่งปัจจุบันศาลปกครองได้ยอมรับว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อ โดยสุจริตมีสถานะเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ซึ่งเป็น หลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญที่จะต้องพิจารณาประกอบในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นผลบังคับ และศาลปกครองชั้นสูงเมือง Munster ได้วินิจฉัยว่า

ความเชื่อถือของพลเมืองที่มีต่อรัฐจะไม่ถูกระทบกระเทือน หากนำหลักสุจริตมาใช้บังคับกับ มาตรการที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชน นอกจากนี้หลักการ ค้ำครองความเชื่อโดยสุจริตในทางกฎหมายปกครองมีหลักกฎหมายพื้นฐานส่วนหนึ่งมาจากหลัก สุจริตซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายแพ่งที่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ ในขอบเขตของ กฎหมายมหาชนเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับการดำรงไว้ซึ่งลักษณะพิเศษของความสัมพันธ์ในทาง มหาชน แต่โดยส่วนใหญ่มีหลักกฎหมายพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐ ดังนั้นหลักการค้ำครองความ เชื่อโดยสุจริตจึงมีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการย่อมต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ ทำให้การใช้อำนาจรัฐ จะต้องอยู่ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญและกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ ค้ำครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่าย ปกครอง ฝ่ายปกครองซึ่งต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่และไม่อาจกำหนดกฎเกณฑ์หรือ ข้อบังคับที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายซึ่งมีสถานะสูงกว่าได้ ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่จะต้องนำ หลักกฎหมายการค้ำครองความเชื่อโดยสุจริตมาพิจารณาประกอบในการเพิกถอนคำสั่งทาง ปกครองเสมอ และหากประชาชนได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองในทางที่แตกต่าง จากผลที่กำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครองขณะออกคำสั่ง ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องค้ำครอง ความไว้นับถือเชื่อใจของประชาชนที่มีต่อคำสั่งของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพื่อค้ำครองความเชื่อโดยสุจริต ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของบุคคลที่ได้รับการเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจ เปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ เช่น ผู้ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างโรงงานได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารโรงงาน ไปแล้ว เนื่องจากการที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง หรือได้ ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้ว กรณีดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานหนึ่งที่สามารถทำให้เชื่อได้ว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้แสดงความเชื่อต่อความคงอยู่ของสถานะของคำสั่งทางปกครองแล้ว<sup>6</sup>

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่กฎหมาย คือ พระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่ได้บัญญัติบทบัญญัติให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองออกโดยขัดหรือแย้งกับ กฎหมายอย่างชัดแจ้งหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะไม่มีผลมาตั้งแต่ต้นได้รับการค้ำครองตาม หลักการค้ำครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง และในทางกฎหมาย ปกครองของไทยก็ยอมรับว่าเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์แต่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะเท่านั้น

<sup>6</sup> วรณรี สิงโต. เล่มเดิม. หน้า 115.

ที่มีผลทางกฎหมาย ส่วนคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์เพราะออกโดยขัดหรือแย้งกับกฎหมายอย่างชัดแจ้ง หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถึงขนาดเป็น โฆษะยอมไม่มีผลใดๆทางกฎหมาย ทำให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งเชื่อ โดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะนั้น ไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักกฎหมายการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต ทั้งที่หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีศักดิ์สูงสุดในบรรดาศักดิ์แห่งกฎหมายทั้งหลาย และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 และมาตรา 52 ก็บัญญัติไว้ให้เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งต้องมีการเพิกถอนเท่านั้นที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะได้รับความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต หากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้ว โดยมาตรา 51 ใช้คำ “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.....” และวรรคสอง ของมาตราดังกล่าวใช้คำ “ความเชื่อโดยสุจริตตามวรรคหนึ่ง.....” แต่ไม่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะหรือคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยขัดหรือแย้งกับกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ทั้งที่ผลสุดท้ายของคำสั่งทางปกครองที่เป็น โฆษะก็ไม่แตกต่างอะไรกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์แล้วถูกเพิกถอนในภายหลัง<sup>7</sup> จึงทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายดังกล่าวแล้ว

อนึ่ง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นขั้นตอนขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในฝ่ายบริหาร แต่ในชั้นการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 (1) บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่งบังคับสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้<sup>8</sup> แต่ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลปกครองจะต้องนำหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

#### แนวทางแก้ไขปัญหา

จากการศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า ในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรวินัยคดีปกครองได้แก่ศาลปกครองจะต้องนำเอาหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครองในสถานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ประกอบการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทาง

<sup>7</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ข เล่มเดิม. หน้า 284.

<sup>8</sup> โกมล จิรัชยสุทธิกุล. เล่มเดิม. หน้า 75.

ปกครองนั้น โดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือศาลปกครองจะต้องคำนึงถึงความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่มีต่อคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยชัดหรือแย้งกับกฎหมาย และคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะเพราะออกโดยชัดหรือแย้งกับกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากออกโดยชัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดแจ้งและคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ โดยควรมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลตั้งแต่เริ่มแรกหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะและได้รับความเสียหายอันเนื่องมาได้จากใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปโดยอาศัยฐานแห่งคำสั่งทางปกครองนั้นไปแล้วให้ได้รับความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตโดยมีสิทธิได้รับความทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วย เนื่องจากแม้้องค์กรฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาชัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมาย หรือออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลตั้งแต่แรกหรือที่เรียกว่าเป็นโมฆะ แต่ปัจเจกบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมไม่อยู่ในสถานะที่จะสามารถรู้ได้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และแม้ว่าโดยหลักแล้วการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายซึ่งขัดต่อกฎหมายจะตกเป็นโมฆะ แต่ก็ถือเป็นเรื่องในทางนิติบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้ความเชื่อถือและไว้วางใจในผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลตั้งแต่แรกหรือที่เป็นโมฆะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายได้

นอกจากนี้การบัญญัติกฎหมายให้นำหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองมาใช้ให้ครอบคลุมกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากออกโดยชัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดแจ้งและคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะด้วยนี้ ก็ไม่เป็นการขัดกับหลักดุลยภาพระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมาย กับหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของปัจเจกบุคคลที่มีต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เพราะไม่ใช่กรณีบัญญัติกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายที่รัฐและองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ แต่อันที่จริงหลักนิติรัฐเป็นหลักการที่มุ่งจำกัดขอบเขตอำนาจของรัฐและคุ้มครองเขตแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในอันที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนโดยเสรี และการยึดมั่นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐอย่างเคร่งครัดย่อมกระทบต่อหลักการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐที่

ยึดมั่นในเรื่องราวของสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในอันที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนได้อย่างเสรี และมีระบบกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอนและมั่นคงต่อเนื่อง ปัจเจกบุคคลย่อมจะต้องสามารถ “เชื่อถือ” ในความชัดเจนแน่นอนและความมั่นคงต่อเนื่องของกฎเกณฑ์และการใช้อำนาจของรัฐ (เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง) ได้ จนกระทั่ง “ไว้วางใจ” ได้ว่าเขาสามารถอาศัยกฎเกณฑ์และการใช้อำนาจของรัฐเป็นพื้นฐานในการแสดงเจตจำนงกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้อย่างเสรี กล่าวอีกนัยหนึ่งการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐจะต้องไม่ล่วงละเมิดความไว้เนื้อเชื่อใจที่ปัจเจกบุคคลมีต่อกฎเกณฑ์และการใช้อำนาจของรัฐ คือ การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐจะต้องไม่กระทบกระเทือนหรือทำลายประโยชน์ สถานะ หรือวิถีชีวิตของบุคคลที่ก่อตั้งหรือเกิดขึ้นจากความเชื่อถือและไว้วางใจเช่นนั้น และการยึดมั่นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐอย่างเคร่งครัดยังกระทบต่อหลักความยุติธรรมอันเป็นเป้าหมายของหลักนิติรัฐในทางเนื้อหาได้ในกรณีที่การกระทำของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำอันเป็นคุณหรือประโยชน์แก่ประชาชน เพราะเมื่อโดยทั่วไป การกระทำของรัฐจะมีผลทางกฎหมายอย่างมั่นคงต่อเนื่องตามหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายโดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นแล้ว ประชาชนซึ่งไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะล่วงรู้หรือยากที่จะรู้ว่าการกระทำของรัฐนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมจะถือเอาคุณหรือประโยชน์จากการกระทำของรัฐนั้นเป็นปกติธรรมดา

ดังนั้นหากรัฐจะขจัดหรือลบล้างการกระทำของรัฐที่ประชาชนได้ถือเอาคุณหรือประโยชน์จากการกระทำนั้นเป็นพื้นฐานในการกำหนดวิถีชีวิตของตนโดยเสรีไปแล้ว โดยให้ถือเสมือนว่าการกระทำของรัฐดังกล่าวไม่เคยมีอยู่เลย (การยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง) กรณีก็จะกระทบต่อการแสดงเจตจำนงกำหนดวิถีชีวิตของประชาชนโดยเสรีบนพื้นฐานของการกระทำของรัฐหรือการกำหนดวิถีชีวิตโดยอาศัยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น กล่าวคือ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยไม่คำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจของประชาชนนั้นย่อมกระทบต่อความสามารถของปัจเจกบุคคลในการกำหนดวิถีชีวิตของตนอันเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ก็เพราะปัจเจกบุคคลจะไม่อาจคาดหมายทำนายได้ล่วงหน้าเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งนิติฐานะของตนเองที่จะได้เกิดหรือก่อตั้งขึ้นบนพื้นฐานของการกระทำของรัฐ เพราะการที่ยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างเคร่งครัดเช่นนั้น ย่อมทำให้เป็นไปได้เสมอที่นิติฐานะของบุคคลที่เกิดหรือก่อตั้งบนพื้นฐานของการกระทำของรัฐ โดยเขาไม่รู้ว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายจะถูกกระทบกระเทือน การที่สิทธิประโยชน์ของเขาจะต้องถูกขจัดหรือลบล้างไป (พร้อมกับคำสั่งทางปกครอง) เมื่อในที่สุดแล้วองค์กรผู้ทรงอำนาจของรัฐได้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นเรื่องที่ไม่ยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง (ผู้รับคำสั่งทางปกครอง) ที่จะต้องได้รับความเสียหายจากการนั้น

ด้วยเหตุผลดังกล่าว องค์การของรัฐหรือองค์กรฝ่ายตุลาการจึงไม่อาจพิจารณาจัดหรือ  
 ลบล้างการกระทำของรัฐให้สิ้นผลทางกฎหมายไปเพียงเพราะเหตุที่การกระทำนั้นไม่ชอบด้วย  
 กฎหมายเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาและคำนึงถึง “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ”  
 อันเป็นหลักการย่อยทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐที่มุ่งหมายที่จะส่งเสริมหรือคุ้มครองความมั่นคง  
 แน่นอนแห่งนิติฐานะของปัจเจกบุคคลและธำรงรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมอันเป็นคุณค่าพื้นฐานของ  
 ระบบกฎหมายอีกด้วย

นอกจากนี้การวางหลักกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจโดยสุจริต  
 ของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่มีต่อคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะและคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย  
 เนื่องจากออกโดยขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายด้วย และให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เชื่อ  
 โดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากได้ใช้ประโยชน์  
 อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น  
 ได้รับความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตด้วยการมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเนื่องมาจาก  
 ความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองด้วยนั้น ก็ยังไม่เป็นการตัดอำนาจการใช้  
 ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและ  
 ไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองกับหลักความชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่ง  
 ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของประชาชนหรือ  
 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจนี้ เป็นหลักการในทางกฎหมายที่กำหนดว่าปัจเจกบุคคล  
 ผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐ ย่อมสามารถที่จะเชื่อถือในความชัดเจนแน่นอนและความมั่นคงสำหรับการ  
 ตัดสินใจใดๆ ขององค์การของรัฐได้และความเชื่อถือนั้นต้องได้รับการคุ้มครอง และโดยทั่วไปแล้ว  
 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจต้องควบคู่ไปกับหลักความชอบด้วยกฎหมายเพราะ  
 หลักการทั้งสองต่างก็เป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐเช่นเดียวกัน แต่เมื่อตกอยู่ในสถานการณ์ที่  
 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจเป็นปฏิกิริยากับหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว กรณี  
 ก็ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรผู้ทรงอำนาจของรัฐที่จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการทั้งสองด้านเพื่อ  
 พิจารณาตัดสินว่าจะจัดหรือลบล้างการกระทำของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือจะคุ้มครองความ  
 เชื่อถือและไว้วางใจของบุคคลที่มีต่อการกระทำของรัฐนั้น หรือจะอาศัยวิธีการเช่นใดในการสร้าง  
 ดุลยภาพที่เป็นธรรมระหว่างหลักการทั้งสองด้าน ทั้งนี้โดยเหตุที่หลักความชอบด้วยกฎหมายกับ  
 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจต่างก็เป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ หลักการทั้งสอง  
 จึงมีน้ำหนักที่ใกล้เคียงกัน ดังนั้นองค์กรผู้ทรงอำนาจของรัฐจึงไม่อาจละเลยที่จะพิจารณาและคำนึงถึง  
 หลักการหนึ่งหลักการใดได้เลยในสถานการณ์ที่หลักการทั้งสองขัดแย้งกัน

อนึ่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นำหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครองมาบัญญัติไว้แล้วในมาตรา 51 และมาตรา 52 กำหนดให้ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์ องค์กรฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของเยอรมันที่หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ดังนั้น ในชั้นการพิจารณาคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองศาลปกครองจึงจะต้องนำบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตราดังกล่าวมาใช้ด้วย โดยศาลปกครองต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เช่นเดียวกับการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในชั้นองค์กรฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ควรที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 (1) ที่ให้อำนาจศาลปกครองกำหนดค่าบังคับในการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเพิ่มบทบัญญัติให้ศาลปกครองต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วย

#### 4.3 ปัญหาการบังคับใช้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณีข้อยกเว้นที่ไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตได้

##### วิเคราะห์ปัญหา

ปัญหาการบังคับใช้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติข้อยกเว้นห้ามมิให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองผู้ได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นเพื่อเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจากองค์กรฝ่ายปกครองในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่กฎหมายซึ่งเป็นฐานในการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองเป็นกฎหมายปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาด้วย เนื่องจากหลักการในทางกฎหมายอาญานุคคลทุกคนย่อมต้องถือว่ารู้กฎหมาย จะปฏิเสธว่าไม่รู้กฎหมายที่รัฐประกาศใช้แล้วไม่ได้ เช่น

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ทำให้เมื่อคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกเพิกถอนโดยองค์กรฝ่ายปกครองเอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับผลกระทบและได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจถูกปฏิเสธการชดเชยค่าทดแทนความเสียหาย คือผู้รับคำสั่งทางปกครอง ย่อมไม่สามารถอ้างความเชื่อโดยสุจริตมาเรียกชดเชยค่าทดแทนความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งที่ออกโดยขัดกับกฎหมายจากองค์กรของรัฐได้ เพราะถือว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้รับคำสั่งนั่นเอง ซึ่งเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 51 วรรคสาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 สำหรับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้และมาตรา 52 สำหรับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ที่แบ่งแยกไม่ได้ซึ่งให้นำความในวรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสามของมาตรา 51 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

กรณีที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 วรรคสาม (3) บัญญัติข้อยกเว้นหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตไว้เช่นนี้ย่อมทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง และการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองและขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองคือศาลปกครองในการวินิจฉัยว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพราะเป็นเรื่องของนามธรรมภายในจิตใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง และฝ่ายปกครองเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายการที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายเองย่อมเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเองและไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบต่อประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ การที่การที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติข้อยกเว้นไว้โดยละเลยความรับผิดชอบของรัฐไว้เช่นนี้ ทำให้กลายเป็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ถูกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ทั้งที่หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานของการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของประชาชน และทำให้ความเชื่อถือของประชาชนที่มีต่อรัฐถูกระทบกระเทือนประชาชนขาดความเชื่อถือในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็ต้องมีความผูกพันต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่และไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองไปมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ตามหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองมาขัดหรือแย้งกับกฎหมายและต่อมาฝ่ายปกครองจำเป็นต้องทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจำต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของประชาชนผู้รับ

คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่อาจที่จะผลกระทบในความเสียหายที่เกิดจากความผิดพลาดของฝ่ายปกครองเองไปตกอยู่กับประชาชนผู้สุจริตซึ่งเชื่อถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายและย่อมมีผลบังคับได้ แม้กฎหมายจะสันนิษฐานว่าประชาชนย่อมต้องรู้กฎหมายและไม่อาจยกข้อต่อสู้ว่าตนไม่รู้กฎหมายที่รัฐประกาศใช้แล้วเพื่อต่อสู้กับรัฐก็ตาม เพราะรัฐหรือฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ในการรับรองสิทธิของประชาชนและผลทางกฎหมายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และความไม่รู้หรือความสุจริตของบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องถือตามความเป็นจริง ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายเป็นการรับประกันและสร้างความเชื่อต่อประชาชนว่า รัฐจะดำเนินการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น อันเป็นการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตประการหนึ่งและรับประกันว่าการกระทำของรัฐจะอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดและการกระทำของประชาชนที่สอดคล้องกับกฎหมายและคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายย่อมได้รับความคุ้มครองอันเป็นการคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะอีกประการหนึ่ง<sup>9</sup> ทั้งนี้เพราะการกระทำของรัฐและผลแห่งการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามที่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นบัญญัติ และยังเป็น การสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองอันเป็นพื้นฐานของหลักการคุ้มครองความเชื่อและไว้วางใจด้วย

#### แนวทางแก้ไขปัญหา

เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเพิ่มบทบัญญัติในส่วนของข้อยกเว้นของข้อยกเว้นที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้ในมาตรา 51 วรรคสาม (1) กรณีที่คำสั่งทางปกครองซึ่งออกโดยชัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายเกิดจากความบกพร่องหรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของฝ่ายปกครอง เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งโดยชัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องได้รับการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตที่มีต่อคำสั่งทางปกครองนั้น โดยมีสิทธิในการเรียกค่าทดแทนความเสียหายอันเนื่องมาจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เพราะถือว่าความเสียหายของปัจเจกบุคคลนั้น เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเองที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองชัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลตั้งแต่ต้น หรือที่เรียกว่าคำสั่งที่เป็นโมฆะแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นก็เป็นผู้มาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั่นเองในภายหลัง ทั้งนี้เพื่อเป็นการปิดช่องว่างของกฎหมายที่ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและเพื่อป้องกันการตีความกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรผู้มีอำนาจ

<sup>9</sup> วรณรี สิงโต. เล่มเดิม. หน้า 92.

วินิจฉัยคดีปกครองที่อาจไม่คำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่มีต่อคำสั่งทางปกครองนั้นในการพิจารณาหรือพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะแม้จะปรากฏถึงการหยั่งรากของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือโดยสุจริตในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาและคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการพิจารณาตัดสินใจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 และมาตรา 52 ก็ตามแต่จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า องค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง คือ ศาลปกครองของไทยก็ไม่ได้พิจารณาและคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการให้ประโยชน์แต่อย่างใด โดยเหตุผลที่อ้างว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นน่าจะได้อยู่แล้วคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายขณะรับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือองค์กรดังกล่าวจะพิจารณาหรือพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้สิ้นผลทางกฎหมายไปโดยถือเสมือนว่าไม่เคยมีคำสั่งนั้นอยู่เลยเพียงเพราะความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นเท่านั้น<sup>10</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งองค์กรฝ่ายปกครองหรือศาลปกครองจะพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นโดยมีผลย้อนหลัง แม้การเพิกถอนเช่นนั้นจะก่อความเสียหายอันไม่ยุติธรรมแก่ผู้รับประโยชน์จากคำสั่งนั้นและทำลายความมั่นคงแห่งนิติฐานะหรือวิถีชีวิตของผู้รับประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าวที่ได้เกิดหรือก่อตั้งขึ้นบนพื้นฐานของคำสั่งนั้นก็ตามซึ่งย่อมหมายความว่า แม้องค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรตุลาการจะคุ้มครองประโยชน์ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้ถือเสมือนว่าคำสั่งนั้นไม่เคยมีอยู่เลย แต่องค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรตุลาการก็ละเลยที่จะให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ทั้งยังละเว้นที่จะคุ้มครองหรือส่งเสริมความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับประโยชน์จากคำสั่งอันเป็นสิ่งที่จะต้องกระทำเพื่อรักษาไว้ซึ่งความน่าเชื่อถือของการใช้อำนาจอรัฐ ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในอันที่จะทำให้บุคคลแต่ละคนสามารถอาศัยการใช้อำนาจของรัฐ เป็นพื้นฐานในการแสดงเจตจำนงกำหนดวิถีชีวิตของตนได้โดยเสรีอีกด้วย

<sup>10</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 391/2553 ศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารชอบแล้ว แต่วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีน่าจะได้อยู่แล้วถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวในขณะรับคำสั่ง จึงถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดี (ผู้รับคำสั่งทางปกครอง) สุจริต และไม่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหาย (ดูภาคผนวก).

#### 4.4 ปัญหาการกำหนดระยะเวลาในการร้องขอค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

##### วิเคราะห์ปัญหา

ปัญหาการที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์อื่นคำร้องขอค่าทดแทนความเสียหายจากองค์กรฝ่ายปกครองไว้น้อยเกินไป อันเป็นการจำกัดการบังคับใช้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองต่อคำสั่งทางปกครอง การที่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดระยะเวลาในการร้องขอค่าทดแทนความเสียหายไว้โดยกำหนดให้ผู้ร้องขอภายใน 180 วัน นับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น เป็นระยะเวลาที่น้อยเกินไปทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและเกิดปัญหาแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเพราะทำให้หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้ถูกบังคับใช้อย่างจริงจัง ทั้งที่หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในคำสั่งทางปกครองเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่จะต้องพิจารณาประกอบในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งนำมาเป็นแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการของไทยได้ยอมรับว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเสรีภาพซึ่งถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่เป็นพื้นฐานของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ และคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ยืนยันว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เรียกว่า “สิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง” นอกจากนี้การกฎหมายบัญญัติให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับความเสียหายจะต้องยื่นคำร้องขอค่าทดแทนความเสียหายจากองค์กรฝ่ายปกครองภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดจึงจะมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหายนั้นยังเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองด้วยเงื่อนไขระยะเวลาซึ่งขัดกับหลักสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และยังขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่มุ่งประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของต่างประเทศ เช่น เยอรมัน และฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศได้กำหนดระยะเวลาให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับความเสียหายยื่นร้องขอค่าทดแทนความเสียหายได้ภายในกำหนดเวลาที่ยาวนานกว่า โดยรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในทางปกครองของเยอรมัน กำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์ซึ่งได้รับความเสียหายต้องยื่นร้องขอค่าทดแทนความเสียหายต่อฝ่ายปกครองภายในกำหนดเวลา 1 ปี ส่วนระบบกฎหมายของฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดระยะเวลาในเรื่องดังกล่าวไว้โดย

ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีสิทธิยื่นเรียกรื้อจากรัฐภายในกำหนดระยะเวลา 4 ปี โดยนับจากวันแรก ของปีที่ถัดมาจากปีที่เกิดสิทธิ (มาตรา 1 ของกฎหมาย Loi no.68-1250 du decembre 1968)<sup>11</sup> แต่ถ้ามี การร้องขอให้ฝ่ายปกครองพิจารณากำหนดค่าเสียหายเมื่อใดและฝ่ายปกครองมีนิติกรรมทาง ปกครองชัดเจน ก็จะต้องนำคดีสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยทางปกครองภายใน 2 เดือน (มาตรา 1 วรรคสี่ ของกฤษฎีกา Decret no. 65-29 du 11 janvier 1965)

นอกจากนี้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็เป็นคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน หาก ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่พอใจในคำสั่งของฝ่ายปกครองที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็ย่อม มีสิทธิที่จะยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ ซึ่งถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีได้ออกโดยรัฐมนตรีและ ไม่มีกฎหมายกำหนดขึ้นตอนไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นได้ภายใน 15 วันนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่ง ซึ่งผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ต้องพิจารณาคำอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์และหากพิจารณาไม่แล้วเสร็จก็อาจขยายระยะเวลาอุทธรณ์ ได้อีก 30 วัน รวมระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ 60 วัน และหากคู่กรณีไม่พอใจในคำวินิจฉัย อุทธรณ์อีกก็อาจยื่นฟ้องเป็นคดีต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองได้ซึ่งก็คือศาลปกครอง ดังนั้นจะเห็น ว่าช่วงระหว่างตั้งแต่ที่ฝ่ายปกครองทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของ องค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีปกครองนั้นจะมีขั้นตอนของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแม้ การอุทธรณ์จะไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง<sup>12</sup> และการพิจารณาคดีของศาล ปกครองซึ่งต้องใช้เวลานานพอสมควรซึ่งผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับความเสียหายจากการ เพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องรอผลของคดีก่อนเพราะอาจต้องการให้ฝ่ายปกครองกลับคำสั่ง เพิกถอนคำสั่งทางปกครองไปเป็นบังคับตามผลของคำสั่งทางปกครองก่อนถูกเพิกถอนมากกว่าการ ชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายซึ่งหากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ ส่วนใหญ่ก็จะเป็นการชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายด้วยเงินก็ได้ เช่น การอนุญาตให้ก่อสร้าง โรงงาน ผู้ขออนุญาตก่อสร้างโรงงานอาจต้องการประกอบกิจการและได้ผลกำไรจากการประกอบ กิจการ โรงงานมากกว่าการได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากการเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้าง โรงงานก็ได้

<sup>11</sup> สักดิ์ชัย สักกะบุชา. (2543). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง: ศึกษากรณีตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. หน้า 87.

<sup>12</sup> บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2550). หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หน้า 44.

### แนวทางการแก้ไขปัญหา

เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้วผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำร้องขอค่าทดแทนความเสียหายของผู้รับคำสั่งทางปกครองให้มากกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดไว้ให้ต้องยื่นร้องขอค่าทดแทนภายใน 180 วัน นับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยควรกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ที่ถูกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีสิทธิยื่นขอค่าทดแทนความเสียหายภายในระยะเวลา 1 ปีโดยเทียบเคียงกับกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่กำหนดให้ยื่นขอค่าทดแทนความเสียหายได้ภายใน 1 ปี นับแต่ได้รับแจ้งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง<sup>13</sup> และเพื่อให้เหมาะสมกับความพร้อมของประชาชนเกี่ยวกับความรู้ความเข้าใจในด้านกฎหมายมหาชน ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยเพิ่งประกาศใช้ยังไม่นานประชาชนส่วนใหญ่อาจยังไม่ทราบถึงสิทธิในการเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในคำสั่งทางปกครองดังกล่าว แต่ก็ไม่กำหนดระยะเวลาอันเกินไปเหมือนเช่นของฝรั่งเศสที่กำหนดให้ยื่นเรียกร้องขอค่าทดแทนความเสียหายจากฝ่ายปกครองภายใน 4 ปี เพราะระยะเวลาที่นานเกินไปจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และความเชื่อถือและไว้วางใจของบุคคลที่มีต่อผลของคำสั่งทางปกครองนั้น เพราะในช่วงระยะเวลาที่ยาวนานซึ่งก็ยังไม่แน่ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะถูกเพิกถอนหรือไม่ ย่อมทำให้ความมั่นคงทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและผลของคำสั่งทางปกครองถูกสั่นคลอนอันส่งผลกระทบต่อความเชื่อถือและไว้วางใจของปัจเจกบุคคลที่มีต่อคำสั่งทางปกครองและผลของคำสั่งทางปกครองนั้นในการแสดงเจตจำนงกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงดุลยภาพระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าการที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 ได้วางหลักให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะกระทำเมื่อใดก็ได้และทำในชั้นใดก็ได้ ฟ้นกำหนดเวลาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง หรือฟ้นกำหนดภาคีขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองแล้วก็ได้ หรือแม้แต่ในกรณีมีคดีไปสู่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองแล้วฝ่ายปกครองก็สามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ เพียงแต่ต้องทำการเพิกถอนภายใน 90 วัน นับแต่วันที่อยู่ถึงเหตุแห่งการเพิกถอนเป็นการที่ระบบกฎหมายให้เวลาแก่ฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อใดก็ได้ ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายและความมั่นคงแห่งสิทธิเป็นสำคัญใน

<sup>13</sup> วรณาริ สิงโต. เล่มเดิม. หน้า 107.

การให้อำนาจตุลาการแก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แต่การที่กฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความเชื่อถือและไว้วางใจที่มีต่อผลของคำสั่งทางปกครองในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มีสิทธิยื่นคำร้องขอค่าทดแทนความเสียหายจากฝ่ายปกครองได้ภายในกำหนดเวลา 180 วัน นับแต่วันที่ได้รับความแจ้งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นการที่ระบบกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองที่วางหลักว่ากฎหมายและกฎเกณฑ์ของกฎหมายต้องมีความมั่นคงแน่นอนมีผลเป็นการถาวรตลอดไป หากฝ่ายปกครองจำเป็นต้องทำการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้รับความกระทบกระเทือน คือหากจำเป็นต้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองเองก็จะต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น เพราะไม่เช่นนั้นแล้วปัจเจกบุคคลซึ่งมีความไว้วางใจเชื่อใจต่อการกระทำของรัฐย่อมได้รับความเสียหายจากการกระทำขององค์กรของรัฐเอง ซึ่งเท่ากับบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำขององค์กรของรัฐได้ถูกถ่วงละเมิดสิทธิในเสรีภาพที่จะตัดสินใจกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้อย่างเสรี ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจการปกครองของรัฐซึ่งปกครองในระบบนิติรัฐ เพราะในรัฐที่เป็นนิติรัฐ องค์กรของรัฐจะกระทำการใดๆ เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะได้ แต่การกระทำนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกบุคคลจนมากเกินไป ดังนั้นถ้าองค์กรของรัฐได้กระทำการใดๆ อันเป็นการทำให้บุคคลหนึ่งไว้วางใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง องค์กรของรัฐก็ย่อมต้องมีภาระหน้าที่ที่จะต้องละเว้นการกระทำในทางที่จะทำให้เกิดความเชื่อถือและไว้วางใจนั้นแปรเปลี่ยนเป็นความเสียหายแก่บุคคลนั้นรวมทั้งการไม่ยอมรับเยียวยาความเสียหายแก่บุคคลผู้เสียหายนั้นด้วยเหตุจำกัดเพียงแก่เขาไม่ยื่นร้องขอความเสียหายภายในกำหนดระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น เพราะองค์กรของรัฐจะต้องซื่อสัตย์ต่อความคาดหวังหรือความเชื่อถือและความไว้วางใจที่เกิดจากการกระทำของตนหรืออย่างน้อยที่สุด องค์กรของรัฐก็ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่บุคคลที่เสียหายหากองค์กรของรัฐดังกล่าวทำให้ความไว้วางใจสูญเสียไป คือหากองค์กรของรัฐตัดสินใจเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ตามหลักทฤษฎีความไว้วางใจและนอกจากนี้การคุ้มครองเยียวยาความเสียหายยังเป็นการรักษาคุณภาพของหลักการความชอบด้วยกฎหมายกับหลักการความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของบุคคล ด้วยการกำหนดระยะเวลาในการขอเยียวยาความเสียหายจากรัฐของผู้รับคำสั่งทางปกครองให้เหมาะสมและไม่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยทางอ้อม ด้วย

เหตุผลดังกล่าวนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาในการขอเยียวยาความเสียหายจากฝ่ายปกครองเป็นระยะเวลา 1 ปี นับแต่ได้รับแจ้งถึงการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายของเยอรมัน และควรกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตทราบถึงสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนความเสียหายในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย

นอกจากนี้กรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการให้ประโยชน์ได้มีการยื่นอุทธรณ์และฟ้องคดีต่อศาลปกครองซึ่งต้องใช้เวลาในการพิจารณาคดีเป็นเวลานานก็ควรที่จะแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่แพ้คดีในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งหรือการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น มีสิทธิยื่นขอค่าทดแทนความเสียหายได้ภายในกำหนดเวลา 1 ปี นับแต่วันศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดด้วยเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและสอดคล้องกับกรณีการยื่นขอค่าทดแทนความเสียหายภายหลังจากการเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองเองด้วย

อนึ่ง มีปัญหาที่ต้องพิจารณาโดยต่อเนื่องกันไปอีกว่า การที่องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากออกคำสั่งขัดกับเนื้อหาของกฎหมายอย่างชัดเจน เช่น ออกคำสั่งทางปกครองขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น แต่บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งเชื่อโดยสุจริตในผลของคำสั่งทางปกครองนั้น และอาศัยคำสั่งดังกล่าวดำเนินการเกี่ยวกับชีวิตและทรัพย์สินของตนเองไปแล้ว ต่อมาองค์กรฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทำให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเสียหาย หากผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความเชื่อถือและไว้วางใจที่มีต่อคำสั่งทางปกครองที่เพิกถอนดังกล่าว ไม่อาจเรียกค่าทดแทนความเสียหายจากองค์กรฝ่ายปกครองโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 52 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ บุคคลนั้นจะสามารถเรียกค่าทดแทนความเสียหายดังกล่าวโดยอาศัยฐานความรับผิดชอบละเมิดของฝ่ายปกครอง ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้หรือไม่

การพิจารณาว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นจะสามารถเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายจากองค์กรของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองโดยอาศัยพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้หรือไม่นั้น เนื่องจากในระบบกฎหมายไทย แม้จะได้มีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ขึ้นใช้บังคับ แต่หลักเกณฑ์ในทางสารบัญญัติว่าการกระทำในลักษณะใดเป็นละเมิดนั้นยังคงเป็นไปตามประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะยังไม่ปรากฏว่าได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายสารบัญญัติเกี่ยวกับละเมิดทางปกครองโดยเฉพาะขึ้น หลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ละเมิด คือ การที่บุคคลฝ่ายหนึ่งซึ่งหมายถึงทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย และด้วยการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด การกระทำอันเป็นละเมิดจึงก่อให้เกิดความรับผิดแก่ผู้กระทำละเมิดและความรับผิดทางละเมิดเป็นบ่อเกิดแห่งนี้ประการหนึ่ง ความรับผิดทางละเมิดจึงก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำละเมิดในอันที่ผู้กระทำละเมิดจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับตน และผู้กระทำละเมิดมีหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้เสียหาย ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับความคิดว่าด้วย “ความยุติธรรม” ความรับผิดทางละเมิดจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมแบบแลกเปลี่ยนตอบแทน ทำนองเดียวกับกรณีของสัญญาต่างตอบแทนทั้งหลายนั่นเอง

การกระทำหรือละเว้นการกระทำจะเป็นละเมิดต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกับบุคคลอื่น ความเสียหายหมายถึง การกระทำที่บุคคลอื่นขาดประโยชน์ดังที่เคยได้รับ ไม่ว่าจะเป็ความเสียหายที่เป็นรูปร่าง ที่คำนวณเป็นตัวเงินได้ หรือความเสียหายทางจิตใจที่คำนวณเป็นจำนวนเงินไม่ได้ ถ้าเป็นความเสียหายที่แน่นอนแล้ว ก็ย่อมเป็นมูลละเมิดได้ และความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ต้องกระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกจากนี้ การกระทำอันเป็นละเมิดที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดนั้น จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือความเสียหายจะต้องเกิดจากการกระทำของบุคคลผู้กระทำ ผู้เสียหายจึงจะเรียกให้บุคคลผู้กระทำชดใช้ค่าเสียหายได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักทฤษฎีเงื่อนไข และทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม และที่สำคัญ การกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดจะต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย การกระทำที่ผิดกฎหมายในมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นี้คือการกระทำที่ผู้กระทำกระทำไปโดยฝ่าฝืนบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะกระทำการนั้น โดยที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่นของบุคคล โดยผู้กระทำไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายให้กระทำได้อย่างเป็นการกระทำผิดกฎหมายอยู่ในตัว และการกระทำโดยผิดกฎหมายซึ่งเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่นนั้นต้องปรากฏว่าเป็นการกระทำอันเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย จงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงเป็นองค์ประกอบความรับผิดในส่วนจิตใจที่อาจดำเนินผู้กระทำได้ คำว่า “จงใจ” ในกฎหมายลักษณะละเมิดเป็นถ้อยคำที่มีปัญหามากถ้อยคำหนึ่ง แต่เมื่อศึกษาแล้วอาจอธิบายได้ว่า “จงใจ” ในทางละเมิดคือการกระทำที่ผู้กระทำไม่ต้องมุ่งหมายต่อผลอันใดโดยเฉพาะ เพียงแต่รู้ว่า

เกิดความเสียหายแก่เขาเท่านั้นก็พอ แต่ในทางตำราอาจารย์บางท่านก็เห็นว่าจงใจในทางแพ่งกับเจตนาในทางอาญาไม่มีความแตกต่างกัน การกระทำโดยจงใจ หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำรู้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ที่ว่ารู้นี้หมายความว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลคือความเสียหายที่จะเกิดขึ้น (เจตนาประสงค์ต่อผล) หรือแม้ไม่ได้ตั้งใจหรือไม่ต้องการให้เกิดผลนั้น แต่ก็เล็งเห็นได้โดยแน่แท้ว่าจะเกิดผลเช่นนั้น ถือว่ากระทำโดยจงใจนั่นเอง (เทียบได้กับเจตนาเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญา) นอกจากการกระทำโดยผิดกฎหมายที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดต้องเป็นการกระทำด้วยความจงใจแล้ว การกระทำโดยผิดกฎหมายนั้นอาจเป็นการละเมิดได้ ถ้าปรากฏว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ การกระทำโดยประมาทเลินเล่อหมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจหรือไม่เจตนา แต่ผู้กระทำได้กระทำโดยขาดความระมัดระวังตามสมควร คำว่า “ขาดความระมัดระวังตามสมควร” นี้หมายถึงขาดความระมัดระวังอันควรคาดหมายได้จากวิญญูชนซึ่งต้องระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ วิญญูชนในที่นี้หมายถึง บุคคลที่มีความรอบคอบตามปกติธรรมดา ซึ่งต้องคำนึงถึงฐานะ อายุ จิตใจ ตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อมของผู้กระทำเป็นเรื่องราวๆ ไปด้วย

ถึงแม้ระบบกฎหมายไทย จะรับเอาหลักการพื้นฐานเรื่องละเมิดมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ดังที่ปรากฏเป็นมาตรา 420 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ตามแต่ในส่วนของความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่อันเป็นความรับผิดชอบตามตำแหน่งดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 839 นั้น ไม่ปรากฏว่าได้นำเอาหลักการในเรื่องนี้มาด้วย ดังนั้น ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของไทยต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เป็นฐานซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายเยอรมันที่ไม่ใช้การพิจารณาการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในลักษณะที่เป็นกรทำให้เสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งโดยตรง ดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย ด้วยเหตุนี้เราอาจกล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองแตกต่างจากองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดในทางแพ่ง กรณีจึงต่างจากระบบกฎหมายไทยที่ฐานความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองและของเอกชนไม่ต่างกัน เว้นแต่ในอนาคตศาลปกครองจะตีความการละเมิดโดยคำนึงถึงสภาพแห่งการปฏิบัติงานในทางมหาชนมากขึ้น

กรณีผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองในการที่องค์กรฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งนั้น จะสามารถเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายในมูลละเมิดโดยอาศัยพระราชบัญญัติตามรับผิดชอบทางละเมิดของ

เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้หรือไม่ จึงต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์และองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดดังที่กล่าวแล้ว ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การที่องค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะใด ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย และเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งเชื่อถือและไว้วางใจในคำสั่งนั้นและได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้ว ทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองอันเป็นผลโดยตรงจากการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองนั้น กรณียอมเข้าหลักเกณฑ์โครงสร้างความรับผิดชอบทางละเมิดของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนั้น บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองถือว่าเป็นผู้ได้รับความเสียหายตามพระความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ จึงน่าจะมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายโดยอาศัยมูลละเมิดนี้ได้ แต่ผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นเนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปรากฏในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ถือว่าเป็นกฎหมายทั่วไป (Lex generalis) จึงยอมไม่สามารถนำมาใช้บังคับหากมีกฎหมายเฉพาะ (Lex specialis) กำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐในกรณีใดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว<sup>14</sup> เมื่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 52 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้รับคำสั่งที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความเชื่อโดยสุจริตในความจริงของคำสั่งทางปกครองในกรณีองค์กรฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายไว้เป็นการเฉพาะแล้ว กรณียอมไม่อาจนำบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของหน่วยงานของรัฐและของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับได้

<sup>14</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ช เล่มเดิม. หน้า 395.