

บทที่ 2

แนวคิดและหลักทฤษฎีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง

คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง (Beneficial Administrative Act) เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 2 ส่วนที่ 6 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง¹ (Revocation of the Administrative Act) ดังนั้น ในการศึกษาเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง จึงต้องศึกษาแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งได้แก่ ลักษณะของคำสั่งทางปกครอง เจเนอรัลแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลบล้างคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งแนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งในระบบกฎหมายเยอรมันและคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิในระบบกฎหมายฝรั่งเศสประกอบด้วย

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง

โดยที่คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่งที่เกิดจากการนำเรื่องผลของคำสั่งทางปกครองมาเป็นเกณฑ์ในการจัดแบ่งประเภท และมีส่วนสัมพันธ์อย่างยิ่งกับการลบล้างคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง จึงจำเป็นต้องเข้าใจแนวคิดพื้นฐาน (Basic Concepts) เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง การแบ่งแยกประเภทของคำสั่งทางปกครอง และการลบล้างคำสั่งทางปกครอง

2.1.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง

โดยคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” แต่อย่างไรก็ดีก็มีได้หมายความว่านิติกรรมทางปกครองจะหมายถึงคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากนิติกรรมทางปกครองนั้นอาจมีได้หลายความหมาย ได้แก่

(ก) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง ในความหมายนี้นิติกรรมทางปกครองหมายถึงการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมาย

¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครอง ครั้งที่ 12 - 12/2534* เมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2534

ปกครอง (Administrative Law) และเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวหรือเป็นการตกลงกับปัจเจกชน² นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (Unilateral Juristic Act) ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง และรวมถึงนิติกรรมสองฝ่าย (Bilateral Juristic Acts) คือ สัญญาทางปกครอง (Administrative Contract) ด้วย

(ข) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง นิติกรรมทางปกครอง ในความหมายนี้ต้องการให้นิติกรรมทางปกครอง หมายถึงการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครองและเป็นการกระทำที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะราย แต่การก่อกำเนิดนิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องกระทำในลักษณะที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวทั้งลักษณะทั่วไปและลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ หมายถึงเฉพาะกฎและคำสั่งทางปกครอง ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครอง

(ค) นิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ ในความหมายนี้มุ่งหมายให้นิติกรรมทางปกครองหมายความถึงการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายในแดนของกฎหมายปกครองและเป็นการก่อกำเนิดนิติสัมพันธ์ภายนอกฝ่ายปกครองเป็นการเฉพาะราย (Particular) และการก่อกำเนิดนิติสัมพันธ์ดังกล่าวกระทำการโดยการใช้อำนาจฝ่ายเดียว นิติกรรมทางปกครองในความหมายนี้จึงหมายถึงการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะเฉพาะหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงกฎและสัญญาทางปกครอง³

คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ตรงกับคำศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “Administrative Act” เป็นคำที่แปลมาจากคำว่า “Acte Administratif” ในภาษาฝรั่งเศส ซึ่งในภาษาฝรั่งเศสบางครั้งอาจใช้คำว่า “Actes Juridiques de l’ Administration” หรือ “Actes de l’ Administration”⁴ โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คำว่า “Acte Administratif” หมายถึงการแสดงเจตนาที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าการใช้อำนาจฝ่ายเดียวนั้นจะมีผลผูกพันเฉพาะราย หรือผูกพันบุคคลทั่วไป ดังนั้น คำว่า “Acte Administratif” ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงมีความหมายครอบคลุมถึงกฎ

² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 92 – 93.

³ สมยศ เชื้อไทย. (2560). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 256 – 257.

⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี. (2541). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 32.

และคำสั่งทางปกครอง ส่วนในภาษาเยอรมันคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ใช้คำว่า “Verwaltungsakt” ซึ่งมาจากคำว่า “Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechtes”⁵ หมายถึง คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือ มาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดคุณเกณฑ์เรื่องเฉพาะราย ในขอบเขตกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก⁶ นิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมาย เยอรมันจึงหมายถึงเฉพาะคำสั่งทางปกครองเท่านั้น

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผล ในทางกฎหมายและมีผลเฉพาะกรณีออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง โดยคำสั่งทางปกครอง หมายถึง การกระทำที่เป็นการแสดงเจตนาที่มุ่งผลในทางกฎหมายซึ่งก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ยกเลิกนิติสัมพันธ์ ภายนอกฝ่ายปกครอง โดยนิติสัมพันธ์ที่ได้รับการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนั้นมีลักษณะ ที่เป็นรูปธรรมและมุ่งผลเฉพาะราย จากความหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จึงกล่าวได้ว่า คำสั่งทางปกครองมีขึ้นเพื่อทำหน้าที่สำคัญในทางกฎหมาย คือ ภารกิจในการสร้างความมั่นคงแน่นอน ให้เกิดขึ้นในทางกฎหมายโดยที่คำสั่งทางปกครองเป็นการทำให้บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมีลักษณะ เป็นนามธรรมและใช้บังคับกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ โดยไม่จำกัดจำนวนนั้นให้กลายเป็นรูปธรรมและมีผลบังคับกับบุคคลเฉพาะราย ทำให้บุคคลที่ได้รับคำสั่งทางปกครองรับรู้ถึงสิทธิหน้าที่ในทางกฎหมาย ของตน หรือทำให้สิ่งที่ยังไม่ชัดเจนและไม่แน่นอนในทางกฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนนั่นเอง

นอกจากคำสั่งทางปกครองจะมีขึ้นเพื่อภารกิจหน้าที่สำคัญดังกล่าวแล้ว คำสั่งทางปกครอง ยังมีคุณลักษณะพิเศษซึ่งเป็นคุณลักษณะโดดเด่นที่จะไม่พบในการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น คือ ความมีผลในทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยไม่ขึ้นอยู่กับความชอบด้วยกฎหมาย⁷ กล่าวคือ ความมีผลในทางกฎหมายโดยไม่ขึ้นอยู่กับความชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า เมื่อองค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองและได้แจ้งคำสั่งทางปกครองหรือถือว่าได้แจ้ง คำสั่งทางปกครองให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลในทางกฎหมาย ใช้บังคับบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้ทันที โดยไม่ต้องคำนึงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่ง ทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เว้นแต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง จะเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างรุนแรงและเห็นประจักษ์ชัด ซึ่งคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

⁵ มานิตย์ จุมปา. (2554). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุม การกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1* (พิมพ์ครั้งที่ 3 ฉบับปรับปรุง). กรุงเทพฯ: วิพรีนทร์ (1991). หน้า 29.

⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 142 – 143.

⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 91 – 99.

ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Null and Void) ไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ไม่ผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น

2.1.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

หากพิจารณาจากผลของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางที่เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่ผู้รับคำสั่งแล้ว อาจจำแนกคำสั่งทางปกครองออกเป็นสามประเภท คือ คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง คำสั่งทางปกครองซึ่งไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง และคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง

(ก) คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง (Beneficial Administrative Act หรือ begünstigender Verwaltungsakt) เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลในทางที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งอาจจะได้แก่ การก่อตั้งสิทธิให้แก่ผู้ได้รับคำสั่ง หรือการยืนยัน (Recognition) สิทธิในทางที่เป็นคุณให้แก่ผู้รับคำสั่ง หรืออาจจะเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้รับคำสั่ง⁸

คำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งสิทธิ หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ฝ่ายปกครองก่อตั้งสิทธิในทางกฎหมายให้แก่ผู้ที่ได้รับคำสั่ง คำสั่งทางปกครองทางปกครองประเภทนี้อาจถูกเรียกว่า “ใบอนุญาต (License)” “คำสั่งอนุมัติ (Permission)” “สัมปทานบัตร (Concession)” เป็นต้น สภาพการณ์ของการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้มีลักษณะเหมือนกัน กล่าวคือ สิทธิที่ผู้ได้รับคำสั่งต้องการได้รับนั้น แต่เดิมบุคคลนั้นต้องห้ามมิให้ปฏิบัติ ต่อเมื่อได้รับคำสั่งดังกล่าวแล้วจึงจะปฏิบัติได้ เช่น ก่อนได้รับใบอนุญาตขับขีรถยนต์ บุคคลย่อมต้องห้ามขับขีรถยนต์ เมื่อได้รับใบอนุญาตแล้วจึงสามารถขับขีรถยนต์ได้ เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งที่มีผลในทางกฎหมายโดยตรง ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอีก โดยคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งสิทธิเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่งเสมอ

ส่วนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการยืนยันสิทธิ หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันนิติสัมพันธ์ในทางปกครองซึ่งเป็นที่โต้แย้งกันว่ามิใช่หรือไม่ หรือมีอยู่ในลักษณะใดให้ได้ผลยุติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิหรือสถานะของบุคคล เช่น คำสั่งยืนยันว่าบุคคลผู้ได้รับคำสั่งเป็นบุคคลสัญชาติไทย (Thai Nationality) เป็นต้น

โดยเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่งไปแล้ว การยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

⁸ วรพจน์ วิสวุฒพิชญ์. (2559). *การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 91.

ยอมกระทำได้ในขอบเขตที่จำกัดภายใต้เงื่อนไข (Condition) ที่กฎหมายกำหนด⁹ อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยว่า คำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งหรือไม่ ต้องพิจารณาจากมุมมองของบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ ดังนั้น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องการจะลบล้างคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระเพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครองใหม่ที่สร้างภาระยิ่งกว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองย่อมจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ และในทางกลับกัน ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองต้องการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองยิ่งกว่า ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระ¹⁰

(ข) คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการไม่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งหรือสร้างภาระ (belastende Verwaltungsakte) เป็นคำสั่งทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อสถานะในทางกฎหมายของบุคคลผู้รับคำสั่งในทางที่เป็นผลร้ายหรือผลลบ โดยปกติแล้วคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ มักจะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของบุคคลผู้ได้รับคำสั่ง¹¹ ในทางใดทางหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทบกระเทือนหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹² เช่น คำสั่งยึดใบอนุญาตขับขี่ยรถยนต์ส่วนบุคคล คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากร (Taxes and Rates) เพิ่มเติม คำสั่งปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร คำสั่งลงโทษนักเรียน นิสิต นักศึกษาทางวินัย คำสั่งให้ข้าราชการออกจากราชการเพราะหย่อนความสามารถหรือมีมลทินมัวหมอง คำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพ ประกอบกิจการ หรือกระทำการต่าง ๆ คำสั่งบังคับให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นการกระทำต่าง ๆ และบรรดาคำสั่งทางปกครองอื่นใดที่กำหนดหน้าที่หรือสร้างภาระหน้าที่ให้แก่บุคคล¹³ ทั้งนี้ คำสั่งปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นคุณก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระให้แก่บุคคลผู้ได้รับคำสั่งเช่นกัน เช่น การปฏิเสธคำขอใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ประกอบกิจการ หรือกระทำการต่าง ๆ คำสั่งไม่ต่อใบอนุญาต เป็นต้น โดยการยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 114 – 116.

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 222.

¹¹ Bogdandy, Armin. (2010). *The exercise of public authority by international institutions: advancing international institutional law*. Heidelberg: Springer. p. 48.

¹² บัณฑิตศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. (2555). *แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายปกครองขั้นสูง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 6-27.

¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 90.

ที่เป็นการสร้างภาระแก่ผู้รับคำสั่งย่อมกระทำได้ในเงื่อนไขที่ง่ายกว่าการยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง¹⁴

(ค) คำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง (Verwaltungsakte mit Doppelwirkung) เป็นการสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลทำให้ผู้รับคำสั่งได้สิทธิหรือประโยชน์บางประการ ขณะเดียวกันก็ไม่ให้สิทธิหรือประโยชน์บางประการแก่ผู้รับคำสั่ง ตัวอย่างเช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนสร้างอาคารได้แต่อนุญาตให้สร้างเพียง 2 ชั้น เท่านั้นจากที่เอกชนยื่นขออนุญาตสร้าง 3 ชั้น¹⁵ เป็นต้น

2.1.3 เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

จากหลักการที่ว่ากรกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน แต่โดยที่คำสั่งทางปกครองมีขั้นตอนกระบวนการ (Process) ในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะแตกต่างจากการกระทำทางปกครองในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งหากฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนในเรื่องกระบวนการขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองหรือเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁶ ทั้งนี้ ในทางวิชาการเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) ของคำสั่งทางปกครองอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครองกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง ดังนี้¹⁷

2.1.3.1 เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

เงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง มีสาระสำคัญสองประการดังต่อไปนี้¹⁸

ประการที่หนึ่ง เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับในเรื่องใดเรื่องหนึ่งต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น

¹⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 116.

¹⁵ บัณฑิตศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12. หน้า 6-27.

¹⁶ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 455 – 456.

¹⁷ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 516 – 517.

¹⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 35 – 36.

ประการที่สอง เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ จะต้องมีความดำรงอยู่ในทางกฎหมาย (Legal Existence) ในเวลาที่ออกคำสั่งทางปกครอง และทำการออกคำสั่งทางปกครองโดยปฏิบัติตามหลักการดำเนินงานที่กฎหมายกำหนด

แนวคิดนี้ทำให้เกิดผลตามกฎหมายหลายประการ กล่าวคือ¹⁹

(ก) ตามปกติเป็นหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่ง (Incumbent) ที่จะต้องใช้อำนาจ และปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วยตนเอง เว้นแต่เป็นกรณีที่อาจมอบหมายให้ผู้อื่น ปฏิบัติราชการแทนได้ตามกฎหมาย โดยผู้รับมอบอำนาจ (Appointee) ต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับ มอบหมายตามวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจและผู้มอบอำนาจมีหน้าที่กำกับติดตามผล

(ข) อำนาจดังกล่าวอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้เสมอ ผู้ดำรงตำแหน่งไม่อาจฟ้องร้อง ต่อศาลเพื่อโต้แย้งในกรณีที่กฎหมายให้ยกเลิกเปลี่ยนแปลงตำแหน่งหรืออำนาจในตำแหน่งดังกล่าว เพื่อประโยชน์ราชการ

(ค) อำนาจเป็นสิ่งที่กฎหมายมอบให้ผู้ดำรงตำแหน่งใช้เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติ หน้าที่ไม่ใช่เป็นทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ดังนั้น คำว่า “อำนาจและหน้าที่ (Powers and Duties)” จึงเป็นของคู่กัน อำนาจจึงต่างจากสิทธิ ซึ่งผู้ทรงสิทธิไม่มีหน้าที่ต้องใช้สิทธิ หรืออาจสละสิทธิดังกล่าวได้ และหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนด อาจถือว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเลยหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้

(ง) อำนาจเป็นสิ่งที่กฎหมายมอบให้ผู้ดำรงตำแหน่งใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ โดยมีวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายบัญญัติหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ทั้งนี้ แม้กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลใดเป็นเจ้าหน้าที่ก็ตาม การใช้อำนาจ ดังกล่าวจะต้องพิจารณาถึงขอบเขตของอำนาจดังกล่าวว่าจะมีอำนาจเพียงใด เนื่องจากอำนาจของ เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจถูกจำกัดในด้านของกิจการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด หรือในด้าน ของพื้นที่และในด้านเวลา ในบางกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบางตำแหน่งอาจมีอำนาจหน้าที่ ในหลาย ๆ เรื่อง เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในทางปกครอง และเป็นพนักงานฝ่ายปกครอง รวมทั้งเป็นตำรวจชั้นผู้ใหญ่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในคดีอาญา หรือ ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่หลายคนใช้อำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งร่วมกันก็ได้

¹⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2558). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 492 – 493.

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง

ขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครอง หมายถึง การต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำหรือปฏิบัติก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ กฎหมายกำหนดขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองขึ้นเพื่อประกันความเป็นธรรม (Equitable) ให้แก่เอกชนที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง และเพื่อประกันคุณภาพของคำสั่งทางปกครองอันจะยังผลเป็นการเพิ่มพูนประสิทธิภาพของการบริหารราชการแผ่นดิน การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับโดยไม่ปฏิบัติ (Nonfeasance) ตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยถูกต้องครบถ้วนย่อมจะยังผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์²⁰ และโดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองเป็นผลจากระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งจึงมีหน้าที่ต้องเคารพและปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกคำสั่งทางปกครองด้วย²¹ ขั้นตอนและวิธีการที่สำคัญที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจต้องคำนึงถึงในการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่

(2.1) การริเริ่มออกคำสั่งทางปกครอง²² โดยปกติทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถริเริ่ม (Initiative) ใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เองโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ร้องขอ โดยปกติการออกคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ก็คือ การปฏิบัติตามกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมาย²³ อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองบางฉบับบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจออกคำสั่งทางปกครองจะริเริ่มใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองด้วยตนเองไม่ได้ จะต้องรอให้เอกชนร้องขอหรือเจ้าหน้าที่อื่นเสนอแนะหรือแนะนำเสียก่อนจึงจะออกคำสั่งทางปกครองได้

(ก) คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีคำขอของเอกชน เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจจะออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมาใช้บังคับได้ต่อเมื่อมีผู้ร้องขอ ตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้กระทำการต่าง ๆ เช่น ใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหรือตัดแปลงอาคาร ใบอนุญาตให้จัดตั้งสถานบริการ ใบอนุญาตให้ขับจี้รถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ ใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะ ใบอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในราชอาณาจักร บัตรส่งเสริมการลงทุน การให้สัญชาติไทย

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (ม.ป.ป.). *เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 13 เรื่อง เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง*. หน้า 51.

²¹ วรเจตน์ ภาคิรัตน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 142.

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20. หน้า 51 – 65.

²³ Rivero, Jean. & Jean, Maline. (1998). *Droit Administratif* (17th ed.). Paris: Dalloz. pp. 92 – 93.

แก่คนต่างด้าว การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ การจดทะเบียนสิทธิบัตร (Patent) การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า (Trade-mark) เป็นต้น

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองตามตัวอย่างข้างต้นโดยที่ยังไม่มีผู้ยื่นคำขอหรือมีผู้ยื่นคำขอ แต่การยื่นคำขอนั้นเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ แต่ในทางปฏิบัติ การออกคำสั่งทางปกครองโดยที่ยังไม่มีผู้ยื่นคำขอเกิดขึ้นได้บ้าง แต่การออกคำสั่งทางปกครองโดยมีผู้ยื่นคำขอแล้วแต่การยื่นคำขอเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายนั้นอาจเกิดขึ้นได้เสมอ และเหตุที่ทำให้การยื่นคำขอไม่ถูกต้องตามกฎหมายมิได้หลายประการ เช่น ผู้ยื่นคำขอขาดคุณสมบัติ (Lack the Qualification) ที่จะเป็นผู้ถือใบอนุญาตได้ หรือมีลักษณะต้องห้ามมิให้เป็นผู้ถือใบอนุญาต หรือการยื่นคำขอได้กระทำเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้ว เป็นต้น และคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีผู้ยื่นคำขอแต่การยื่นคำขอเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอ

(ข) คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำ กล่าวคือ เป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจจะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับได้ จะต้องผ่านการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องได้ให้ข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำแล้ว หากคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ได้ออกมาใช้บังคับ โดยที่ยังไม่มีข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำ หรือมีข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำ แต่ข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำนั้นไม่ถูกต้องตามกฎหมายย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์

(2.2) การอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบในการออกคำสั่งทางปกครอง กฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองบางฉบับบัญญัติบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองต้องเสนอร่างคำสั่งทางปกครองที่แสดงออกถึงความตั้งใจหรือความประสงค์ (Will) ที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับให้เจ้าหน้าที่อื่นพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบเสียก่อน เมื่อได้รับการอนุมัติหรือความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่นั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองจึงจะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับตามความตั้งใจหรือความประสงค์ของตนได้ และต้องถือว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ได้ออกมาใช้บังคับ โดยที่ยังไม่ได้รับอนุมัติหรือความเห็นชอบนั้น ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์

การอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบให้ออกคำสั่งทางปกครองจะถูกต้องตามกฎหมาย (Valid) ก็ต่อเมื่อเป็นการอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น และเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องมีความดำรงอยู่ในทางกฎหมาย (Legal

Existence) ในเวลาที่ยอมรับหรือให้ความเห็นชอบและทำการอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบโดยปฏิบัติตามหลักการดำเนินงานที่กฎหมายกำหนด

(2.3) การรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง การรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านั้นเข้าไปมีส่วนร่วมในการเตรียมการและดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองที่มีหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนเพื่อปกป้องสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมนั้น โดยการโต้แย้งหรือแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับความตั้งใจหรือความประสงค์ของเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ ขั้นตอนของการออกคำสั่งทางปกครองในขั้นตอนนี้มีเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์โดยตรงที่จะให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองได้ทราบข้อเท็จจริงในเรื่องที่ตนประสงค์จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับอย่างถูกต้องและรอบด้าน ซึ่งนอกจากจะมีผลเป็นการปกป้องประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะมีการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวแล้ว ยังทำให้เจ้าหน้าที่อยู่ในวิสัยที่จะออกคำสั่งทางปกครอง และสามารถรักษาหรือส่งเสริมให้เกิดประโยชน์สาธารณะตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้น ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่กระทบสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนจนเกินความจำเป็น

วิธีการรับฟังบุคคลซึ่งจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีลักษณะแตกต่างกันออกไป ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลเพียงไม่กี่คน วิธีการดังกล่าวคือ การรับฟังคู่กรณีหรือการฟังความอีกฝ่าย (*audi alteram partem*) แต่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลจำนวนมาก วิธีการดังกล่าว คือ การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing หรือ Public Inquiry)

การรับฟังคู่กรณี หรือการฟังความอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหลักกฎหมายที่บังคับให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองที่มีหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่จะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครองให้บุคคลนั้นทราบและให้เขามีโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้นและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตนก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นมาใช้บังคับ หลักกฎหมายนี้มาจากหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปของศาล กล่าวคือ ศาลทั้งหลายต้องเปิดโอกาสให้คู่ความ (Litigant) แต่ละฝ่ายได้ทราบถึงข้ออ้างข้อเถียงของอีกฝ่ายหนึ่ง และให้คู่ความแสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนเพื่อยืนยันข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างและ/หรือหักล้างข้อเท็จจริงที่อีกฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญาอย่างไรก็ตาม การนำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปมาใช้บังคับกับการพิจารณาเรื่องของเจ้าหน้าที่

เพื่อออกคำสั่งทางปกครองทุกเรื่องนั้นอาจทำให้การดำเนินงานทางปกครองเป็นไปด้วยความล่าช้า ไม่สามารถตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนได้ทันการณ์ ด้วยเหตุนี้ หลักการรับฟัง คู่กรณีจึงต้องมีขอบเขตการใช้บังคับ

แต่เดิม กฎหมายปกครองอังกฤษและกฎหมายปกครองฝรั่งเศสบังคับให้ เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองต้องรับฟังคู่กรณีเฉพาะแต่ในกรณีที่คำสั่ง ทางปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษบุคคลโดยตรง เช่น คำสั่งลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทางวินัย คำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพต่าง ๆ เมื่อผู้รับอนุญาตประพฤติผิด ข้อจำกัดและเงื่อนไขการประกอบวิชาชีพหรือประพฤติผิดจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพนั้น ๆ แต่ต่อมา ภายหลังก็ได้ให้หลักการรับฟังคู่กรณีบังคับกับการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งแม้จะไม่มีวัตถุประสงค์ เป็นการลงโทษบุคคลโดยตรง แต่ก็มีลักษณะคล้ายคลึงเป็นอย่างยิ่งกับการลงโทษบุคคลด้วย เช่น คำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต เมื่อผู้รับอนุญาตกระทำการหรือดำเนินกิจการตามที่ได้รับอนุญาต โดยฝ่าฝืน (Breach) หรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือที่เจ้าหน้าที่กำหนดไว้ ในใบอนุญาต อนึ่ง ถึงแม้ว่ากฎหมายฉบับที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะมีได้ บัญญัติบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังคู่กรณีไว้โดยชัดแจ้ง แต่ศาลยุติธรรมอังกฤษ และศาลปกครองฝรั่งเศสก็พิพากษาว่าเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักกฎหมายดังกล่าว โดยศาล ยุติธรรมอังกฤษถือว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) และศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Principe General du Droit)

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมอังกฤษได้พิพากษาคดี *The King v. The Chancellor, Ec., of Cambridge* (1723), Str. 557. ซึ่งต่อมาภายหลังนิยมเรียกกันอย่างสั้น ๆ ว่า *Dr. Bentley's Case* ไว้ว่า คำสั่งลงโทษ *Dr. Bentley* โดยการเพิกถอนปริญญาบัตรของเขา โดยที่ไม่ได้ให้เขามีโอกาสที่จะได้ ทราบข้อกล่าวหาและให้การแก้ข้อกล่าวหาเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และท่านผู้พิพากษา *Fortescue* ได้อ้างถึงหลักการรับฟังคู่กรณีในฐานะที่เป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติไว้ในคำพิพากษาคดีนี้ว่า ทั้งกฎหมายของพระเจ้าเป็นเจ้าและกฎหมายของมนุษย์ต่างก็ให้โอกาสคู่กรณีให้การแก้ข้อกล่าวหา ถ้าหากว่าเรามีข้อแก้ตัวอย่างไร ๆ ข้าพเจ้าจำได้ว่าเคยได้ยินมาว่าได้มีการตั้งข้อสังเกตกันในคราวหนึ่งว่า แม้แต่พระเจ้าเป็นเจ้าก็ยังไม่ลงโทษ *Adam* ก่อนที่จะได้เรียกให้เขามาให้การแก้ข้อกล่าวหา โดยพระเจ้าเป็นเจ้า ตรัสถาม *Adam* ว่า “*Adam* เจ้าอยู่ที่ไหน เจ้าได้กินผลไม้ที่ข้าได้สั่งห้ามมิให้เจ้ากินหรือไม่ และพระเจ้าเป็นเจ้า ก็ได้ตรัสถาม *Eve* เช่นนี้เหมือนกัน” สำหรับฝรั่งเศสได้มีการตรารัฐกฤษฎีกา เลขที่ 83 - 1025 ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1983 ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้ใช้บริการสาธารณะ (*Décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 CONCERNANT LES RELATIONS ENTRE L'ADMINISTRATION ET LES USAGERS*) ขึ้นใช้บังคับ รัฐกฤษฎีกาฉบับนี้บัญญัติบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออก

คำสั่งทางปกครองต้องรับฟังคู่กรณีในทุกกรณีที่คำสั่งทางปกครองซึ่งเจ้าหน้าที่ดังกล่าวตั้งใจหรือประสงค์จะออกมาใช้บังคับมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของคู่กรณี หลักการรับฟังคู่กรณีจึงมิได้มีขอบเขตการใช้บังคับจำกัดอยู่แต่เฉพาะกับการออกคำสั่งทางปกครองที่วัตถุประสงค์เป็นการลงโทษบุคคลโดยตรงหรือที่มีลักษณะคล้ายคลึงเป็นอย่างยิ่งกับการลงโทษบุคคลเท่านั้นอีกต่อไป

การอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใด ๆ ก็ตามออกคำสั่งทางปกครองที่มีหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใด เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองต้องรับฟังบุคคลนั้นก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครองนั้นมาใช้บังคับและมีผลเป็นการให้สิทธิแก่คู่กรณีในอันที่จะเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองต้องปฏิบัติต่อตนเช่นนั้น

(3) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามแบบ (Form) การออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามแบบต่างจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามขั้นตอนวิธีการในแง่ที่การออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามขั้นตอนวิธีการเป็นเรื่องของการไม่ทำตามกระบวนการในการกระทำทางปกครอง ส่วนการออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามแบบเป็นเรื่องของการไม่ทำตามรูปแบบภายนอกของการออกคำสั่งทางปกครอง

2.1.3.2 เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองต้องออกโดยมีเนื้อหาไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย²⁴ (Break the Law) ซึ่งเงื่อนไขในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองได้แก่

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งมิได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับในเรื่องนั้นได้ในทุกกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควร แต่จะบัญญัติไว้เสมอว่า เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับในเรื่องนั้นได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้น ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกคำสั่งทางปกครองบางบทบัญญัติไม่ได้ระบุข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้นไว้อย่างชัดเจน แต่ก็อาจอนุมาน (Analogism) ข้อเท็จจริงดังกล่าวได้จากเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ออกมาใช้บังคับจะชอบด้วยกฎหมายมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ ก็ต่อเมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งตามที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้ได้เกิดขึ้นแล้วก่อนเวลาที่ออกคำสั่งนั้น

²⁴ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 532.

หากข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้เกิดขึ้นในเวลาที้ออกคำสั่งคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁵

คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุสำคัญผิด ในข้อเท็จจริง (Mistake of Fact) อาจเกิดได้ทั้งจากการที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้ง หรือแจ้งข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จ ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทราบข้อเท็จจริงที่แท้จริงจะไม่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (Matter of Fact) หรือข้อกฎหมาย (Matter of Law) มีผลกับหลักเกณฑ์ในการยกเลิกเพิกถอน โดยเฉพาะหากเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อสิทธิหรือให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง²⁶

สำหรับการตรวจสอบว่าในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นหรือไม่นั้น โดยปกติแล้ว เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยความถูกต้อง (Accuracy) ของคำสั่งทางปกครอง เช่น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์หรือศาลปกครองต้องดำเนินการแยกออกเป็นสองขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรกเป็นการตรวจสอบและแสวงหาข้อเท็จจริงในเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นเกิดขึ้นหรือมีอยู่อย่างไร ซึ่งจะต้องกระทำโดยการรวบรวมและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานต่าง ๆ ทั้งที่เป็นพยานบุคคล (Oral Evidence) พยานเอกสาร (Documentary Evidence) พยานวัตถุ (Real Evidence) ตลอดจนพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Witness) ขั้นตอนที่สอง เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องดังกล่าว ซึ่งก็คือการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงในเรื่องที่จะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับตามที่ตรวจสอบและรับฟังเป็นยุติแล้วนั้น เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้เกิดอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง²⁷

วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองคือข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการห้ามมิให้บุคคลกระทำการ อนุญาตให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือรับรองหรือยืนยันสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล หรือรับรองหรือยืนยันสถานะของทรัพย์สินนั่นเอง เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองมีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

ประการที่หนึ่ง วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองต้องมีความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ เช่น คำสั่งพักใช้ใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ โดยมิได้มีการกำหนดระยะเวลาพักใช้ใบอนุญาตดังกล่าวไว้ คำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง (Administrative Penalties) โดยมิได้

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20. หน้า 80 – 83.

²⁶ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 537.

²⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20. หน้า 83 – 87.

มีการกำหนดจำนวนเงินค่าปรับไว้ ฯลฯ ย่อมเป็นคำสั่งลงโทษที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ เนื่องจากผู้รับคำสั่งไม่อาจปฏิบัติตามคำสั่งนั้นได้ แต่วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองที่ขาดความแน่นอนชัดเจนต่างกับวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองที่มีความหมายซึ่งอาจตีความหรือเข้าใจได้หลายนัย คำสั่งทางปกครองเช่นนี้เป็นคำสั่งที่สมบูรณ์ เพียงแต่เจ้าหน้าที่ต้องยอมรับการตีความที่ชอบด้วยเหตุผลของคู่กรณี แม้การตีความของคู่กรณีจะไม่ต้องตรงกันกับเจตนาที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งก็ตาม²⁸

ประการที่สอง วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย โดยกฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Law) พระราชบัญญัติ พระราชกำหนดอื่นที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น นอกจากนั้น ยังได้แก่ กฎหมายประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป และกฎที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นหรือเจ้าหน้าที่อื่นออกมาบังคับ

ประการที่สาม วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองต้องไม่เป็นการพ้นวิสัย (Impossibility) หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย บางครั้งเรียกว่า “คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยมีการบิดเบือนอำนาจ (Abuse of Power)” หมายถึงการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการทางปกครองอย่างจงใจเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้²⁹

(3) เจื่อนใจเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกคำสั่งทางปกครอง³⁰

ในการตกลงใจกระทำการใด ๆ ก็ตาม บุคคลย่อมจะมีความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่ในใจก่อนเสมอ และบุคคลนั้นคิดหรือเชื่อว่าการกระทำนั้นเป็นวิถีทางที่จะทำให้เกิดความมุ่งหมายในใจของตนบรรลุผลได้ ความมุ่งหมายของการออกคำสั่งทางปกครองจึงหมายถึงผลที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองต้องการให้เกิดขึ้นจากการออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ

กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแต่ละฉบับมิได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับเพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายอะไรก็ได้ แต่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามความต้องการ

²⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20. หน้า 85.

²⁹ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 557.

³⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 20. หน้า 87 – 88.

ส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)”³¹ เท่านั้น นอกจากนี้ กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทางปกครองแต่ละฉบับก็มิได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะด้านใด ด้านหนึ่งเท่านั้น กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทางปกครองบางฉบับให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน บางฉบับให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อรักษาความมั่นคงปลอดภัย (Security) ภายในราชอาณาจักร (Kingdom) บางฉบับให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อรักษาสวัสดิภาพของผู้ใช้รถใช้ถนน บางฉบับให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ฯลฯ ดังนั้น เมื่อไปเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกคำสั่งทางปกครองจึงมีสาระสำคัญอยู่สองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ และ

ประการที่สอง เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเท่านั้น

2.1.4 การลบล้างคำสั่งทางปกครอง

ระบบกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งเป็นการนำหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมาใช้ให้เห็นเป็นรูปธรรมมากที่สุด การลบล้างคำสั่งทางปกครองไม่เพียงแต่เรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่อีกด้านหนึ่ง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคุ้มครองสถานะทางกฎหมายของผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากบุคคลนั้นสุจริตและได้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

³¹ ประโยชน์สาธารณะ ในภาษาอังกฤษตรงกับคำว่า “Public Interest” ส่วนในภาษาฝรั่งเศสตรงกับคำว่า “Intérêt Public” หมายถึง การตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินการนั้น ๆ เอง โดยความต้องการของคนส่วนใหญ่เป็นเรื่องสภาพจิตใจของแต่ละคน ดังนั้น การที่จะรู้ว่าความต้องการของแต่ละคนเป็นจำนวนหมู่มากตรงกันพอที่จะให้ถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะจึงต้องมีผู้ชี้ และองค์กรที่ทำหน้าที่ได้กล่าว ได้แก่ รัฐสภาและศาล โดยรัฐสภาในฐานะผู้แทนของปวงชนส่วนใหญ่จะออกกฎหมายมาให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการ เราจึงถือว่าผู้แทนของปวงชนส่วนใหญ่ได้แสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันแล้ว จึงถือว่าเป็นความต้องการของคนหมู่มากหรือประโยชน์สาธารณะนั่นเอง ส่วนในกรณีที่รัฐสภาไม่บัญญัติกฎหมายแสดงออกซึ่งประโยชน์สาธารณะไว้เลยหรือบัญญัติไว้กว้างมาก และเกิดข้อสงสัย ศาลปกครองจะเป็นผู้ชี้ว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ส่วนตัว ในการนี้ศาลจะพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเจตนารมณ์ของผู้ร่างเทียบกับลักษณะของกิจกรรมและวัตถุประสงค์ของกิจกรรมนั้น ทั้งนี้ตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมในเวลานั้น ๆ (โปรดดู บรรพศักดิ์ อูวรรณ โฉ. (2538). *คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 337 – 338.)

ไปแล้ว ดังนั้น จึงเป็นภารกิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการหาจุดสมดุลระหว่างความชอบด้วยกฎหมาย การคุ้มครองสิทธิของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองและประโยชน์สาธารณะ

ในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศอาจกำหนดหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองแตกต่างกันในรายละเอียด แต่อย่างไรก็ตามในสาระสำคัญแล้วก็มีเนื้อหาคล้ายคลึงกัน โดยพิจารณาไปตามลำดับเป็น 2 ขั้นตอน ดังนี้ ขั้นตอนแรก การพิจารณาว่าความเชื่อถือไว้วางใจของบุคคลต่อการดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความชอบธรรมหรือไม่ เมื่อความเชื่อถือไว้วางใจนั้นชอบธรรมและสมควรได้รับความคุ้มครองแล้วต้องพิจารณาต่อไปในขั้นตอนที่สองว่า การคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจนั้นสมควรอยู่เหนือประโยชน์อื่น ๆ หรือไม่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่าการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจควรมาก่อนความชอบด้วยกฎหมายหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่³² ทั้งนี้ การลบล้างคำสั่งทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณีด้วยกัน คือ โดยการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง และการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยศาล³³

2.2 หลักทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่า คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง และโดยที่คำสั่งทางปกครองเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง ดังนั้น คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง ประกอบกับการแบ่งแยกประเภทของคำสั่งทางปกครองโดยใช้ผลของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นกับผู้รับคำสั่งเป็นเกณฑ์ในการแบ่งประเภทนั้นมีส่วนสัมพันธ์อย่างยิ่งกับยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง จึงทำให้คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งจึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือการลบล้างคำสั่งทางปกครอง ซึ่งได้แก่ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจในคำสั่งทางปกครองด้วย

2.2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง” ถือว่าเป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐหลักหนึ่ง หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองเป็นการเชื่อมโยงหลักนิติรัฐเข้ากับหลักประชาธิปไตย กล่าวคือ การใช้

³² ปิยนุตร แสงกนกกุล. (2556). *กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 130.

³³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2560). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 454 – 456.

กฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ อันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะต้องผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนและจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้³⁴

2.2.1.1 ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายมีที่มาจากแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันที่ต้องการแยกรัฐตำรวจ (E'tat de Police) ออกจากนิติรัฐ (E'tat de Droit) โดยในรัฐตำรวจนั้นรัฐหลุดพ้นจากภาวะที่ต้องเคารพต่อกฎหมายเพราะระบบรัฐตำรวจเป็นระบบที่ทำให้อำนาจอย่างมากกับฝ่ายปกครองในการดำเนินการต่าง ๆ ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจของตนในการดำเนินการทุกอย่างได้ หากเห็นว่าจำเป็น การดำเนินการในรัฐตำรวจของฝ่ายปกครองจึงมักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่การดำเนินการของฝ่ายปกครองในรัฐตำรวจที่กล่าวไปก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Freely) ของตนได้ เพราะในรัฐตำรวจก็มีระบบกฎหมาย แต่กฎหมายดังกล่าวอาจเปลี่ยนแปลงได้เสมอตามความต้องการ ในขณะที่ในรัฐแบบนิติรัฐนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย มีหลักการสำคัญว่าองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจใช้อำนาจของตนได้หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และแม้หากมีกฎหมายให้อำนาจก็ไม่อาจใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ได้ หลักนิติรัฐจึงก่อให้เกิดลักษณะสำคัญ คือ มีกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง พลเมืองมีกระบวนการทางกฎหมายที่จะบังคับให้ฝ่ายปกครองเคารพต่อกฎหมายซึ่งก็คือศาลที่เป็นอิสระจากฝ่ายปกครองที่เข้ามาตรวจสอบการฝ่าฝืนกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือที่เรียกกันในอีกชื่อหนึ่งว่า “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนตราขึ้น³⁵ ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักกฎหมายปกครองหลักอย่างหนึ่งที่มีศักดิ์ในระดับเดียวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ³⁶ เนื่องจากตามมาตรา 20³⁷ ข้อ 3 แห่งรัฐธรรมนูญ

³⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2556). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 22 – 23.

³⁵ นันทวัฒน์ บรรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญอรุณที่ 33. หน้า 295 – 296.

³⁶ Nolte, Georg. (1994). *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective*. Cambridge: Blackwell. p. 203.

³⁷ Article 20 (Basic principles of state order, right to resist)

ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949) บัญญัติว่า “อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการจะต้องผูกพันกับกฎหมายและด้วยกฎหมาย”³⁸

2.2.1.2 ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง
ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง นั้น มีนักวิชาการ
กฎหมายได้ให้ความหมายไว้ดังนี้

(ก) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายความว่า การกระทำทางปกครองใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมาย (Law-abiding) จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดและจะทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ในความหมายนี้อาจกล่าวได้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายทำให้เกิดผลตามมาคือการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้ ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นทั้งที่มา (Source) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและเป็นข้อจำกัด (Limitation) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย³⁹

(ข) หลักความชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า นิติกรรมทุกอย่างของรัฐที่กระทำโดยบุคคลธรรมดา (Person) หรือนิติบุคคล (Juristic Person) ต้องสอดคล้องกับด้วยบทกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จึงเป็นหลักประกันที่สำคัญสำหรับผู้อยู่ใต้ปกครองและก่อให้เกิดนิติรัฐขึ้น การเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายก็คือการเคารพต่อลำดับชั้น (Hierarchy) ของนิติกรรมซึ่งมีกฎหมายอยู่ในลำดับสูงสุด⁴⁰ (Ultimate)

(ค) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีความหมายใน 2 นัย ได้แก่ ความหมายแรก หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึงองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ก็ได้ทั้งสิ้น เว้นแต่การอันกฎหมายห้ามมิให้กระทำ

(1) The Federal Republic of Germany is a democratic and social Federal state.

(2) All state authority emanates from the people. It is exercised by the people by means of elections and voting and by separate legislative, executive and judicial organs.

(3) Legislation is subject to the constitutional order; the executive and the judiciary are bound by the law.

(4) All Germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order, should no other remedy be possible. (inserted 24 June 1968)

³⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6. หน้า 217 – 218.

³⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33. หน้า 296.

⁴⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2558). *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 279.

ความหมายที่สอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด จากนั้นความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในนิยามนี้จะเห็นได้ว่า ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในความหมายแรกและความหมายที่สองนั้นมีความแตกต่างกันมาก ตามความหมายแรก องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกระทำการใด องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองย่อมกระทำการนั้นได้เสมอ อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่จะกระทำการต่าง ๆ จึงเป็นอำนาจทั่วไป หรือเป็นด้านหลัก ความไม่มีอำนาจจึงเป็นเพียงข้อยกเว้น (Exception) เท่านั้น แต่ตามความหมายที่สอง อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะกระทำการต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนมีอยู่อย่างจำกัด กล่าวคือ มีอยู่เพียงเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น การใดที่กฎหมายมิได้บัญญัติอนุญาตให้กระทำ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการนั้นไม่ได้เลย⁴¹

(ง) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อาจพิจารณาได้ 2 นัย คือ การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วยกฎหมาย และการควบคุมให้การกระทำของรัฐชอบด้วยกฎหมาย ในนิยามความหมายนี้ถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพ (Right and Liberty) ของปัจเจกชน (Individual) ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และการกระทำทางปกครองที่ออกมานั้นต้องสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย หรือกล่าวได้ว่ากฎหมายเป็นทั้งรากฐานที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง ในขณะเดียวกันกฎหมายก็เป็นขอบเขตของการกระทำทางปกครองด้วย และถือว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หมายความว่า หากการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะทำให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหมดสิ้นไป เช่น การขอไต่สวนหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

จากนิยามความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองข้างต้น จึงสามารถพิจารณาได้ว่าสาระสำคัญของหลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ (1) กฎหมาย

⁴¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (ม.ป.ป.). *เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 13 เรื่อง การกระทำของฝ่ายปกครอง: หลักความชอบด้วยกฎหมายการกระทำทางปกครอง*. หน้า 32 – 33.

เป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง และ (2) กฎหมายเป็นขอบเขตหรือข้อจำกัดของการกระทำทางปกครอง⁴²

(1) กฎหมายเป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง ในเบื้องต้นมีข้อพิจารณาว่า กฎหมายที่เป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองได้แก่กฎหมายใดบ้าง กฎหมายที่ให้อำนาจ (Enabling Act) ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยปกติแล้วได้แก่พระราชบัญญัติ ซึ่งหมายความรวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วย และกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ส่วนกฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัติ หรือกฎ (Subordinate Legislation) ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (Generic) โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ก็อาจให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้เช่นกัน แต่กฎหมายลำดับรองเหล่านี้แท้ที่จริงแล้วก็คือการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งและจะออกมาใช้บังคับได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองโดยปกติแล้วจึงได้แก่ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นการตีความตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative Democracy) อันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย กล่าวคือหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดอำนาจเด็ดขาดหรืออำนาจเบ็ดเสร็จ (Absolute Power) ซึ่งเป็นอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่วนหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนบังคับว่า กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยความยินยอมของผู้แทนปวงชนซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือทางอ้อมของประชาชน⁴³ ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการหรือกฎหมายที่เป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนนั้น ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้⁴⁴

⁴² มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 456 – 457.

⁴³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41. หน้า 46 – 49.

⁴⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41. หน้า 75 – 84.

(ก) กฎหมายที่เป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ กฎหมายต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งนี้เป็นไปตามหลักความเสมอภาค (Equality)

(ข) กฎหมายที่เป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน กล่าวคือ กฎหมายนั้นต้องบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใด กระทำการอะไร ในกรณีใด และเพื่อประโยชน์อะไร ทั้งนี้ เพราะความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายนี้เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นต่อการตัดสินใจของประชาชนที่จะใช้สิทธิเสรีภาพกระทำการต่าง ๆ กล่าวคือ บุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจใช้สิทธิหรือเสรีภาพกระทำการใด ๆ ลงไป หากเขาไม่สามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าการกระทำนั้น ๆ ของตนจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร และผลทางกฎหมายอันจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ จะทำให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์มากน้อยเพียงใด เพื่อประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Legal Security)

(ค) กฎหมายที่เป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองจะต้องไม่มีผลบังคับย้อนหลัง กล่าวคือ จะต้องมีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นให้ประชาชนทราบเป็นการล่วงหน้าก่อนที่จะนำไปใช้บังคับแก่ประชาชน และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่มีประกาศโฆษณากฎหมายนั้นไม่ได้

(ง) กฎหมายที่เป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ หลักความได้สัดส่วนมีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรมและหลักนิติรัฐ⁴⁵ และถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปซึ่งมีค่าเสมอเท่ากับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้กับกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจได้แก่การพิจารณาในกรณีที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำการ (Performance) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งการพิจารณาในเรื่องดังกล่าวได้แก่การพิจารณาในประเด็นดังนี้

ประการแรก มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองนำมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislators) ประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริง ๆ ในทางปฏิบัติ การที่กฎหมายกำหนดมาตรการซึ่งไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้อย่างแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิมย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นไปตามหลักสัมฤทธิ์ผล ซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญรัฐเสรีประชาธิปไตย เนื่องจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้อีกก็เฉพาะแต่เพียงเพื่อจัดระเบียบ

⁴⁵ Schwarze, Jurgen. (1992). *European Administrative Law*. London: Sweet & Max Well. pp. 712 – 714.

แห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพ ไม่ให้การใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

ประการที่สอง มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ดังนั้น ถ้าหากปรากฏว่ามีมาตรการที่สามารถทำให้ผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์เกิดขึ้นได้จริง ๆ มิให้เลือกลูกอยู่หลายมาตรการ แต่ละมาตรการมีระดับความรุนแรงมากน้อยต่างกัน ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้ใช้มาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรง กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติให้ใช้บังคับนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยแล้ว รัฐจะเรียกร้องให้ประชาชนจำต้องยอมสละ (Renounce) สิทธิและเสรีภาพของตนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น

ประการที่สาม มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่เอกชนและ/หรือสังคมโดยรวม กฎหมายที่กำหนดมาตรการซึ่งแม้จะสามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดได้จริง ๆ ในทางปฏิบัติหรือสัมฤทธิ์ผล และมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด กล่าวคือเป็นไปตามหลักความจำเป็นก็ตาม แต่หากได้ลงมือบังคับใช้แล้วจะยังให้เกิดความเสียหายให้แก่เอกชนและ/หรือแก่สังคมเป็นอย่างมากเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่มหาชนพึงได้รับ ก็จะถือว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

(จ) กฎหมายที่เป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนกระทบกระเทือนถึงแก่น (Core) หรือสาระสำคัญ (Essence) ของสิทธิและเสรีภาพนั้น แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ/หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะก็ตาม แต่หาว่ามีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยไม่ ตัวอย่างของหลักการนี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 19⁴⁶ ข้อ 2 ซึ่งบัญญัติว่า “ไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตาม การอันอาจกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิพื้นฐานจะกระทำมิได้”

⁴⁶ Article 19 (Restriction of Basic Rights)

(1) Insofar as under this Basic Law a basic right may be restricted by or pursuant to a law, the law must apply generally and not solely to an individual case. Furthermore the law must name the basic right, indicating the Article.

(2) กฎหมายเป็นขอบเขตของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้น ได้แก่⁴⁷

(ก) พระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติที่เป็นรากฐานหรือแหล่งที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครอง

(ข) พระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติฉบับอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะที่ฝ่ายปกครองกระทำการ

(ค) รัฐธรรมนูญ ในประเทศประชาธิปไตยที่ปกครองโดยมีรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงที่สุด⁴⁸ รัฐธรรมนูญเกิดจากข้อตกลง (Agreement) ร่วมกันระหว่างประชาชนในรูปแบบของสัญญาประชาคม (Social Contract) ส่วนในด้านเนื้อหา รัฐธรรมนูญประกอบด้วยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐ และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของประชาชน⁴⁹

หลักรัฐธรรมนูญที่สำคัญ ได้แก่ หลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค

โดยหลักความได้สัดส่วน เป็นหลักที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องใช้มาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจได้จริง แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อความเสียหายแก่ประชาชนน้อยที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการใด ๆ ซึ่งหากได้ลงมือบังคับใช้แล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ประชาชนและ/หรือแก่สังคม โดยส่วนรวม หลักนี้หมายความว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร (Administrators) มีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการ

(2) In no case may a basic right be infringed upon in its essential content. (3) The basic rights apply also to corporations established under German Public law to the extent that the nature of such rights permits. (4) Should any person's right be violated by public authority, recourse to the court shall be open to him. If no other court has jurisdiction, recourse shall be to the ordinary courts.

⁴⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41. หน้า 50 – 66.

⁴⁸ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการยืนยันโดยองค์กรศาลของฝรั่งเศสสององค์กร คือ ศาลแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) และศาลฎีกา (La Cour de Cassation) โดยในคำวินิจฉัยลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1998 กรณี SARRAN, LEVACHER et Autres นั้น ศาลแห่งรัฐได้วินิจฉัยไว้ว่า ในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายภายใน (Ordre Interne) กับกฎหมายระหว่างประเทศ (Ordre International) ในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ภายในประเทศให้ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ต้องยึดถือปฏิบัติตาม ซึ่งต่อมาศาลฎีกาก็ได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดี FRAISSE เมื่อวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ด้วย (โปรดคู นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2560). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 300.)

⁴⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33. หน้า 300.

ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพ (Constraint) ของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม⁵⁰

ส่วนหลักความเสมอภาค เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค⁵¹ กล่าวคือสิ่งที่เหมือนกันต้องใช้หลักเกณฑ์อย่างเดียวกันพิจารณา สิ่งที่แตกต่างกันต้องใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันพิจารณาจึงจะเสมอภาค ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่ามีการปฏิบัติอย่างเสมอภาคหรือเท่าเทียมกันหรือไม่นั้น จำเป็นต้องมีการเปรียบเทียบว่าการปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งเหมือนหรือแตกต่างจากอีกบุคคลหนึ่งหรือไม่ โดยก่อนที่จะมีการเปรียบเทียบว่ามีการปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งเหมือนหรือต่างจากอีกบุคคลหนึ่งหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาสິงที่จะนำมาเปรียบเทียบกันก่อนว่ามีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกันพอที่จะนำมาเปรียบเทียบกันได้หรือไม่ หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักที่ใช้ควบคุมไม่ให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจและใช้ในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ⁵²

(ง) กฎหมายประเพณี (Customary Law) ซึ่งได้แก่แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งได้รับการประเพณีและปฏิบัติตามอย่างสม่ำเสมอและติดต่อกันมาช้านาน ตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจนกลายเป็นอุปนิสัยร่วมของคนในสังคม (Social Habit) และสาธารณชน (General Public) เกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นต้องปฏิบัติตาม

(จ) หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักมีที่มาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย หรือหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) บางหลักมาจากตรรกศาสตร์ซึ่งหากไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้อยู่แล้วจะทำให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความเป็นกลาง (Le Principe de l'Impartialité) หลักฟังความอีกฝ่าย (*audi alteram partem*) หลักการบังคับบัญชา (Le Principe Hiérarchique) หลักความไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (Le Principe de Non-rétroactivité des Administratifs) เป็นต้น⁵³

⁵⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 40. หน้า 283 – 284.

⁵¹ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2544). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 38.

⁵² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19. หน้า 134.

⁵³ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41. หน้า 65 – 66.

2.2.1.3 ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย การพิจารณาขอบเขตของหลักดังกล่าวจึงต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น แม้ฝ่ายปกครองจะถูกบังคับว่าจะต้องดำเนินการทุกอย่างตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในทางปฏิบัติก็มีหลายกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะนำเอากฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและความเหมาะสมในการดำเนินงาน⁵⁴ ในทางทฤษฎีอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง อาจแบ่งได้ 2 ประเภท⁵⁵ ได้แก่

(1) อำนาจผูกพันขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง อำนาจผูกพัน (Mandatory Power หรือ Compétence Liée) คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้ เช่น เมื่อปรากฏว่าชายและหญิง ซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบถ้วน นายทะเบียน (Marriage Registra) จะต้องจดทะเบียนสมรส (Marriage Registration) ให้แก่ผู้ร้องเสมอ จึงกล่าวได้ว่า อำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือน้ำที่นั่นเอง⁵⁶ การกระทำทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเปรียบเสมือนเครื่องทำงานอัตโนมัติให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น กรณีนี้การกระทำทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างสมบูรณ์

(2) อำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง (Discretionary Power) ในการออกคำสั่งทางปกครอง ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น แม้ว่าฝ่ายปกครองจะถูกบังคับว่าจะต้องดำเนินการทุกอย่างตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในทางปฏิบัติก็มีหลายกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะนำเอากฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและความเหมาะสมกับการดำเนินงาน อิสระที่ว่านี้คือ อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁵⁷ จึงกล่าวได้ว่าอำนาจดุลพินิจ คือ สิ่งตรงข้ามกับอำนาจผูกพัน โดยอำนาจดุลพินิจย่อมปรากฏขึ้นทุกครั้งที่ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างอิสระ โดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดการอันตนจักต้องกระทำไว้ล่วงหน้า

⁵⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เชิงบรรณคดีที่ 33. หน้า 314.

⁵⁵ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เชิงบรรณคดีที่ 5. หน้า 512 – 513.

⁵⁶ รพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้ว เชิงบรรณคดีที่ 41. หน้า 87.

⁵⁷ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ. (2560). *หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 229 – 230.

อำนาจดุลพินิจจึงหมายถึงความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง
ในบรรดาหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้กระทำได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือ
ความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง
องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจ
ได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองสมควร
จะออกคำสั่งหรือไม่และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁵⁸

เมื่อพิจารณาถึงขอบเขต (Extent) ของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ
ทางปกครอง จะเห็นว่า ในกรณีที่เป็นกรกระทำทางปกครองที่ออกโดยองค์เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
มีอำนาจผูกพัน การกระทำทางปกครองย่อมตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างสมบูรณ์
ส่วนกรณีที่เป็นกรกระทำทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนั้น การกระทำ
ทางปกครองแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ความชอบด้วยกฎหมายกับความเหมาะสม เฉพาะในแง่ขอบเขต
ของการใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) เท่านั้น
ที่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ส่วนความเหมาะสมเป็นดุลพินิจขององค์เจ้าหน้าที่
ฝ่ายปกครองโดยแท้⁵⁹ อย่างไรก็ตาม อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะ
กระทำการนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นอำนาจที่ประกอบด้วยอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจผสมกันไป
บางกรณีกฎหมายบัญญัติว่า เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐ
ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องออกคำสั่ง ซึ่งเป็นอำนาจผูกพัน แต่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า
สมควรจะออกคำสั่งอย่างไรในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกกระทำได้
ซึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจ เช่น เมื่อข้าราชการ (Public Official) คนใดคนหนึ่งกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง
ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งมีหน้าที่ที่จะต้องออกคำสั่ง
ลงโทษทางวินัยข้าราชการคนนั้น แต่ผู้ที่มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควร
จะออกคำสั่งปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ บางกรณีกฎหมายบัญญัติว่า เมื่อปรากฏว่า
มีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า
สมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ ซึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจ แต่เมื่อตัดสินใจไปในทางที่จะออกคำสั่งแล้ว
จะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะเจาะจง เช่น เมื่อปรากฏว่าบุคคลซึ่งได้
สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ (Naturalize) ได้กระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือน
ต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประ โยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศหรือเป็นการขัดต่อ

⁵⁸ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (ม.ป.ป.). *เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 13 เรื่อง การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง*. หน้า 88 – 89.

⁵⁹ มานิตย์ จุมปา. *อ่างแล้ว* เชียงอรรถที่ 5. หน้า 514.

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Against Public Order or Good Morals) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถจะตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งถอนสัญชาติของบุคคลนั้นหรือไม่ แต่เมื่อตัดสินใจไปในทางที่จะออกคำสั่งถอนสัญชาติ (Expatriation) ก็จะต้องออกคำสั่งถอนสัญชาติบุคคลนั้น ตามเนื้อความที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง⁶⁰

2.2.1.4 ข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้เป็นที่เข้าใจได้ว่าการดำเนินงานต่างๆ ของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือตัวบทกฎหมายและหลักเกณฑ์ต่างๆ อย่างเคร่งครัดเป็นหลักในการทำงาน ซึ่งทำให้ดูเหมือนหนึ่งว่า ฝ่ายปกครองไม่มีเสรีภาพใด ๆ ในการคิด แต่ในความเป็นจริงแล้ว แม้กฎหมายจะเป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือและปฏิบัติอย่างเคร่งครัด แต่ในระบบกฎหมายปกครองก็ได้เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้มีเสรีภาพในการดำเนินการบางเรื่องโดยผ่านกลไกในการทำงานของฝ่ายปกครอง คือ กระบวนการคิดซึ่งได้แก่ อำนาจดุลพินิจ (Pouvoir Discretionnaire) นอกจากอำนาจดุลพินิจแล้วในบางกรณีหากมีความจำเป็นอย่างใหญ่หลวง ซึ่งหากฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้วจะไม่สามารถแก้ปัญหาของประเทศได้หรืออาจทำให้เกิดปัญหาต่อประเทศชาติและประชาชน การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในกรณีดังกล่าวถูกเรียกว่า “ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติหรือทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน (La Théorie des Circonstances Exceptionnelles)” ก็เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆ ได้ เพื่อที่ฝ่ายปกครองจะสามารถแก้ไขปัญหาของประเทศได้ทันเวลาที่⁶¹ ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินจึงเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย จุดเริ่มต้นของทฤษฎีมาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ฝ่ายปกครองต้องกำหนดมาตรการบางอย่างเกินไปจากอำนาจตามปกติของตนเพื่อต่อสู้และรับมือกับสถานการณ์ดังกล่าว ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้ยอมรับทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินโดยการยอมรับของสภาแห่งรัฐในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เกินกรอบที่กฎหมายกำหนด ตามคำพิพากษาลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918 ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการที่ฝ่ายปกครองออกรัฐกฤษฎีกาเพื่อระงับการบังคับใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายบางประการที่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการเนื่องจากอยู่ในสถานการณ์สงคราม และคำพิพากษาลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 เป็นคดีที่ฝ่ายปกครองออกกฎหมายห้ามผู้หญิงเข้าไปในสถานบริการบางแห่ง ซึ่งในคดีหลังนี้สภาแห่งรัฐก็ได้ให้เหตุผลไว้อย่างชัดเจนในคำพิพากษาว่า อำนาจของตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะและความปลอดภัยจะแตกต่างกันระหว่างยามสงบกับในยามสงคราม ซึ่งในยามสงครามจะต้องมีมาตรการ

⁶⁰ วรพจน์ วิสชุดพิชญ์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 58. หน้า 89 – 90.

⁶¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33. หน้า 314.

ที่เข้มงวดกว่าเพื่อให้การรักษาความสงบเรียบร้อยสาธารณะและความปลอดภัยได้ผลเต็มที่⁶² จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า ข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง สิ่งที่ทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่อาจบังคับได้โดยสมบูรณ์ ซึ่งมีอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ คุณพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกับทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติ⁶³ หรือทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉิน

2.2.2 หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Legal Certainty หรือ Rechtssicherheit หรือ Le principe de sécurité juridique) และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ (Vertrauensschutz)⁶⁴

หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ มีวัตถุประสงค์เรียกร้องให้รัฐต้องประกันความมั่นคงแน่นอนให้แก่บุคคลผู้อยู่ภายใต้การตัดสินใจของรัฐ แม้ทั้งสองหลักการจะมีลักษณะร่วมกันในแง่ของวัตถุประสงค์และฐานที่มา แต่หากพิจารณาเนื้อหาโดยละเอียดจะพบว่าทั้งสองหลักการมีความแตกต่างกันและทั้งสองหลักการก็ถูกนำไปใช้ในเรื่องต่าง ๆ แตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ

2.2.2.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ

หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันอย่างยิ่ง กล่าวคือ ในทางวิชาการอธิบายว่า หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะเป็นหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจเป็นหลักการย่อยของหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ โดยคำพิพากษาของศาลประชาคมยุโรป (European Court) ได้ยืนยันว่า หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะเป็นหลักการที่เรียกร้องให้ต้องคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจอันชอบธรรมของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานเดียวกัน คือ เรียกร้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนรับประกันแก่ปัจเจกบุคคลผู้อยู่ภายใต้อำนาจในเสถียรภาพ (Stability) ของสถานะทางกฎหมาย (Legal Status) ของปัจเจกบุคคล และความแน่นอนชัดเจนของกฎเกณฑ์และสถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมีวัตถุประสงค์เรียกร้องให้องค์กรซึ่งใช้อำนาจมหาชนรับประกันแก่ปัจเจกชนที่อยู่ภายใต้อำนาจในสองประการ ได้แก่

ประการแรก องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนต้องประกันเสถียรภาพของสถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนตราขึ้นใช้บังคับต้องมีสถานะที่มั่นคง

⁶² สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 57. หน้า 230.

⁶³ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 515.

⁶⁴ ปิยบุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 123 – 125.

พอสมควร ต้องไม่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบ่อยครั้งหรือยกเลิกได้ง่ายจนเกินไป ข้อเรียกร้องประการแรกนี้มีความสัมพันธ์อย่างยิ่งกับการลบคำสั่งทางปกครอง

ประการที่สอง องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนต้องประกันความแน่นอนและชัดเจนของกฎเกณฑ์และสถานะทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล กล่าวคือ กฎเกณฑ์และคำสั่งทั้งหลาย ต้องมีความชัดเจน เข้าใจได้ง่ายและเข้าถึงได้ง่าย โดยความชัดเจนแน่นอนของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองในที่นี้พิจารณาจากสภาพของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง มิใช่ นำความรู้สึกลงของผู้ออกคำสั่งมาพิจารณา⁶⁵

อย่างไรก็ดี ทั้งสองหลักการนี้มีรายละเอียดแตกต่างกัน โดยหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ มีความเป็นนามธรรมมากกว่า ในขณะที่หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจเป็นหลักการที่ทำให้หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht: BVerfG) ได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติรัฐ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือโดยสุจริตไว้ในคำพิพากษาลงวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1961 สรุปได้ว่า หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ โดยกำหนดหน้าที่ของรัฐในการรับรองสิทธิของประชาชนที่จะรับทราบบทบัญญัติของกฎหมายและเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของรัฐ โดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อรับทราบถึงมาตรการของรัฐที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิของตน รวมถึงรับรองผลทางกฎหมายที่ประชาชนจะได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการกระทำนั้น⁶⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ประชาชนมีความเชื่อมั่นในผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง แม้ว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ความมีผลบังคับของคำสั่งทางปกครอง (Rechtswirksamkeit) สืบเนื่องมาจากหลักความมีประสิทธิภาพของการปฏิบัติราชการ (Effizienz des Verwaltungshandelns) ตามแนวคิดที่ว่า เมื่อคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับต่อเนื่องแล้ว เจ้าหน้าที่ย่อมปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างต่อเนื่อง และประชาชนย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองและไม่อาจปฏิเสธผลของคำสั่งทางปกครองได้ เมื่อประชาชนเชื่อถือและปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับคำสั่งทางปกครองแล้ว สมควรให้ความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของประชาชนต่อความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองด้วย

ระบบกฎหมายเยอรมันรับรองทั้งหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ โดยระบบกฎหมายเยอรมันอธิบายถึงความแตกต่างของหลักการทั้งสอง

⁶⁵ Singh, Mahenda P. (2001). *German Administrative Law in Common Law Perspective* (2nd ed.). Berlin: Springer – Verlag. pp. 78 – 79.

⁶⁶ วรณารี สิงห์โต. (2553). การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 27(2), หน้า 93.

ไว้ว่า หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะมีเนื้อหาสาระที่ครอบคลุมและกว้างกว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ โดยอาจถือได้ว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจเป็นหลักการย่อยของหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว กลับเป็นหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจที่มักถูกอ้างถึงบ่อยกว่า เพราะหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจนั้นเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคล ซึ่งระบบกฎหมายเยอรมันมุ่งคุ้มครองสิทธิและสถานะของบุคคล ผู้อยู่ใต้การตัดสินใจของฝ่ายปกครองมากกว่าการมุ่งคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายและประโยชน์สาธารณะอันเป็นวัตถุประสงค์ของการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ในบางครั้ง หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจก็คล้ายกับว่าเป็นการนำหลักสุจริตในกฎหมายแพ่งมาใช้โดยเริ่มแรก หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจถูกรับรองโดยคำพิพากษาบรรทัดฐานตั้งแต่ทศวรรษ 1950 แนวคำพิพากษาศาลได้นิยามคำว่า “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต” ว่าหมายถึง หลักกฎหมายในการคุ้มครองสถานะทางกฎหมายของประชาชนจากการล่วงละเมิดจากอำนาจรัฐ แต่ปัจจุบัน หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจถูกบัญญัติไว้ชัดเจนในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 1976 ในส่วนที่เกี่ยวกับการลบล้างคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจที่นำมาใช้กับเงื่อนไขของการลบล้างคำสั่งทางปกครอง (Aufhebung) จำเป็นต้องแบ่งแยกประเภทคำสั่งทางปกครองออกเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง และคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการไม่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจจะปรากฏและถูกเรียกร้องเมื่อเป็นการลบล้างคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง⁶⁷

ลักษณะสำคัญที่ทำให้หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ แบ่งแยกออกจากกันได้ คือ กฎเกณฑ์ของกฎหมายกับสิทธิ กล่าวคือ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะเป็นหลักการที่มีลักษณะทั่วไป (General) มุ่งคุ้มครองกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและมุ่งคุ้มครองในแง่ภาวะวิสัย (Objective) ในขณะที่หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจเป็นหลักการที่มีลักษณะเฉพาะกว่า เป็นรูปธรรมมากกว่า มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลและมุ่งคุ้มครองในแง่อัตวิสัย (Subjective) การเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างหลักการดังกล่าวที่เห็นภาพชัดที่สุด อาจพิจารณาได้จากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เริ่มยอมรับหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างเป็นทางการเมื่อปี ค.ศ. 2006⁶⁸ อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ได้นำหลักการดังกล่าวมาอนุโลมใช้นานแล้ว เพียงแต่ไม่ได้เรียกกันอย่างชัดเจนว่าเป็นหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ

⁶⁷ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32. หน้า 132.

⁶⁸ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32. หน้า 126.

แต่เรียกว่า “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง (La Non-rétroactivité des Actes Administratifs) และหลักการห้ามล่วงละเมิดการกระทำที่ก่อให้เกิดสิทธิ (L'intangibilité des Actes Créateurs de Droit)” ในขณะที่หัวใจของกฎหมายปกครองเยอรมัน คือ สิทธิของบุคคล (Subjektive Rechte) กฎหมายปกครองเยอรมันจึงมีภารกิจสำคัญเพื่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้ทรงสิทธิจากการใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจมหาชน ดังนั้น หลักการพื้นฐานต่าง ๆ ของกฎหมายปกครองเยอรมันจึงตั้งอยู่บนข้อความคิดเรื่องสิทธิของบุคคล โดยพิจารณาถึงสิทธิและกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ หลักกฎหมายปกครองเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธินี้ นับว่าเป็นเรื่องความชอบธรรมที่สำคัญ (der wichtigste Rechtfertigungsgrund)⁶⁹ ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ด้วยเหตุนี้ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจจึงพัฒนาอย่างเป็นระบบและเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เพราะหลักการนี้สร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้อยู่ใต้การตัดสินใจของรัฐนั่นเอง

ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสองหลักการนี้ ได้แก่ หลักว่าด้วยการห้ามกฎหมายมีผลย้อนหลัง ในขณะที่หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ มุ่งคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของบุคคลผู้อยู่ภายใต้กฎหมายหรือการตัดสินใจของรัฐที่เชื่อว่ากฎหมายหรือการตัดสินใจดังกล่าวของรัฐจะคงอยู่ต่อไป การพิจารณาว่าความเชื่อถือไว้วางใจดังกล่าวสมควรได้รับการคุ้มครองหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาจากสิทธิของบุคคลผู้อยู่ภายใต้กฎหมายหรือการตัดสินใจของรัฐนั้น รวมทั้งพิจารณาถึงความสุจริต (*bonne foi*) โดยดูจากพฤติกรรมของผู้อยู่ภายใต้กฎหมายหรือการตัดสินใจของรัฐนั้น⁷⁰ ซึ่งแต่ละหลักการมีรายละเอียดดังนี้

2.2.2.2 หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ

หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏในระบบกฎหมายทุกระบบและมีบทบาทสำคัญในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป⁷¹ แม้จะไม่ปรากฏคำนิยามของหลักการดังกล่าวในระบบกฎหมายสหภาพยุโรป⁷² แต่การสร้างหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและความชอบธรรมในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐ โดยกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องรับรองสิทธิของประชาชนที่จะรับทราบบทบัญญัติของกฎหมายและ

⁶⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 218 – 219.

⁷⁰ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 126 – 127.

⁷¹ Schermers, Henry G. & Waelbroeck, Denis F. (1992). *Judicial Protection in the European Union* (5th ed.). Netherlands: Kluwer Law International. p. 64.

⁷² Raitio, Juha. (2003). *The Principle of Legal Certainty in EC Law*. Netherlands: Kluwer Academic. p. 125.

เข้าถึงข้อมูลข่าวสารของรัฐโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷³ ผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต้องมั่นใจได้เกี่ยวกับสิทธิ (Rights) และภาระหน้าที่ต่าง ๆ (Obligations) ของตน กล่าวคือ ยิ่งกฎหมายมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากเท่าใดกฎหมายยิ่งต้องมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเท่านั้น⁷⁴ โดยหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะปรากฏในคำพิพากษาของคดี Administration des Douanes v Societe Anonyme Gondrand Freres (1981) ซึ่งเป็นการฟ้องคดี (Lawsuit) เกี่ยวกับการเรียกเก็บภาษีกับผู้เสียภาษีอากร โดยศาลกล่าวว่า กฎระเบียบที่เรียกเก็บเงินกับผู้เสียภาษีอากร (Taxpayer) จะต้องชัดเจนและแม่นยำ เพื่อให้ผู้เสียภาษีอากรปราศจากความคลุมเครือสงสัยในสิทธิและภาระหน้าที่ของตน รวมทั้งขั้นตอนการดำเนินการที่เขาจะต้องดำเนินการต่อไปด้วย⁷⁵

หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะเป็นหลักการที่มีแนวคิดสำคัญว่า บุคคลต้องสามารถเชื่อมั่นในกฎหมายและสิทธิต่าง ๆ ที่เกิดจากกฎหมาย ตลอดจนต้องได้รับการคุ้มครองความเชื่อในผลทางกฎหมาย รวมทั้งมาตรการของฝ่ายปกครองต้องมีความแน่นอนและมีเสถียรภาพ การให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวางจะทำให้ความมั่นคงแห่งนิติฐานะลดลงและเป็นการทำลายสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน เนื่องจากปัจเจกชนจะไม่สามารถกำหนดชีวิตของตนเองได้หากนโยบายของฝ่ายปกครองมีความเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาหรือเปลี่ยนแปลงอย่างกะทันหัน กล่าวคือ ปัจเจกชนไม่สามารถคาดหมายได้ว่าอำนาจดุลพินิจดังกล่าวจะถูกใช้ไปในแนวทางเช่นใด ในขณะที่การแสดงออกและการกระทำของฝ่ายปกครองย่อมก่อให้เกิดความเชื่อถือไว้วางใจขึ้นแก่ปัจเจกชน หากฝ่ายปกครองแปรปรวนในความเชื่อถือไว้วางใจของปัจเจกชนดังกล่าว ย่อมทำให้การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่สามารถคาดหมายได้และก่อให้เกิดความมั่นคงแห่งนิติฐานะเพิ่มมากขึ้น⁷⁶

หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (CE, 25 juin 2007, Syndicat CFDT du ministère des Affaires étrangères, no 304888, no 304890, no 304892, no

⁷³ ชลิตา ลาภผล. (2558). *ปัญหาการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองตามหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหามงคล มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 17.

⁷⁴ Foster, Nigel. (2010). *German legal system and laws* (4th ed.). Oxford: Oxford University Press. p. 181.

⁷⁵ Stott, David. & Felix, Alexandra. (1997). *Principles of Administrative Law*. Great Britain: Cavendish. p. 276.

⁷⁶ เกียรติไกร ไกรแก้ว. (2551). *การคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่มีต่อคำสั่งทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 13 – 16.

304894 ซึ่งเป็นคดีที่สหภาพแรงงานกระทรวงการต่างประเทศ (Syndicat CFDT⁷⁷ du ministère des Affaires étrangères) ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องโดยตรงต่อสภาแห่งรัฐเพื่อขอให้สภาแห่งรัฐพิพากษาเพิกถอนประกาศกระทรวง (les arrêtés) ที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ฉบับลงวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการสอบแข่งขันเข้ารับราชการในตำแหน่งที่ปรึกษาฝ่ายกิจการต่างประเทศ (conseiller des affaires étrangères) ตำแหน่งเลขานุการฝ่ายกิจการต่างประเทศ (Secrétaire des affaires étrangères) และตำแหน่งเลขานุการประจำสำนักงานปฏิบัติกิจการของสถานทูต (Secrétaire de chancellerie) ซึ่งเปิดรับสมัครทั้งบุคคลภายในและบุคคลทั่วไป โดยสภาแห่งรัฐเห็นว่าฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจในการออกกฎ⁷⁸ (le pouvoir réglementaire) ได้ในทุกขณะซึ่งโดยหลักแล้วกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่มีการตราขึ้นนั้นจำเป็นต้องมีผลใช้บังคับอย่างทันที ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง รวมถึงหน่วยงานทางปกครองที่ใช้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์นั้นต้องเคารพหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องกำหนดให้มีบทเฉพาะกาล⁷⁹ (Transitory Provision) หากปรากฏว่าการให้หลักเกณฑ์ใหม่ดังกล่าวมีผลใช้บังคับอย่างทันทีทันใดนั้นจะส่งผลกระทบต่ออย่างร้ายแรงเกินสมควร ทั้งต่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของเอกชน เมื่อคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการตรากฎเกณฑ์

⁷⁷ สมาพันธ์แรงงานเพื่อประชาธิปไตยแห่งฝรั่งเศส (Confédération Française Démocratique du Travail (CFDT)) ทำหน้าที่เป็นเสมือนตัวแทนของรัฐ ตามคำสั่ง ฉบับลงวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1966 และเป็นหนึ่งในสมาชิกของสหภาพระหว่างประเทศ (Confédération Syndicale Internationale (CSI)) (โปรดดู ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์. (2551). หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ: กรณีมีการแก้ไขหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญในการสอบแข่งขันเข้ารับราชการ. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 8(3), หน้า 153.)

⁷⁸ อำนาจในการออกกฎเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารบางประเภทที่สามารถออกกฎข้อบังคับทั่วไปได้ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 (โปรดดู ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์. (2551). หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ: กรณีมีการแก้ไขหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญในการสอบแข่งขันเข้ารับราชการ. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 8(3), หน้า 153.)

⁷⁹ บทเฉพาะกาลเป็นบทบัญญัติที่ใช้เชื่อมต่อเมื่อมีการตรากฎหมายหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายและผู้ร่างกฎหมายต้องการให้มีการบังคับใช้กฎหมายกับเหตุการณ์บางอย่างที่เกิดขึ้นก่อนหรือระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับนั้น เพื่อให้การใช้กฎหมายต่อเนื่องกันระหว่างกฎหมายเก่ากับกฎหมายใหม่ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายของคำว่า “บทเฉพาะกาล” ไว้ว่า หมายถึง บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติให้ใช้เฉพาะในช่วงเวลาหนึ่งหรือกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกิดขึ้นก่อนวันใช้บังคับบทกฎหมายนั้น บทเฉพาะกาลจึงเป็นเสมือนสะพานที่เชื่อมกฎหมายเก่ากับกฎหมายใหม่ในช่วงเริ่มแรกหรือช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อของกฎหมาย (โปรดดู ธรรมนูญฯ (2547). *การเขียนบทเฉพาะกาล*. เอกสารประกอบการบรรยายการฝึกอบรมหลักสูตรนักกฎหมายกฤษฎีกา รุ่นที่ 3 ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา)

ดังกล่าวและเมื่อพิจารณาประกาศกระทรวงการต่างประเทศแล้วเห็นว่า ประกาศดังกล่าวได้แก้ไขลักษณะและวิธีการสอบในส่วนที่เกี่ยวกับภาษาต่างประเทศที่ผู้สมัครสอบแข่งขันสามารถเลือกใช้ในการสอบได้ อีกทั้งเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของแบบทดสอบต่าง ๆ รวมถึงเพิ่มเติมวิธีการตัดคะแนนในการสอบด้วย นอกจากนี้ การสอบแข่งขันในบางตำแหน่งได้มีการเปลี่ยนแปลงแบบทดสอบเกี่ยวกับภาษาต่างประเทศจนส่งผลกระทบต่อแบบทดสอบทางด้านอารยธรรม ประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม สถาบันทางการเมือง ชีวิตทางการเมืองและสังคม ภูมิศาสตร์ทางเศรษฐกิจและมนุษยชาติ ซึ่งประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับอย่างทันทีกับการสมัครสอบแข่งขันที่จะมีขึ้นในระหว่างวันที่ 21 มิถุนายน และวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 ซึ่งจะดำเนินการสอบแข่งขันในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2007 สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า ประกาศดังกล่าวได้เพิ่มเติมสาระสำคัญเกี่ยวกับวิธีการสอบแข่งขัน ซึ่งถือเป็นการสร้างภาระอันเกินสมควร เนื่องจากผู้สมัครสอบแข่งขันต้องใช้เวลาเตรียมตัวเพิ่มขึ้น อีกทั้งต้องฝึกฝนอย่างเป็นพิเศษเพื่อการสอบด้วย ถ้าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การสอบนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับเปลี่ยนวิธีการในการคัดเลือกบุคคลเพื่อเข้ารับราชการให้สอดคล้องกับการทำหน้าที่ทางด้านการทูตหรือกงสุล ประกาศดังกล่าวต้องแสดงให้เห็นถึงประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้นหากมีการบังคับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างทันทีทันใด ดังนั้น การบังคับให้ผู้สมัครสอบแข่งขันต้องแก้ไขปรับเปลี่ยนการเตรียมตัวสอบแข่งขันภายใต้เงื่อนไขหรือสถานะที่มีแนวโน้มจะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคขึ้น ประกาศดังกล่าวจึงสร้างภาระอันเกินสมควรแก่ผู้สมัครสอบแข่งขันเมื่อเปรียบเทียบกับเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่ง ประกอบกับการให้ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับอย่างทันทีทันใด โดยที่ไม่มีการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าหรือให้ผู้สมัครสอบแข่งขันมีเวลาอย่างเหมาะสมเพียงพอในการเตรียมตัว จึงถือว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Secretary of State) ไม่เคารพหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ เมื่อในคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนประกาศดังกล่าวเฉพาะส่วนที่มีได้กำหนดบทเฉพาะกาล สำหรับการสอบแข่งขันเข้ารับราชการในตำแหน่งดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงพิพากษาให้เพิกถอนประกาศกระทรวงการต่างประเทศ ฉบับลงวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 ที่แก้ไขหลักเกณฑ์และวิธีการสอบแข่งขันเพื่อคัดเลือกบุคคลภายในและบุคคลทั่วไปให้เข้ารับราชการในตำแหน่งที่ปรึกษากิจการต่างประเทศ ตำแหน่งเลขานุการฝ่ายกิจการต่างประเทศ และตำแหน่งเลขานุการประจำสำนักงานปฏิบัติกิจการของสถานทูต เฉพาะส่วนที่มีได้กำหนดบทเฉพาะกาลสำหรับการสอบแข่งขันเข้ารับราชการที่จะมีขึ้นในวันที่ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับ⁸⁰

⁸⁰ ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์. (2551). หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ: กรณีมีการแก้ไขหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญในการสอบแข่งขันเข้ารับราชการ. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 8(3), หน้า 154 – 155.

2.2.2.3 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ เป็นแนวคิดที่พัฒนาจากทฤษฎีความไว้วางใจ และทฤษฎีหลักนิติธรรม ซึ่งมีความมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) การทำลายความเชื่อถือไว้วางใจดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อปัจเจกชนผู้ซึ่งไว้วางใจในความสมบูรณ์ของการกระทำของฝ่ายปกครอง สาเหตุของการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจอันชอบด้วยกฎหมายของปัจเจกชน สรุปได้ดังนี้⁸¹

(ก) เพื่อก่อให้เกิดความแน่นอน (Certainty) และคาดหมายได้ (Predictability) ของกฎหมายและการกระทำของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองย่อมก่อให้เกิดความแน่นอนของการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ ยังเป็นการก่อให้เกิดแนวทางที่แน่นอนของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองอีกด้วย

(ข) เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ปัจเจกชน เนื่องจากในบางกรณีที่ปัจเจกชนต้องได้รับความทุกข์ทรมานและความเสียหายจากการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการแตกต่างไปจากความเชื่อถือไว้วางใจของตน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ทำลายความเชื่อถือไว้วางใจของปัจเจกชน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงควรอำนวยความสะดวกให้แก่ปัจเจกชนโดยคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่ปัจเจกชนได้รับกับประโยชน์สาธารณะที่ได้จากนโยบายดังกล่าว และหากปรากฏว่าความเสียหายที่ปัจเจกชนได้รับมีปริมาณมากกว่าผลประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองต้องรับรองคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจอันชอบด้วยกฎหมายของประชาชนดังกล่าว

(ค) เพื่อก่อให้เกิดความเชื่อมั่นในฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เมื่อฝ่ายปกครองรับรองความเชื่อถือความไว้วางใจ (Legitimate Expectation) ของประชาชน ย่อมทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองเกิดความมั่นคงแน่นอน (Certainty) และความคาดหมายได้ (Predictability) หรือเกิดความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย (Legal Certainty) ทำให้ประชาชนสามารถไว้วางใจในผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นและสามารถวางแผนกำหนดชีวิตตนได้ ส่งผลให้เกิดความเชื่อมั่นในรัฐบาลหรือฝ่ายปกครองมากขึ้น ในทางตรงกันข้าม ฝ่ายปกครองอาจไม่ได้รับความเชื่อถือและยอมรับ หากฝ่ายปกครองมีอิสระในการเปลี่ยนแปลงสิ่งที่ตนได้ก่อให้เกิดความเชื่อถือไว้วางใจขึ้นกับประชาชน ดังนั้น การให้ความคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจอันชอบด้วยกฎหมายของประชาชนย่อมช่วยสนับสนุนให้เกิดความเชื่อถือและความมั่นใจในอำนาจปกครอง ซึ่งจะกระตุ้นปัจเจกชนในการมีส่วนร่วมและยอมรับปฏิบัติตามนโยบายหรือคำสั่งของฝ่ายปกครอง

⁸¹ เกียรติกร ไกรแก้ว, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 76, หน้า 19 – 20.

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักการคุ้มครองความเชื่อไว้วางใจมีที่มาแรกเริ่มจากหลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดไว้ตามมาตรา 116 ของรัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรเยอรมัน (Die Verfassung des Deutschen Reichs) ลงวันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 1919 (WRV) โดยหลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญามีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ในระหว่างการปกครองของพรรคแรงงานสังคมนิยมแห่งชาติ หรือพรรคนาซี (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei Nazi Partei)⁸² หลักกฎหมายดังกล่าวถูกยกเลิกโดยรัฐบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1935 ต่อมาเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง และได้มีการก่อตั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesrepublik Deutschland) มาตรา 103⁸³ ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz) ก็ได้บัญญัติหลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญาไว้ดังเดิม หลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญว่ากฎหมายจะไม่มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับแก่ข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นก่อนวันที่กฎหมายใช้บังคับ ดังนั้น บุคคลต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะกระทำการนั้นบัญญัติเป็นความผิด และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยนัยนี้หลักความไม่มีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญาจึงเป็นหลักที่แฝงด้วยแนวคิดในการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของบุคคลในแง่ที่ว่า ในขณะที่บุคคลกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดแล้ว บุคคลนั้นย่อมเชื่อถือได้ว่าจะไม่มีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในภายหลังมาลงโทษการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำดังกล่าว

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้พัฒนาหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจจนกระทั่งปัจจุบันศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ยอมรับว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมีสถานะเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญที่จะต้องพิจารณาประกอบในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายสิ้นสุดลง

⁸² พรรคกรรมกรชาติสังคมนิยมเยอรมัน (NSDAP) หรือพรรคนาซี เดิมมีผู้เข้าร่วมเพียง 7 คน เป็นพรรคการเมืองที่ปกครองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีช่วงไรช์ที่สาม ตั้งแต่ ค.ศ. 1933 จนถึงสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองในปี ค.ศ. 1945 อยู่ใต้การบังคับบัญชาของ ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Davidson, Eugene. (1997). *The Making of Adolf Hitler: The Birth and Rise of Nazism*. Missouri: University of Missouri Press. p. 241.)

⁸³ Article 103

- (1) In the courts everyone is entitled to a hearing in accordance with the law.
- (2) An act can be punished only if it was a punishable offense by law before the act was committed.
- (3) No one may be punished for the same act more than once in pursuance of general penal legislation.

องค์ประกอบทั่วไปของหลักการคุ้มครองความเชื่อไว้วางใจมี 2 ประการ ได้แก่⁸⁴

ประการที่หนึ่ง ความเชื่อของผู้รับคำสั่งทางปกครองต่อสถานะของคำสั่งทางปกครอง บุคคลจะอ้างความเชื่อได้ต้องปรากฏว่ามีพื้นฐานของความเชื่อ (Vertrauensgrundlage) ซึ่งได้แก่ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายปกครอง บทบัญญัติของกฎหมายมีอิทธิพลต่อการสร้างความเชื่อของประชาชนเป็นอย่างมาก เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งหรือรับรองสิทธิของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ในกรณี ที่บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานของความเชื่อถือไว้วางใจขัดต่อกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีได้ประกาศ ความเป็นโมฆะของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ประชาชนสามารถอ้างความเชื่อถือไว้วางใจ ต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนีเคยวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญหรือ กฎหมายรัฐธรรมนูญย่อมตกเป็นโมฆะ (ipso-iure nichtige Norm) กล่าวคือ ถือว่าบทบัญญัติ ของกฎหมายดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้เลย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ได้ก่อตั้งหรือรับรองสิทธิของพลเมือง (Rechtsschein) หรือไม่ ดังนั้น ประชาชนย่อมไม่อาจอ้าง ความเชื่อถือไว้วางใจต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ตกเป็นโมฆะดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยกลับคำพิพากษาดังกล่าวไว้ว่า หากบทบัญญัติ ของกฎหมายที่ตกเป็นโมฆะได้ก่อตั้งหรือรับรองสิทธิของประชาชน (Rechtsschein) แล้ว ย่อมเป็น การเพียงพอที่จะสร้างความเชื่อของประชาชนต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว มีข้อควรพิจารณาว่า คำพิพากษาของศาลเป็นพื้นฐานของความเชื่อได้หรือไม่ นักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่า คำพิพากษา ของศาลเป็นการวินิจฉัยปัญหาเฉพาะราย ดังนั้น จึงผูกพันเฉพาะคู่กรณีในคดีเท่านั้น แต่กรณีที่ ศาลพิจารณาพิพากษาวางหลักกฎหมายเป็นการทั่วไป ซึ่งการวางหลักกฎหมายเป็นการทั่วไปทำให้ ผู้พิพากษาทำหน้าที่เสมือนฝ่ายนิติบัญญัติ ในการตรากฎหมาย ศาลจึงต้องผูกพันกับแนวคำวินิจฉัย ก่อน ๆ ของตนเองหรือคำพิพากษาของศาลชั้นสูง อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีเคยมีคำวินิจฉัยว่า ศาลไม่ผูกพันกับแนวคำวินิจฉัยก่อน ๆ ของตนเองหรือ ของศาลชั้นสูง ซึ่งการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นนี้มีผลเป็นการยืนยันความเป็นอิสระในการพิจารณา พิพากษาคดีของศาล (Judicial Independence) ด้วยเหตุนี้ คู่กรณีจึงไม่อาจอ้างความเชื่อต่อคำพิพากษา ของศาลได้ นอกจากนี้ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อถือไว้วางใจในคำสั่งทางปกครองได้ ต่อเมื่อปรากฏความคงอยู่ของความเชื่อ (Das Bestehen eines Vertrauens) กล่าวคือ ในเบื้องต้น

⁸⁴ วรณรี สิงห์โต. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 66. หน้า 98 – 102.

ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีความรู้เกี่ยวกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมาย อันเป็นพื้นฐานของความเชื่อจึงจะได้รับการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ ในกรณีที่มีความเชื่อนั้น ถูกกระทบ หากในขณะนั้นไม่ปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้มีความเชื่อตั้งที่กฎเกณฑ์ แห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมายกำหนด และมีได้แสดงความเชื่อดังกล่าวออกสู่ภายนอก ให้เป็นที่ประจักษ์ ผู้นั้นย่อมไม่อาจได้รับการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ

ประการที่สอง การคุ้มครองความเชื่อ (Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens) ความเชื่อย่อมได้รับการคุ้มครองหากได้เปรียบเทียบผลดีผลเสียแล้วปรากฏว่า การคุ้มครองประโยชน์ ของคู่กรณีในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นมีความสำคัญมากกว่าการคุ้มครองประโยชน์ ของรัฐในการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุด

ศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นำหลักการคุ้มครอง ความเชื่อถือไว้วางใจมาใช้วินิจฉัยคดี ปรากฏในคำพิพากษา ที่ C 71.63 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1965⁸⁵ ซึ่งเป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้ประกอบการค้าไข่ไก่รายใหญ่รายหนึ่งและได้รับ อนุญาตตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมตลาดการค้าไข่แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1956⁸⁶ ให้เป็นศูนย์รับขึ้นทะเบียนการค้าไข่ไก่ (Eierkennzeichnungsstelle) ได้ยื่นคำร้อง ขอรับเงินช่วยเหลือในการประกันราคาไข่ไก่ (Ausgleichsbeträge) ในช่วงระหว่างเดือนมกราคมถึงเดือน กันยายน ค.ศ. 1959 ในราคาใบละ 0.03 ดอยซ์มาร์ก รวมเป็นเงินจำนวน 240,256.41 ดอยซ์มาร์ก ต่อผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีหน้าที่รับผิดชอบ โดยในคำร้องขอรับเงินดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีได้รับรองตามเงื่อนไขการรับเงินช่วยเหลือไว้ด้วยว่า ผู้ฟ้องคดีได้ขายไข่ไก่ที่มีตราประทับว่า เป็นไข่ไก่สดจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (deutsches Frischei) ตามจำนวนที่แจ้งไว้เท่านั้น และผู้ถูกฟ้องคดีได้จ่ายเงินตามจำนวนที่ผู้ฟ้องคดีขอมาในคำร้อง

ต่อมา ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1959 ปรากฏข้อเท็จจริงต่อผู้ถูกฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดี มิได้จำหน่ายไข่ไก่ที่มีตราประทับ เพราะเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีตรวจสอบ โดยวิธีการสุ่ม (Betriebsprüfung) พบว่าไข่ไก่ของผู้ฟ้องคดีล้วนเป็นไข่ไก่ที่ไม่มีตราประทับทั้งสิ้น อีกทั้ง ยังมีพยานบุคคลจำนวน 5 ราย

⁸⁵ วรารัตน์ ไคขุนทด. (2558). คดีปกครองคลาสสิกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี: การเรียกคืนเงินช่วยเหลือ ของรัฐคืนจากผู้ที่ไม่มียุติได้รับ (ค.ศ. 1965). *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 15(2), หน้า 155.

⁸⁶ เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวเกิดวิกฤติเศรษฐกิจโลกทำให้สินค้าประเภทอาหารราคาสูง เพื่อเป็นการช่วยเหลือ และสนับสนุนกิจการเลี้ยงไข่ไก่ รัฐบาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงออกรัฐบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริม ตลาดการค้าไข่แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1956 โดยเป็นการให้เงินช่วยเหลือในการประกันราคาไข่ไก่ (โปรดดู วรารัตน์ ไคขุนทด. (2558). คดีปกครองคลาสสิกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี: การเรียกคืนเงินช่วยเหลือของรัฐคืนจากผู้ที่ไม่มียุติได้รับ (ค.ศ. 1965). *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 15(2), หน้า 150.)

ยืนยันว่าได้รับชื่อใบไถ่ที่ไม่มีตราประทับจากผู้ฟ้องคดีเป็นประจำ แต่ในใบเสร็จรับเงินของผู้ฟ้องคดี จะระบุว่าเป็นใบไถ่ที่มีตราประทับเสมอ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงออกคำสั่งยกเลิกคำสั่งให้เงินช่วยเหลือ ในการประกันราคาใบไถ่ในรายชื่อผู้ฟ้องคดี (Widerruf der Bewilligungen) พร้อมทั้งออกคำสั่งเรียกเงินช่วยเหลือที่จ่ายไปในงวดดังกล่าวคืน

ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งยกเลิกการให้เงินช่วยเหลือในการประกันราคาใบไถ่ และคำสั่งเรียกเงินคืน (Anfechtungsklage) ต่อศาลปกครองชั้นต้นเมือง Düsseldorf ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นดังกล่าวพิพากษายกฟ้อง ผู้ฟ้องคดีจึงได้ฎีกาตรง (Sprungrevision) ต่อศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพิพากษายกฟ้อง จึงมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องคืนเงินช่วยเหลือการประกันราคาใบไถ่ที่ได้รับไปโดยไม่มีสิทธิให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี

ในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า การที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเงินช่วยเหลือในการประกันราคาใบไถ่ไปจากผู้ถูกฟ้องคดีแล้วนำไปมอบให้เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ไข่ เพราะมีความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในการคืนเงินช่วยเหลือดังกล่าว

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดีรับเงินช่วยเหลือในการประกันราคาใบไถ่ ในฐานะเป็นทรัพย์สิน และได้จ่ายเงินดังกล่าวให้แก่เกษตรกรผู้เลี้ยงไก่ไข่แล้ว ก็ไม่ทำให้ผู้ฟ้องคดีสามารถอ้างบทบัญญัติเรื่องการยกเว้นการจ่ายเงินฐานลวกมือควรถูกคืนตามมาตรา 818 วรรคสาม⁸⁷ ของประมวลกฎหมายแพ่งแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อปฏิเสธไม่จ่ายเงินช่วยเหลือคืนได้ บทกฎหมายข้างต้นมุ่งที่จะคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้ที่ได้รับสิทธิประโยชน์แล้วถูกเรียกสิทธิประโยชน์ที่ได้รับนั้นคืน ทั้งนี้ศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ C 42.57 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 1958 โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการปรับใช้บทบัญญัติข้างต้นว่า ผู้ที่จะอ้างความคุ้มครองนั้นได้ต้องเป็นผู้ที่ได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวมาโดยสุจริตและได้ใช้สิทธิประโยชน์ที่ได้รับนั้นไปแล้ว และผู้ที่แสดงข้อความอันเป็นเท็จจะอ้างความเชื่อถือไว้ว่าวางใจโดยสุจริตไม่ได้

⁸⁷ Section 818 Scope of the claim to enrichment

(1) The duty to make restitution extends to emoluments taken as well as to whatever the recipient acquires by reason of a right acquired or in compensation for destruction, damage or deprivation of the object obtained.

...

(3) The liability to undertake restitution or to reimburse the value is excluded to the extent that the recipient is no longer enriched.

...

2.2.2.4 การใช้หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ

ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปนำหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจไปใช้ในหลายเรื่อง ดังนี้⁸⁸

(1) การห้ามกฎหมายมีผลย้อนหลัง (Retrospective Effect) และการกำหนดให้กฎหมายมีผลใช้ในอนาคต (*in futuro*) หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจเป็นกลไกสำคัญในการจำกัดการตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลัง รวมทั้งการตรากฎหมายโดยยังไม่ให้มีผลตั้งแต่ประกาศใช้แต่ให้มีผลในอนาคต ในหลายประเทศ การตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไม่ได้เป็นข้อห้ามแบบเด็ดขาด แต่ใช้เฉพาะกับกรณีกฎหมายอาญาเท่านั้น กล่าวคือ ห้ามตรากฎหมายอาญา (Criminal Law) ที่มีผลร้ายให้มีผลย้อนหลัง ทั้งนี้เป็นไปตามหลักไม่มีความผิดไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*)

(2) ระบบกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนับเป็นการนำหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจมาใช้ให้เห็นเป็นรูปธรรมมากที่สุด และปรากฏให้เห็นในทุกประเทศ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่เพียงแต่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่อีกด้านหนึ่ง ฝ่ายปกครองต้องคุ้มครองสถานะทางกฎหมายของผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากบุคคลนั้นสุจริต (Honest) และได้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไปแล้ว

อย่างไรก็ดี ในระบบกฎหมายปกครองของแต่ละประเทศในยุโรป อาจกำหนดหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองแตกต่างกันในรายละเอียด แต่อย่างไรก็ตามในสาระสำคัญแล้วก็มีเนื้อหาลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยพิจารณาไปตามลำดับเป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรก พิจารณาว่าความเชื่อถือไว้วางใจของบุคคลต่อการคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นว่ามีความชอบธรรมหรือไม่ เมื่อความเชื่อถือไว้วางใจนั้นชอบธรรมและสมควรได้รับความคุ้มครองแล้ว ต้องพิจารณาต่อไปในขั้นตอนที่สองว่า การคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจนั้นสมควรอยู่เหนือประโยชน์อื่น ๆ หรือไม่ กล่าวคือ การพิจารณาว่าการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจควรมาก่อนความชอบด้วยกฎหมายหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่ โดยในหลักกฎหมายปกครองเยอรมันเห็นว่า เมื่อประชาชนมีความเชื่อถือต่อนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมายจะต้องนำความเชื่อถือดังกล่าวมาซึ่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนว่าสมควรจะยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

⁸⁸ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้ว เชิงบรรณคดีที่ 32. หน้า 129 – 130.

ที่ออกไปแล้วหรือไม่ หากประโยชน์มหาชนมีน้ำหนักหรือความสำคัญมากกว่าจึงจะลบล้างคำสั่งทางปกครองนั้นได้⁸⁹

(3) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจถูกหยิบยกขึ้นเพื่อเป็นเหตุผลในทางกฎหมายบังคับให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพ (Law-abidingness) และปฏิบัติตามกฎหมายที่ตนเองตราขึ้นและรวมไปถึงเอกสารแนวปฏิบัติภายในของหน่วยงาน ปัญหาสำคัญที่มักเกิดขึ้นและยากแก่การตัดสินใจก็คือ ในบางกรณีกฎหมายก็ให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจเลือกได้ว่าจะมีคำสั่งอย่างไรหรือมีมาตรการอย่างไร แต่การให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจอย่างอิสระก็อาจทำให้เกิดความไม่เสมอภาค (Inequality) และเกิดความไม่แน่นอนชัดเจนในการตัดสินใจกระทบต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะและความเชื่อถือไว้วางใจของผู้อยู่ภายใต้การตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงแก้ไขปัญหเหล่านี้ด้วยการกำหนดแนวปฏิบัติขึ้นภายในฝ่ายปกครอง เพื่อวางเกณฑ์ว่าหากมีข้อเท็จจริงหนึ่งเกิดขึ้น ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจตัดสินใจเลือกมาตรการแบบใด แต่ถ้ามีข้อเท็จจริงอีกแบบหนึ่งเกิดขึ้น ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจตัดสินใจเลือกอีกมาตรการหนึ่งแทน เมื่อฝ่ายปกครองกำหนดแนวปฏิบัติ (Guideline) การใช้ดุลพินิจแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม การกำหนดแนวปฏิบัติดังกล่าวต้องไม่เคร่งครัดจนเกินไปหรือถึงขนาดที่ทำให้ฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้ดุลพินิจเลย⁹⁰

2.3 คำสั่งทางปกครองและคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งในระบบกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาคำสั่งทางปกครองและคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งในระบบกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.3.1 คำสั่งทางปกครองและคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งในระบบกฎหมายเยอรมัน

คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) เป็นเครื่องมือในทางกฎหมายของฝ่ายปกครองที่ถูกนำมาใช้มากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับกรกระทำทางปกครอง (öffentlich-rechtliche Verwaltungshandlung) อื่น ๆ เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง คำสั่งนั้นย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลใช้บังคับ (Rechtswirksamkeit des Verwaltungsaktes) ไม่ว่าคำสั่งนั้นจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุที่ว่า ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง (Rechtmäßigkeit des

⁸⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 219.

⁹⁰ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 130.

Verwaltungsaktes) ไม่ส่งผลต่อการมีผลบังคับของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด ผู้รับคำสั่งทางปกครองจึงมีหน้าที่และผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่กรณีที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Nichtiger Verwaltungsakt)⁹¹

2.3.1.1 คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

คำสั่งทางปกครอง หรือ Verwaltungsakt ซึ่งมาจากคำว่า “Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechtes”⁹² เป็นศัพท์เทคนิคในทางกฎหมายและเป็นสถาบันทางกฎหมายที่คิดและกำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ในการประกันสิทธิทางศาลให้แก่ประชาชน (Rechtsschutz) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปกระทบสิทธิของประชาชนภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยกำหนดว่าลักษณะของการกระทำฝ่ายปกครองอย่างไรบ้างจึงจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง⁹³ คำสั่งทางปกครองนับว่าเป็นแกนของกฎหมายปกครองเยอรมัน โดยเยอรมันรับเอาทฤษฎีคำสั่งทางปกครองมาจากกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสและได้มีการนำทฤษฎีนี้มาพัฒนานับตั้งแต่ ค.ศ. 1826⁹⁴ คำสั่งทางปกครองเป็นภาพรวมที่พิจารณาจากมาตรการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองจำนวนมาก ซึ่งมีลักษณะและอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ร่วมกัน เช่น เครื่องหมายจราจร ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารบ้านเรือน คำสั่งห้ามมิให้ประกอบกิจการใบอนุญาตก่อสร้างโรงงานไฟฟ้าปรมาณู หนังสือเรียกเก็บเงิน ค่าอาชกรรมนิยม การอนุมัติให้ทุนการศึกษา การออกประกาศนียบัตรชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายของกระทรวงศึกษาธิการ การเรียกระดมทหารเกณฑ์ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เพื่อสร้างถนน การเพิกถอนสมาคมที่ตั้งขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น มาตรการต่าง ๆ เหล่านี้มีเนื้อหาแตกต่างกัน แต่มีลักษณะร่วมทั่วไปที่เหมือนกัน กล่าวคือ เป็นคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เจาะจงเรื่องเฉพาะรายต่อประชาชนผู้อยู่ภายใต้การกระทำของฝ่ายปกครอง จะเห็นว่า สาระสำคัญที่ถือว่าเป็นองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองก็คือ ลักษณะของการกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะเฉพาะ⁹⁵

เดิมทีนั้นกฎหมายปกครองเยอรมันทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติเดินตามแนวความคิดของ Lorenz von Stein (1815 - 1890) ซึ่งแยกกฎหมายปกครองแต่ละสาขาออกจากกันอย่างเด็ดขาด

⁹¹ นรินทร์ อธิสาร. (ม.ป.ป.). *สิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*, เอกสารวิชาการ, สำนักงานศาลปกครอง

⁹² มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 29.

⁹³ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 141 – 142.

⁹⁴ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 5. หน้า 29.

⁹⁵ สมยศ เชื้อไทย. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3. หน้า 258.

ต่อมา Otto Mayer ได้หาจุดร่วมของรูปแบบในการดำเนินการทางปกครองของแต่ละสาขา แล้วกำหนดรูปแบบตลอดจนขั้นตอนพื้นฐานของการดำเนินการปกครองขึ้น จึงได้ชื่อว่าเป็นบิดาแห่งกฎหมายปกครองเยอรมัน⁹⁶ นอกจากนี้ Otto Mayer ยังเป็นผู้ที่ให้ลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือต่อประชาชนในกรณีเฉพาะราย อันชอบด้วยกฎหมาย ในทางตำราและในทางปฏิบัติมีความเข้าใจและยึดถือนิยามดังกล่าวเป็นอย่างเดียวกัน ตลอดมา ส่วนในบทบัญญัติกฎหมายปรากฏลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองมาเป็นเวลานานแล้ว ในรูปของคำสั่ง คำวินิจฉัย ใบอนุญาต หรือใบยกเว้นพิเศษ และตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 เป็นต้นมาเนื้อหาใจความของคำสั่งทางปกครองเริ่มเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เนื่องจากหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ได้มีการตรากฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลปกครองขึ้นเพื่อประกันสิทธิและคุ้มครองสิทธิให้แก่ประชาชนในการโต้แย้งสิทธิหรือใช้สิทธิทางศาลปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง⁹⁷ และปัจจุบันมีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG)⁹⁸ มาตรา 35 วรรคหนึ่ง⁹⁹ นิยามคำสั่งทางปกครองว่าเป็น คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการ

⁹⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2538). *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 23.

⁹⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 142.

⁹⁸ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองมีทั้งในระดับสหพันธ์และในระดับมลรัฐ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ใช้บังคับกับการกระทำของหน่วยงานทางปกครองของสหพันธ์ ส่วนรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของมลรัฐใช้บังคับกับการกระทำของหน่วยงานทางปกครองของมลรัฐ แต่ละมลรัฐจะมีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองของตนเอง แต่เนื้อหาส่วนใหญ่จะตรงกับรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 โดยรัฐบัญญัติฉบับนี้มาตรา 9 ได้ให้ความหมายคำว่า “วิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง” หมายถึง การกระทำการใด ๆ ของหน่วยงานที่มีผลออกไปภายนอก โดยมุ่งหมายที่จะตรวจสอบเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง การเตรียมการ ตลอดจนการออกคำสั่งทางปกครอง หรือมุ่งหมายที่จะตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครอง จากความหมายดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า การออกคำสั่งทางปกครองหรือการตกลงทำสัญญาทางปกครองนั้นเป็นผลมาจากกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง โดยเหตุที่วิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นกระบวนการและขั้นตอนการกระทำของหน่วยงานที่มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร การกระทำใด ๆ ที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานกับรัฐ จึงเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ภายใน ไม่ตกอยู่ในความหมายของวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองตามรัฐบัญญัติฉบับนี้ (โปรคดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 15 – 16.)

⁹⁹ Section 35 Definition of an administrative act

An administrative act shall be any order, decision or other sovereign measure taken by an authority to regulate an individual case in the sphere of public law and intended to have a direct, external legal effect. A general order shall

ฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องเฉพาะรายในขอบเขตกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก วิวัฒนาการทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองนี้ ทำให้นักวิชาการสามารถแบ่งการกระทำทางปกครองได้อย่างชัดเจนออกเป็นกระทำภายในฝ่ายปกครองที่ไม่มีผลไปสู่ภายนอก เช่น การวางแผน การไต่ตรอง มาตรการคำสั่งภายในฝ่ายปกครองต่าง ๆ เป็นต้น และการกระทำทางปกครองที่มีผลไปสู่ภายนอก กล่าวคือ มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนโดยตรง

ทั้งนี้ สามารถแยกพิจารณาองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองตามนิยามความหมายมาตรา 35 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) ดังกล่าวได้ดังนี้¹⁰⁰

(1) คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการ (Maßnahme) หมายถึง การกระทำทุกอย่างที่มีวัตถุประสงค์ซึ่งอาจแสดงออกด้วยวาจา ดาษลักษณ์อักษร หรือแสดงท่าทางเคลื่อนไหวร่างกาย หรือวิธีการอื่น ๆ เช่น การโบกให้สัญญาณของเจ้าหน้าที่ตำรวจจราจร โดยมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการจราจรบนท้องถนนให้เกิดความคล่องตัวเป็นระเบียบเรียบร้อย ปัจจุบันการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยใช้เครื่องจักรกลมีจำนวนไม่น้อย เช่น การควบคุมการจราจรด้วยสัญญาณไฟจราจร การออกใบเสียบภาษีอากรหรือค่าโทรศัพท์ด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ กรณีดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากภายนอกจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและเครื่องอัตโนมัติ แต่แท้ที่จริงแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้โปรแกรมงานไว้ในเครื่องจักรกลหรือคอมพิวเตอร์นั้นไว้ก่อนแล้ว ลักษณะการกระทำทางปกครองที่เกิดจากเครื่องจักรกลหรือเครื่องคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า “Verwaltungsfabrikate” จึงเป็นมาตรการหนึ่งของคำสั่งทางปกครอง องค์ประกอบข้อนี้เป็นคำสั่ง คำวินิจฉัยหรือมาตรการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวไม่ได้เกิดจากการร่วมเจรจาตกลงกับประชาชนอีกฝ่าย แต่คำว่า “ฝ่ายเดียว” นี้มิได้หมายความว่าประชาชนจะไม่มีส่วนร่วมในการพิจารณาเรื่องของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น สิทธิในการรับฟังและโอกาสที่จะแสดงข้อเท็จจริง การออกคำสั่งทางปกครองบางอย่างยังกำหนดเงื่อนไขว่า จะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถูกระทบสิทธิ (Zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte) เช่น การแต่งตั้งข้าราชการ การลงทะเบียนเป็นนักศึกษาในมหาวิทยาลัยของรัฐ กรณีดังกล่าวนี้ผู้ถูกระทบสิทธิต้องมีเจตนายินยอม คำสั่งดังกล่าวจึงจะมีผลบังคับ

(2) ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Behörde) คือ ส่วนราชการที่รับผิดชอบและปฏิบัติการงานปกครองของอำนาจบริหาร มีข้อสังเกตว่าการเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น มิได้

be an administrative act directed at a group of people defined or definable on the basis of general characteristics or relating to the public law aspect of a matter or its use by the public at large.

¹⁰⁰ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 142 – 153.

พิจารณาในแง่องค์กรเท่านั้น แต่พิจารณาถึงลักษณะเนื้อหาของการกระทำด้วย ทั้งนี้พิจารณาจากกฎหมายเกี่ยวกับการแบ่งส่วนราชการประกอบกับเนื้อหาของงานปกครองตามรัฐบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้อาจมอบหมายให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่งกระทำการแทนในนามของรัฐได้ในบางเรื่อง การกระทำของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลดังกล่าวนี้เป็นการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจึงหมายรวมถึงองค์กรอื่นหรือเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมหาชน (Beleihung) ในการดำเนินกิจการทางปกครองหรือสาธารณกิจบางประเภทด้วย เช่น สมาคมการตรวจสอบมาตรฐานการใช้งานของรถทุกชนิด (TüV) ออกใบตรวจสภาพรถ (Prüfplakette) ให้แก่เจ้าของรถหรือสมาคมวิชาชีพประเภทอื่นที่มีอำนาจออกใบอนุญาตให้กับผู้ประกอบการวิชาชีพนั้น ๆ

(3) กฎเกณฑ์ (Regelung) คำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นข้อกำหนดเฉพาะราย อันมีผลทางกฎหมาย การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองซึ่งในบางกรณีอาจจะต้องรับฟังความเห็นของส่วนราชการอื่นประกอบด้วยและมุ่งต่อผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนา กล่าวคือการก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ การเปลี่ยนแปลง การพิสูจน์ถึงสิทธิและหน้าที่ การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนี้ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชนที่อยู่ในรูปของกฎหมายมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปและนามธรรม (generelle abstrakte Regelung) มาเป็นรูปของคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะราย เจาะจงเฉพาะตัวบุคคลและเป็นรูปธรรม (individualisiert und Konkretisiert)

(4) อำนาจปกครอง (hoheitlich) กล่าวคือกฎเกณฑ์ตามที่ได้อธิบายไว้ในข้อ (3) จะต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ในทางปกครอง หรืออยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครองเท่านั้น ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายจะเห็นได้ว่า กฎหมายมหาชนอื่น ๆ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่เป็นองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองและมิได้ถือเอาองค์กรที่กระทำการเป็นหลัก ตัวอย่างเช่น การที่ประธานาธิบดีประกาศใช้กฎหมายตามมาตรา 82¹⁰¹ แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือการเรียกประชุมสภา เป็นการกระทำตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

¹⁰¹ Article 82 (Promulgation and effective date of legal provisions)

(1) Laws passed in accordance with the provisions of this Basic Law will, after countersignature, be signed by the Federal President and promulgated in the Federal Gazette. Ordinances having the force of law will be signed by the agency which issues them, and unless otherwise provided by law, will be promulgated in the Federal Gazette. (2) Every law and every ordinance having the force of law should specify its effective date. In the absence of such a provision, it becomes effective on the fourteenth day after the end of the day on which the Federal Gazette was published.

แต่การเลิกจ้างหรือปลดข้าราชการรัฐสภาหรือการกำหนดเงินค่าช่วยเหลือในการหาเสียงเลือกตั้งเป็นการกระทำในทางปกครอง

(5) ความมีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก (Die unmittelbare Rechtswirkung nach außen) กล่าวคือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลภายนอกไม่ใช่บุคคลที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ลักษณะนี้ชี้ให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่รัฐเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองราษฎรหรือเอกชนและในฐานะที่รัฐเป็นผู้รักษาประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนจึงทำให้รัฐสามารถรุกเข้าไปแดนเสรีภาพของเอกชนหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ข้อความคิดในเรื่องคำสั่งทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิของราษฎร ดังนั้น จึงกำหนดให้คำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นการกระทำหรือการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองต่อเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองมิใช่การกระทำระหว่างฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองด้วยเหตุนี้ระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง แนวปฏิบัติ หรือคำสั่งแนะในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง¹⁰² หรือกรณีที่มีผู้บังคับบัญชาสั่งให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นในความรับผิดชอบของตนกระทำการตามที่สั่งภายในขอบเขตของงาน (innerdienstliche Weisungen)¹⁰³ ซึ่งอาจอยู่ในรูปของหนังสือเวียนคำสั่งภายใน แนวปฏิบัติและแนวการใช้ดุลพินิจนั้นไม่ใช่กฎหมาย แต่มีผลเป็นกฎหมายภายในของฝ่ายปกครอง ไม่มีผลโดยตรงไปสู่ภายนอกจึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่เป็นความสัมพันธ์ขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ที่ก่อหรือเปลี่ยนแปลงนิติฐานะของบุคคล เช่น คำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัยของผู้บังคับบัญชา เป็นต้น ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เพราะว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือข้าราชการนั้นมีความสัมพันธ์กับรัฐใน 2 ฐานะ คือ ฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐซึ่งไม่มีสิทธิและหน้าที่ของตัวเอง เพราะเป็นเพียงเครื่องมือในการแสดงเจตนาของรัฐ ความสัมพันธ์ในฐานะนี้ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองแต่เป็นเรื่องการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่ราชการ และในฐานะที่เป็นเอกชนซึ่งมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับรัฐ ในฐานะนี้ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ขั้นพื้นฐานระหว่างบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐหรือข้าราชการกับรัฐ นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในฐานะนี้จัดเป็นคำสั่งทางปกครองเพราะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนนั่นเอง

(6) การกระทำที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาที่จะกำหนดนิติฐานะหรือสิทธิหน้าที่ของบุคคล ด้วยเหตุนี้คำสั่งทางปกครองจึงมิได้หมายความรวมถึงการกระทำทางปกครองที่เป็นการปฏิบัติการหรือการกระทำในทางข้อเท็จจริงด้วย เพราะการปฏิบัติการนั้นไม่มีปัญหาในเรื่อง

¹⁰² ชาญชัย แสงวงศ์ดี และมานิตย์ วงศ์เสรี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4. หน้า 37 – 38.

¹⁰³ กมลชัย รัตนสากววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 149.

ความสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ แต่เป็นเรื่องความรับผิดชอบในความเสียหายเนื่องจากการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วนั่นเอง

2.3.1.2 คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง¹⁰⁴ (Begünstigender Verwaltungsakte) ในระบบกฎหมายเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมันปรากฏคำว่า “คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง” ในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 48 และมาตรา 49 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) ซึ่งมาตรา 48 ดังกล่าวได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง” หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งหรือรับรองสิทธิหรือประโยชน์ในทางกฎหมาย (Ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat) โดยคำว่า “ประโยชน์” มิได้มีความหมายเฉพาะประโยชน์อันเกิดจากสิทธิเท่านั้น แต่หมายรวมถึงประโยชน์ในทางกฎหมาย (einer rechtlich erhebliche Vorteil) ด้วย การแปลความหมายของคำว่า “ประโยชน์อันเกิดจากสิทธิ” จึงต้องพิจารณาตามความหมายของสิทธิ (Recht) ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO) ที่กำหนดว่า “หากบทบัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น คำฟ้องจะชอบด้วยกฎหมาย เมื่อผู้ฟ้องคดีถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครอง หรือการปฏิเสธหรือละเว้นไม่ออกคำสั่งทางปกครองอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ฟ้องคดี” ดังนั้น คำว่า “สิทธิ” ในที่นี้จึงหมายถึง ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองหรือรับรองจากระบบกฎหมาย (Rechtsordnung) แต่ทั้งนี้ประโยชน์ในที่นี้ มุ่งเน้นว่าเป็นประโยชน์ตามธรรมชาติในเชิงเศรษฐกิจและเป็นผลโดยตรงจากคำสั่งทางปกครอง ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้สิทธิหรือประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง เช่น ใบอนุญาตต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานตำรวจหรือฝ่ายปกครอง ใบอนุญาตให้ปลูกสร้างที่อยู่อาศัย ใบอนุญาตให้ใช้สถานที่ต่าง ๆ เป็นต้น¹⁰⁵

คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งตามมาตรา 48 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) นั้น ต้องพิจารณาในส่วนของผู้รับคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะ โดยไม่พิจารณาถึงบุคคลที่สาม ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว แม้ว่าการได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลเป็นการก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลที่สามก็ตาม ตัวอย่างเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งในระบบกฎหมายเยอรมัน เช่น คำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการขจัดการะ

¹⁰⁴ วรณรี สิงห์โต. (2555). คำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์. *วารสารกฎหมายปกครอง*, (29) ตอน 2, หน้า 65–66.

¹⁰⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้ว *เชิงอรรถ* ที่ 6. หน้า 217.

หรือลดภาระ การที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลเป็นการขจัดภาระหรือลดภาระก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง แต่ทั้งนี้ค่าเสียหายที่อาจได้รับจากคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระไม่ถือว่าเป็นการให้ประโยชน์ที่สัมพันธ์กับคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระนั้น เนื่องจากมิได้ก่อให้เกิดสิ่งที่ดีกว่าอย่างแท้จริง¹⁰⁶

นอกจากนี้ คำสั่งทางปกครองที่ให้ผลประโยชน์ข้างเคียง กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองที่มีองค์ประกอบเป็นการให้ประโยชน์ซึ่งเป็นเพียงผลกระทบข้างเคียงย่อมมิใช่คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง เช่น สิทธิเรียกร้องในการควบกิจการ หรือสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือผลกระทบอย่างเบาบางโดยปราศจากนัยสำคัญต่อผู้รับคำสั่ง

จากที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้นว่า คำว่า “คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง” นั้น ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการลบล้างคำสั่งทางปกครอง จึงเห็นได้ว่าหลักการเกี่ยวกับการลบล้างคำสั่งทางปกครองมีส่วนสัมพันธ์กับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งเป็นอย่างมาก ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งมากยิ่งขึ้น จึงต้องศึกษาพิจารณาหลักการลบล้างคำสั่งทางปกครองดังกล่าวด้วย

2.3.1.3 หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน

คำสั่งทางปกครองอาจสิ้นผลบังคับได้เมื่อถูกเพิกถอนเพราะความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือถูกยกเลิกเพราะข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในภายหลังได้เปลี่ยนแปลงไป แล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นการสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น¹⁰⁷

(1) แนวคิดในการลบล้างคำสั่งทางปกครอง

ในระบบกฎหมายเยอรมันมีแนวความคิดดั้งเดิมว่าคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมาแต่เริ่มแรกแต่ต่อมามีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ที่เป็นพื้นฐานของคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ จนทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นกลายเป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในภายหลัง คำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้สามารถจะใช้หลักการเกี่ยวกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 48 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) ได้ ซึ่งแนวความคิดนี้มาจากคำสอนที่ถือตามมาตรา 49 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติเดียวกันอย่างเคร่งครัดว่า การลบล้างคำสั่งทางปกครองจะมีผลตั้งแต่เมื่อลบล้างเป็นต้นไป (ex nunc) แต่คำสอนนี้ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับกรณีคำสั่งทางปกครองที่รัฐอนุมัติเงินจ่ายให้เอกชนเพื่อส่งเสริม

¹⁰⁶ วรณรี สิงห์โต. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 104. หน้า 68 – 69.

¹⁰⁷ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 180.

ทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในขณะที่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ปรากฏว่าเมื่อเอกชนได้รับเงินแล้วเอกชนผู้รับเงินกลับมิได้ใช้จ่ายเงินให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ จึงมีประเด็นปัญหาว่าหากยึดถือตามคำสอนดั้งเดิม รัฐจะไม่สามารถเรียกเงินที่จ่ายไปแล้วคืนมาได้ จึงทำให้ต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติของเยอรมันจึงได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติม (Amendment) รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 มาตรา 49 วรรคสาม โดยเพิ่มเหตุแห่งการลบล้างคำสั่งทางปกครองว่าคำสั่งทางปกครองอาจถูกลบล้างได้เมื่อคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการอนุมัติให้จ่ายเงิน หรือการอนุมัติทรัพย์สินที่แบ่งแยกได้เพื่อให้ดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์บางอย่างบางประการ หากผู้ได้รับประโยชน์ไม่ใช้จ่ายเงินนั้นให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการนั้น เจตนารมณ์ของการแก้ไขกฎหมายมาตรานี้ เพื่อให้รัฐสามารถเรียกเงินที่จ่ายไปแล้วคืนได้¹⁰⁸ กล่าวคือ เป็นการให้ผลของการยกเลิกคำสั่งย้อนหลังไปในอดีตได้โดยรัฐบัญญัติในส่วนที่แก้ไขนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1996

(2) หลักเกณฑ์ในการลบล้างคำสั่งทางปกครองในชั้นฝ่ายปกครอง

การลบล้างคำสั่งทางปกครองในชั้นฝ่ายปกครอง (Aufhebung) คือ การทำให้ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การลบล้างคำสั่งทางปกครองสามารถเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ ในขั้นตอนของการอุทธรณ์ภายในอำนาจบริหาร โดยการริเริ่มของผู้ถูกระทบสิทธิจากคำสั่งทางปกครองนั้นประการหนึ่งหรืออาจกระทำนอกเหนือขั้นตอนของการอุทธรณ์ ซึ่งแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ การยกเลิกคำสั่งทางปกครองและการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แม้ในภาษาธรรมดาทั่วไปการยกเลิกและการเพิกถอนมีความหมายทำนองเดียวกัน แต่ในหลักกฎหมายปกครองเยอรมันมีความจำเป็นที่จะต้องนำคำว่า “ยกเลิก” และ “เพิกถอน” มาใช้ในความหมายที่แตกต่างกัน¹⁰⁹ โดยคำว่า “เพิกถอน” ใช้แทนคำว่า “Rücknahme” และคำว่า “ยกเลิก” แทนคำว่า “Widerruf”¹¹⁰

¹⁰⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2540). *การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง*, เอกสารนำเสนอในที่ประชุมวิชาการ เรื่อง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. ณ โรงแรมริเจนท์ชะอำ จังหวัดเพชรบุรี ระหว่างวันที่ 10 – 12 ตุลาคม 2540. หน้า 7.

¹⁰⁹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 214 – 215.

¹¹⁰ คำว่า “Rücknahme” แปลเป็นภาษาไทยได้ตรงตัวหมายถึง การดึงกลับ เช่น คำพูดหากพูดไปแล้วมีการดึงกลับ จึงเทียบได้กับคำในภาษาไทยว่า “ถอนได้” ซึ่งตามแนวความคิดของเยอรมันใช้สำหรับกรณีที่การกระทำทางปกครองขัดต่อกฎหมายมาแต่เริ่มแรก ส่วนคำว่า “Widerruf” แปลเป็นภาษาไทยได้ตรงตัวหมายถึง บอกล้างหรือบอกละ ซึ่งตามแนวความคิดของเยอรมันใช้สำหรับกรณีที่การกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมาแต่เริ่มแรก (โปรดดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2540). *การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครอง*, เอกสารนำเสนอในที่ประชุมวิชาการ เรื่อง

(2.1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Rücknahme) ซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือ Rücknahme ในภาษาเยอรมัน ตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า “Withdrawal” และคำในภาษาฝรั่งเศสว่า “Retrait” การแปลศัพท์คำว่า “Rücknahme” ว่า “Withdrawal” ปรากฏในตำรา German Administrative Law in Common Law Perspective ของ Singh¹¹¹ ซึ่งหมายถึงการลบล้างคำสั่งทางปกครองทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังไม่ถึงระดับโมฆะ¹¹² หรืออาจเรียกว่า “คำสั่งทางปกครองที่เป็น โมฆียะ”¹¹³ เป็นการแก้ไขข้อผิดพลาด

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. ณ โรงแรมริเจนท์ชะอำ จังหวัดเพชรบุรี ระหว่างวันที่ 10 – 12 ตุลาคม 2540. หน้า 5.)

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ รศ. ดร.กมลชัช รัตนสกาวงศ์ ใช้คำว่า “ยกเลิก” แทนคำว่า “Rücknahme” และใช้คำว่า “เพิกถอน” แทนคำว่า “Widerruf” (โปรดดู กมลชัช รัตนสกาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 215.)

¹¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2. หน้า 196.

¹¹² รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) ได้บัญญัติเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองไว้ในบทบัญญัติมาตรา 44 แม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วโอกาสที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองให้เกิดข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงถึงระดับโมฆะกรรมนี้จะมีน้อยมาก แต่การที่บัญญัติให้ชัดเจนเป็นพัฒนาการของระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะเมื่อมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเป็นที่ยอมรับอย่างแข็งขัน (besonders schwerwiegende Fehler und offenkundung) ความผิดพลาดอย่างร้ายแรงนี้อาจเป็นความผิดพลาดทางกฎหมายในทางรูปแบบก็ได้ แต่จะต้องเป็นความผิดพลาดที่เห็นได้อย่างเด่นชัด (auf der Stirn tragen) แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้มีการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่ามันผิดพลาดอย่างแข็งขัน แม้กฎหมายปกครองเยอรมันจะให้ความสำคัญกับกฎหมายในทางรูปแบบค่อนข้างจะเบาบางกว่ากฎหมายในทางเนื้อหา แต่ในบางกรณีกฎหมายในทางรูปแบบบางเรื่องก็มีความสำคัญมาก เช่น หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยฝ่าฝืนหลักกฎหมายในทางรูปแบบในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องข้อห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ตนเองตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง อนุมาตรา 1 คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเป็นโมฆะ เป็นต้น ดังนั้น หากความผิดพลาดของคำสั่งทางปกครองมีความร้ายแรงและแข็งขันถึงขนาดวิญญูชนทั่วไปวินิจฉัยได้เอง ประกอบกับหลักความยุติธรรมโดยเนื้อหาแล้ว (das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit) ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับสภาพบังคับของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จึงเกิดหลักโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองขึ้น (โปรดดู กมลชัช รัตนสกาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 167 – 168.)

¹¹³ คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่มีข้อบกพร่องไม่ถูกต้องตามกฎหมายตามเกณฑ์การพิจารณาคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ความบกพร่องดังกล่าวยังไม่ร้ายแรงถึงระดับกลายเป็นโมฆะกรรมตามมาตรา 44 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) ความหมายของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะดังกล่าว แม้จะไม่ปรากฏด้วยบทกฎหมายบัญญัติเป็นบทนิยามไว้เป็นการเฉพาะ

ในการออกคำสั่งทางปกครอง (Fehlerkorrektur) ซึ่งหากไม่ลบล้างแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลบังคับกับผู้รับคำสั่งทางปกครองต่อไป

(2.1.1) แนวความคิดและแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) ก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นเบื้องต้นร่วมกันว่าคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกเพิกถอน การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ ภายใต้หลักนิติรัฐ ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันกับกฎหมายและตัวบทกฎหมาย และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นข้าราชการก็จะต้องมีวินัยและมีความรับผิดชอบที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่สั่งการให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้น ความผูกพันกับตัวบทกฎหมายจะต้องมาก่อนความผูกพันในเรื่องอื่น ๆ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะและเป็นประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง (Rücknahme der begünstigenden Verwaltungsakte) จะมีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิประโยชน์ของผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะในเรื่องความเชื่อถือ (Vertrauen) ของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่มีต่อฝ่ายปกครองว่าเขาได้รับสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายในการดำเนินการจัดการกับสิ่งต่าง ๆ ตามสิทธิที่ตนได้รับ ด้วยเหตุนี้ความเชื่อถือของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่มีต่อตัวคำสั่งทางปกครองจึงต้องได้รับความคุ้มครอง เว้นแต่กฎหมายจะได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งหรืออนุญาตให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงความเชื่อถือหรือความไว้วางใจที่มีต่อคำสั่งทางปกครองของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นนั่นเอง ซึ่งแนวความคิดนี้ ต่อมาได้พัฒนาเป็นหลักกฎหมายปกครองหลักหนึ่งของเยอรมัน เรียกว่า “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ (Vertrauensschutz)” อันเป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งนิติรัฐ (Kern des rechtsstaatlichen Verfassungsrechts) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในเวลาต่อมา และกลายเป็นหลักการที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือและปฏิบัติโดยเคร่งครัด ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าหลักการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmässigkeit und Gesetzmässigkeit) จะต้องมาก่อนการชั่งประโยชน์ทางกฎหมายเสมอไป ในบางกรณีหากพิจารณาแล้วเห็นว่าการคุ้มครองความเชื่อถือของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองที่มีต่อคำสั่งทางปกครองนั้นมีความสำคัญยิ่งกว่า ในกรณีเช่นนี้ก็จำเป็นต้องปล่อยให้คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะมีสภาพบังคับอยู่ต่อไปโดยไม่ถูกลบล้าง (contra legem) อย่างไรก็ตาม ศาลในขณะนั้นได้พยายามที่จะกำหนด

หรือเป็นบททั่วไปอย่างเช่นบทบัญญัติเรื่องโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิบัติกันมาจนเป็นที่ยอมรับกันอย่างไม่มิข้อโต้แย้ง (โปรดดู กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 168.)

ขอบเขตการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อคำสั่งทางปกครองว่า ประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่อาจอ้างหลักกฎหมายปกครองดังกล่าวได้ถ้าต้นเหตุแห่งโมฆิยะกรรมอยู่ในความรับผิดชอบของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง เช่น ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้กระทำการฉ้อฉลข่มขู่หรือให้สินบนในการยื่นคำร้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ตนหรือเขาได้ให้ข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์ หรือกรณีที่เขาไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์ดังกล่าวเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเขาเอง

นอกจากนี้ ในกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นแบบผสม กล่าวคือ ในคำสั่งทางปกครองเดียวกันมีผลเป็นทั้งภาระและเป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองรวมอยู่ในตัวเอง (Verwaltungsakten mit Doppelwirkung) คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ไม่มีหลักกฎหมายพิเศษเฉพาะที่จะนำมาใช้ในขณะนั้น ศาลปกครองมลรัฐเมืองมิวนิคเคยมีความเห็นว่าการพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องยึดถือการกำจัดการของประชาชนให้สิ้นไปมาก่อนการรักษาคุณประโยชน์ของเขาเอาไว้ แต่ความเห็นนี้ไม่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปเพราะจะต้องพิจารณาหลักกฎหมายปกครองเรื่องการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครองด้วย ส่วนขอบเขตของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆิยะจะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับในอนาคต (ex nunc) เว้นแต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะกระทำการหรือใช้สิทธิไม่สุจริต เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชอบที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้ผลการเพิกถอนย้อนหลังไปตั้งแต่ต้นเมื่อเริ่มออกคำสั่งทางปกครอง (ex tunc) แต่ถ้าไม่ระบุขอบเขตการเพิกถอนให้ชัดเจนก็จะยอมรับกันเพียงว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวถูกเพิกถอนนับแต่วันที่มีคำร้องเพิกถอนเป็นต้นไป¹¹⁴

(2.1.2) บทบัญญัติเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG)¹¹⁵

บทบัญญัติเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆิยะ (Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes) ถูกบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 48 โดยหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 48 นี้ มีวิวัฒนาการทางความคิดมาจากหลักกฎหมายเยอรมันที่ยึดถือว่า คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนได้เสมอ โดยอาศัยกฎหมายปกครองเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ (Gesetzmässigkeitsgrundsatz) สาเหตุของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองคือความไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อมีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์

¹¹⁴ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 219 – 223.

¹¹⁵ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 224 – 225.

ค.ศ. 1976 แล้ว หลักกฎหมายปกครองเรื่องการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครอง (Vertrauensschutz) จะถูกนำมาพิจารณาจำกัดการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง (begünstigender Verwaltungsakt) จึงเห็นได้ว่าหลักกฎหมายปกครองทั้งสองหลักนี้เมื่อนำมาใช้ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะมีความขัดแย้งกันอยู่คนละด้าน ด้านหนึ่งฝ่ายปกครองต้องดำเนินการให้คำสั่งทางปกครองถูกต้องสอดคล้องหรือชอบด้วยกฎหมายอยู่เสมอ (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes) อีกด้านหนึ่ง เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองมีความเชื่อถือไว้วางใจในคำสั่งทางปกครอง จึงควรให้คำสั่งทางปกครองมีผลบังคับต่อไป แม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมาตรา 48¹¹⁶ บัญญัติว่า

¹¹⁶ § 48 Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes

(1) Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), darf nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 zurückgenommen werden.

(2) Ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, darf nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, wenn er

1. den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat;

2. den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren;

3. die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

In den Fällen des Satzes 3 wird der Verwaltungsakt in der Regel mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen.

(3) Wird ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der nicht unter Absatz 2 fällt, zurückgenommen, so hat die Behörde dem Betroffenen auf Antrag den Vermögensnachteil auszugleichen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Absatz 2 Satz 3 ist anzuwenden. Der Vermögensnachteil ist jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus zu ersetzen, das der Betroffene an dem Bestand des Verwaltungsaktes hat. Der auszugleichende Vermögensnachteil wird durch die Behörde festgesetzt. Der

“(1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งได้อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ แต่ถ้าคำสั่งทางปกครองที่เป็นการก่อตั้งหรือรับรองสิทธิหรือประโยชน์นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์ การเพิกถอนเป็นไปตามวรรคสองถึงวรรคสี่

(2) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงินหรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ไม่อาจกระทำได้เมื่อผู้รับประโยชน์มีความเชื่อต่อสถานะของคำสั่งทางปกครองและเมื่อเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระหว่างความเชื่อของผู้รับประโยชน์กับประโยชน์สาธารณะในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองแล้วความเชื่อของผู้รับประโยชน์สมควรได้รับความคุ้มครอง โดยหลักแล้วความเชื่อย่อมได้รับความคุ้มครองเมื่อผู้รับประโยชน์ได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือ ได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี กรณีดังต่อไปนี้ ผู้รับประโยชน์ไม่อาจอ้างความเชื่อได้

1. ผู้นั้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มิชอบด้วยกฎหมาย
2. ผู้นั้นได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ
3. ผู้นั้นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้เช่นนั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

กรณีตามวรรคสอง เจ้าหน้าที่ที่สามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตได้

(3) เมื่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อยู่ในบังคับของวรรคสองถูกเพิกถอนแล้ว ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริต

Anspruch kann nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden; die Frist beginnt, sobald die Behörde den Betroffenen auf sie hingewiesen hat.

(4) Erhält die Behörde von Tatsachen Kenntnis, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes rechtfertigen, so ist die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme zulässig. Dies gilt nicht im Falle des Absatzes 2 Satz 3 Nr. 1.

(5) Über die Rücknahme entscheidet nach Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes die nach § 3 zuständige Behörde; dies gilt auch dann, wenn der zurückzunehmende Verwaltungsakt von einer anderen Behörde erlassen worden ist.

โปรดดู คำแปลบทบัญญัติมาตรา 48 เป็นภาษาอังกฤษได้ในภาคผนวก ก.

ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองและเมื่อเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระหว่างความเชื่อและประโยชน์สาธารณะแล้ว ความเชื่อสมควรได้รับความคุ้มครอง ให้นำวรรคสอง ประโยคที่สาม มาใช้บังคับด้วย คำทดแทนความเสียหายตามมาตรานี้จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน ให้เจ้าหน้าที่พิจารณากำหนดคำทดแทนความเสียหาย ผู้รับประโยชน์ต้องร้องขอคำทดแทนภายในหนึ่งปีนับแต่ได้รับแจ้งการเพิกถอนนั้น

(4) เจ้าหน้าที่ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในหนึ่งปีนับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ความในประโยคที่หนึ่ง ไม่ใช้บังคับแก่วรรคสอง ประโยคที่สาม ข้อ 1

(5) เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัตินี้มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจโต้แย้งได้รวมถึงอำนาจพิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่คนก่อนซึ่งเคยปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเดียวกัน”¹¹⁷

อย่างไรก็ดี เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1996 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 โดยได้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเรียกเงินหรือทรัพย์สินที่รัฐอนุมัติหรือจ่ายให้แก่เอกชน โดยบัญญัติขึ้นใหม่เป็นมาตรา 49a โดยนำความเข้าใจในทางวิชาการและคำวินิจฉัยที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹¹⁸ ที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยการเรียกคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปโดยปราศจากฐานทางกฎหมาย (Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายมหาชนมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยสิทธิเรียกร้องในการเรียกคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ตามหลักกฎหมายดังกล่าวนี้จะต้องพิจารณาจากการถ่ายโอนทรัพย์สินหรือประโยชน์ว่าเป็นการถ่ายโอนทรัพย์สินหรือประโยชน์ภายใต้นิติสัมพันธ์ (Legal Relation) ของกฎหมายมหาชน (Public Law) หรือไม่ หากเป็นการถ่ายโอนในรูปแบบคำสั่งทางปกครองแล้วย่อมถือว่าเป็นการได้ไปซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่มีฐานทางกฎหมายรองรับและต่อมาเมื่อคำสั่งทางปกครองนั้น

¹¹⁷ วรณรี สิงห์โต. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 66. หน้า 106 – 107.

¹¹⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ C 71.63 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1965 ซึ่งได้วางหลักกฎหมายที่เรียกว่า “ทฤษฎีย้อนศร (Kehrseitentheorie)” อันมีสาระสำคัญว่า การเรียกเงินคืนของหน่วยงานทางปกครองจะเกิดขึ้นในทางเดียวกันกับการที่ประชาชนได้รับสิทธิประโยชน์จากรัฐ (Die Rückforderung erfolgt in gleicher Weise wie die Begründung des Leistungsverhältnissen) กล่าวคือ กรณีที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งทางปกครองใดเพื่อให้ประชาชนได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมาย หน่วยงานทางปกครองนั้นก็สามารออกคำสั่งทางปกครองเพื่อเรียกสิทธิประโยชน์คืนได้เช่นกัน (โปรดดู วรรัตน์ ไคขุนทด. (2558). คติปกครองคลาสสิกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี: การเรียกคืนเงินช่วยเหลือของรัฐคืนจากผู้ที่ไม่ได้มีสิทธิได้รับ (ค.ศ. 1965). *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 15(2), หน้า 155 – 156.)

ถูกเพิกถอนไปการเรียกคืนทรัพย์สินหรือประโยชน์ดังกล่าวย่อมต้องดำเนินการในรูปแบบคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกับการถ่ายโอนทรัพย์สินหรือประโยชน์นั้น¹¹⁹ โดย มาตรา 49a วรรคหนึ่ง¹²⁰ บัญญัติว่า “กรณีที่มีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังไป หรือกรณีที่คำสั่งทางปกครองสิ้นผลไปโดยเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใด ให้คืนทรัพย์สินหรือสิทธิประโยชน์ที่ได้รับไป โดยให้กำหนดทรัพย์สินหรือหนี้สินที่ต้องส่งคืนในรูปแบบของคำสั่งทางปกครอง”¹²¹

จากบทบัญญัติในมาตรา 48 ดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งได้ดังนี้

1) หลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ที่เป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และความเชื่อในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นชอบธรรมและสมควรได้รับการคุ้มครองหรือไม่ ทั้งนี้ มาตรา 48 ได้กำหนดกรณีที่ว่าความเชื่อในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมควรได้รับการคุ้มครอง และบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ในกรณีดังนี้

(ก) คำสั่งทางปกครองเกิดจากการหลอกลวง (Swindling) ข่มขู่ (Threaten) หรือให้สินบน (Bribe)

(ข) ได้มีการให้ข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่ครบถ้วนแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยการให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับคำสั่งทางปกครอง

¹¹⁹ ชาญพิชัย อุ่นแสง. (2558). *สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือที่หน่วยงานทางปกครองเรียกให้ข้าราชการคืนสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นเงินที่ได้รับไปโดยไม่มีสิทธิ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 87 – 88.

¹²⁰ § 49a Erstattung, Verzinsung

(1) Soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden oder infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist, sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten. Die zu erstattende Leistung ist durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen.

...

โปรดดู คำแปลบทบัญญัติมาตรา 49a เป็นภาษาอังกฤษได้ในภาคผนวก ก.

¹²¹ ชาญพิชัย อุ่นแสง. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 119. หน้า 89.

(ค) ผู้รับคำสั่งทางปกครองรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง หรือไม่รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence)

หากผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง และได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการอันเกี่ยวกับประโยชน์ที่ได้รับไปแล้วโดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ หรืออาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้แต่จะสร้างความเสียหายแก่บุคคลนั้นเกินสมควร กรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่จะถือว่าเป็นผู้ได้รับความเสียหายที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 48 นี้ ต้องปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ให้ความเชื่อถือหรือความไว้วางใจต่อคำสั่งทางปกครองก่อนแล้วจึงดำเนินการจัดการทรัพย์สินหรือสิทธิอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง

ในการพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนและความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองนี้จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ซึ่งอาจพิจารณาว่าการออกคำสั่งทางปกครองนั้นมีวิธีพิจารณาที่เป็นรูปแบบเคร่งครัดเพียงพอ ถ้ากฎหมายกำหนดวิธีพิจารณาไว้อย่างเคร่งครัดมีขั้นตอนมาก ความเชื่อถือของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่มีต่อคำสั่งทางปกครองเช่นว่านี้ย่อมมีมากขึ้น การซึ่งน้ำหนักดังกล่าวอาจนำไปสู่การเพิกถอนบางส่วนหรือให้มีผลนับแต่วันที่ที่มีคำสั่งเพิกถอนเป็นต้นไป (ex nunc) หรือมีผลย้อนหลังไปในอดีตนับแต่วันที่ออกคำสั่งทางปกครอง (ex tunc) หรือให้เริ่มนับมีผลเป็นการเพิกถอนในอนาคตเวลาหนึ่งเวลาใด (Pro Futuro) ตัวอย่างเช่น นาย ก. ได้รับอนุมัติให้ได้รับเงินช่วยค่าเช่าบ้านจากรัฐเป็นรายเดือน เดือนละ 4,000 บาท โดยให้มีผลนับแต่เดือนมีนาคม 2561 เป็นต้นไป นาย ก. จึงได้ทำสัญญาเช่าบ้านเริ่มตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม 2561 ถึง 31 ธันวาคม 2561 ในราคา 4,000 บาท เพราะนาย ก. เชื่อว่าเขาจะได้รับเงินช่วยเหลือค่าเช่าบ้าน จำนวน 4,000 บาท มาจ่ายค่าเช่าบ้านดังกล่าวได้ตลอดระยะเวลาสัญญาเช่า ต่อมาวันที่ 1 ธันวาคม 2561 เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้เพิกถอนคำสั่งอนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้านดังกล่าวเพราะออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่จะเป็นการยุติธรรมถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้ผลบังคับของคำสั่งทางปกครองเริ่มตั้งแต่วันที่ 31 ธันวาคม 2561 เพื่อให้เวลาแก่นาย ก. ในการหาที่อยู่อาศัยใหม่ที่เหมาะสมต่อไป

2) หลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์อื่นที่ไม่ใช่การให้เงิน ให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่แบ่งแยกได้

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งแต่ไม่ได้เป็นการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นที่แบ่งแยกได้ เช่น ใบอนุญาต คำสั่งแต่งตั้ง

บุคคลให้รับตำแหน่ง ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจกระทำได้โดยแบ่งแยกเป็นส่วน ดังนั้น หากจะเพิกถอนก็ต้องเพิกถอนทั้งหมด¹²²

การพิจารณาว่าจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเหล่านี้หรือไม่ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจต้องพิจารณาว่าบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองมีความเชื่อถือโดยสุจริตในการดำรงอยู่ของคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และต้องชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจตัดสินใจเพิกถอน และเป็นกรณีที่มีความเชื่อถือโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองสมควรได้รับความคุ้มครอง เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจต้องชดใช้ค่าทดแทนให้กับความเสียหายที่บุคคลผู้รับคำสั่งได้รับ

อนึ่ง ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทั้งสองกรณี ฝ่ายปกครองต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ภายในระยะเวลา 1 ปี นับแต่วันที่รู้เหตุที่ทำให้ตัดสินใจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น

(2.1.3) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹²³ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะยึดหลักกฎหมายเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิ (Rechtssicherheit) และหลักสุจริต (Treu und Glauben) มาเป็นข้อพิจารณาสำคัญในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หลักความมั่นคงแห่งสิทธิถือเอาผลบังคับของคำสั่งทางปกครองโดยไม่คำนึงถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่คำนึงถึงความมีผลบังคับที่คงอยู่อย่างต่อเนื่องตลอดไปของคำสั่งทางปกครอง (Bestandskraft) อย่างไรก็ตาม ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องพิจารณาหลักกฎหมายปกครองเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายควบคู่กับหลักกฎหมายปกครองเรื่องการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครองเสมอและเมื่อข้อพิจารณาหลักกฎหมายทั้งสองนี้ได้แย้งซึ่งกันและกัน จึงต้องมีการชั่งน้ำหนักเพื่อเลือกว่าหลักใดมีความสำคัญกว่า (Abwägung) ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงได้วางแนววินิจฉัยว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งสามารถกระทำได้แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อคำสั่งทางปกครอง โดยความเชื่อถือไว้วางใจต่อคำสั่งทางปกครองที่ศาลให้การยอมรับและคุ้มครองนั้นมีหลักเกณฑ์การพิจารณา ดังนี้

(ก) ผู้ที่ได้รับคุณจากคำสั่งทางปกครองจะต้องเชื่อในความถูกต้องของคำสั่งทางปกครอง

(ข) ความไว้วางใจนี้ควรที่จะได้รับความคุ้มครอง (schutzwürdig)

¹²² ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 134.

¹²³ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 226 – 228.

(ค) ประโยชน์ในการคุ้มครองความเชื่อถือของประชาชนต่อคำสั่งทางปกครองนี้ เมื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ในการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชน มีความสำคัญยิ่งกว่า

(ง) ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ลงไปเกี่ยวกับคุณประโยชน์หรือสิทธิที่เขาได้รับจากคำสั่งทางปกครองนั้น

อย่างไรก็ดีก็มีกรณีที่ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีปฏิเสธ ไม่คุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนผู้รับคำสั่งด้วยในกรณีดังต่อไปนี้

(ก) ผู้ที่ได้รับคุณประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองใช้วิธีการที่มีชอบด้วยกฎหมาย ในการได้มาซึ่งคำสั่งทางปกครอง เช่น หลอกลวง ข่มขู่ หรือให้สินบน เป็นต้น

(ข) ผู้ที่ได้รับคุณประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองทราบถึงความไม่ชอบ ด้วยกฎหมายหรือควรจะต้องทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

(ค) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นจากความรับผิดชอบของผู้ที่ได้รับ คุณประโยชน์ เช่น ให้ข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องไม่ว่าจะจงใจหรือไม่ก็ตาม

ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้วินิจฉัยเรื่องการเพิกถอน คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งให้เกิดความเป็นธรรมตามแต่ลักษณะคดี ดังนี้

- คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับอย่างต่อเนื่อง (Verwaltungsakt mit Dauerwirkung) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องให้การเพิกถอนมีผลนับแต่วันที่ที่มีคำสั่งเพิกถอน เป็นต้นไป มิใช่มีผลย้อนหลังไปในอดีตนับแต่วันที่ออกคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม หากผู้รับ คำสั่งทางปกครองได้ดำเนินการตามสิทธิที่เขาได้รับจากคำสั่งทางปกครองไปแล้ว ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การดำรงชีวิตของเขาในลักษณะที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อีกแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจ เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้อีกไม่ว่าจะให้ผลนับแต่วันที่ที่มีคำสั่งเพิกถอน เป็นต้นไป หรือ มีผลย้อนหลังไปในอดีตนับแต่วันที่ออกคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจกระทำได้อีกต้องให้ผลการเพิกถอน มีผลในอนาคตเท่านั้น

- ในกรณีของคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งที่มี ผลบังคับเพียงครั้งเดียว เมื่อได้ปฏิบัติบังคับแล้วก็สิ้นผลไปไม่มีผลบังคับอย่างต่อเนื่อง หากผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์ไปบ้างแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชอบที่จะเพิกถอน คำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้เพียงบางส่วนเท่านั้น (Teiltrücknahme) ต่อมาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีได้พัฒนาแนวคำวินิจฉัยในกรณีนี้ว่า การจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยจะให้ผล เมื่อใดนั้นจะต้องพิจารณาตัวผู้รับคำสั่งทางปกครองว่าเขาอยู่ในวิสัยหรือฐานะจะกลับคืนสู่สภาพเดิม

(zumutbar) ได้หรือไม่¹²⁴ ข้อพิจารณาดังกล่าวนี้นำไปใช้กับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทั้งที่เกี่ยวกับการให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ เช่น เงินเดือน เงินทุน เงินช่วยเหลือ เป็นต้น และคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์อื่นที่มีใช้การให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่แบ่งแยกได้ เช่น การรับราชการ ทหารเกณฑ์ การออกใบอนุญาตให้ตั้งมูลนิธิเอกชน การพิสูจน์สัญชาติ การออกใบอนุญาตให้ปลูกสร้างอาคารบ้านเรือน เป็นต้น ดังนั้น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เหมาะสมและเป็นธรรมจึงควรมีหลักเกณฑ์ที่ยืดหยุ่นระหว่างหลักกฎหมายปกครองเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายและเรื่องการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อคำสั่งทางปกครอง

(2.2) การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง (Widerruf) ซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง หรือ Widerruf ในภาษาเยอรมัน ตรงกับคำในภาษาอังกฤษว่า “Revocation” และตรงกับคำในภาษาฝรั่งเศสว่า “Abrogation หรือ Révocation” การแปลศัพท์คำว่า “Widerruf” ว่า “Revocation” ปรากฏในตำรา German Administrative Law in Common Law Perspective ของ Singh ซึ่งมีความหมายหมายถึงการลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ ในขณะที่ออกคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ต่อมาภายหลังขณะที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวยังมีผลบังคับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งเป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่งทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่เริ่มแรกดังกล่าวให้สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในภายหลัง หรือให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในส่วนของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ได้เปลี่ยนแปลงไปในภายหลังนี้จะต้องกระทำการลบล้างโมฆะกรรมดังกล่าวตามหลักเกณฑ์การยกเลิกคำสั่งทางปกครอง

(2.2.1) แนวความคิดและแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองก่อนการประกาศใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG)¹²⁵ การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามแนวคิดดั้งเดิมนั้น เห็นว่า การยกเลิกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีปัญหาให้ต้องพิจารณาทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติทำนองเดียวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรืออาจเรียกว่า “เป็นโมฆะ” และเพิกถอนเพราะสาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว (reiner actus contrarius) ส่วนการยกเลิกคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำในทางปกครองที่อิสระ มีลักษณะ

¹²⁴ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 227.

¹²⁵ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 231 – 238.

พิเศษเฉพาะตัว ไม่ใช่การไปแก้ไขคำสั่งทางปกครองเดิมซึ่งชอบด้วยกฎหมายขณะที่มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น การยกเลิกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งและชอบด้วยกฎหมายจึงกระทำโดยทันทีไม่ได้ จะต้องให้เหตุผลพิเศษในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองด้วย เพราะในยุคสมัยใหม่นิติสัมพันธ์พื้นฐานระหว่างรัฐและประชาชน โดยเฉพาะเรื่องการอนุมัติและใบอนุญาตต่าง ๆ มีอยู่เป็นจำนวนมากและประชาชนจะต้องอาศัยคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ เหล่านี้ ในการประกอบอาชีพหรือจัดการเกี่ยวกับสิทธิและทรัพย์สินของตนมากขึ้นกว่ายุคดั้งเดิมเป็นเท่าทวี จึงทำให้ความต้องการที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิของประชาชนย่อมมีมากขึ้นเป็นเท่าทวีด้วยเช่นกัน แนวคำพิพากษาของศาลในยุคนั้นจึงมุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยกำหนดขอบเขตการยกเลิกคำสั่งทางปกครองไว้แคบมาก

แนวคิดในยุคต่อมามีความเห็นเพิ่มเติมว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งตนเป็นผู้ออกเพราะเหตุที่คำสั่งทางปกครองเป็นอุปสรรคหรือเพราะตนไม่เห็นด้วยกับการใช้ดุลพินิจเดิมของตนแล้วไม่ได้ จะกระทำการยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้เฉพาะแต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่การจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดด้วย โดยเงื่อนไขในการใช้อำนาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองนี้อาจเกิดจากการเปลี่ยนแปลงทางข้อเท็จจริงหรือความประพฤติการปฏิบัติตนของผู้รับคำสั่งทางปกครองอันเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครองหรือกรณีที่ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในคำสั่งทางปกครอง (Auflage) หรือปฏิบัติตนฝ่าฝืนข้อผูกพันในคำสั่งทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกำหนดข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง (Widerrufsvorbehalt) ไว้อย่างชัดแจ้งในคำสั่งทางปกครอง แต่ข้อสงวนสิทธิดังกล่าวไม่ได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอย่างอิสระในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง การจะยกเลิกคำสั่งทางปกครองตามข้อสงวนสิทธิจะต้องมีมูลเหตุชั่งใจในเนื้อหา (sachliche Motiv) ที่เป็นสาระสำคัญ โดยศาลปกครองปรัสเซีย (Das Preußische Oberverwaltungsgericht) วินิจฉัยว่า ข้อสงวนสิทธิในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องมีลักษณะชัดแจ้ง (deklaratorische Bedeutung) เช่น การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการอนุญาตให้ปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจ ก็จะต้องมีเหตุยกเลิกที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจ มิใช่กำหนดข้อสงวนสิทธิขึ้นเพื่อฝ่ายปกครองเป็นต้น และนอกจากจะต้องมีมูลเหตุชั่งใจในเนื้อหาแล้วยังจะต้องรับฟังผู้รับคำสั่งทางปกครองด้วย ทั้งนี้ การยกเลิกคำสั่งทางปกครองโดยอ้างข้อสงวนสิทธิดังกล่าวนี้จะทำให้ฝ่ายปกครองมีหลักประกันเรื่องความยืดหยุ่นในการบริหารและปฏิบัติราชการในระดับหนึ่งที่จะถือว่าการยกเลิกคำสั่งทางปกครองไม่กระทบกระเทือนถึงการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่ในขณะที่เดียวกันก็จะทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีภาระการพิสูจน์ (Beweislast) ว่าข้อเท็จจริงตามข้อสงวนสิทธิ

ที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้เกิดขึ้นจริงหรือไม่ ส่วนการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายนั้น คำสอนทางตำราในอดีตยังไม่เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม หากการใช้สิทธิที่เป็นประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองของผู้รับคำสั่งทางปกครองขัดกับหลักสุจริต (gegen Treu und Glauben) แล้วคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจถูกยกเลิกได้เสมอ

ข้อพิจารณาพื้นฐานในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองอยู่ที่สิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้เมื่อประโยชน์ของมหาชนอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชนเฉพาะในเรื่องที่จะยกเลิกเท่านั้น แต่ฝ่ายปกครองไม่อาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองไปกระทบสิทธิอื่น ๆ ของผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ เนื้อหาของสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งจะต้องคุ้มครอง (Schutzgut) ในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองคือ การคุ้มครองสิทธิของประชาชนทางมหาชน (das subjektive öffentliche Recht) ซึ่งหมายถึงความคาดหวังของประชาชนที่เชื่อว่ารัฐจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้สอดคล้องกับการดำเนินชีวิตของประชาชนในสังคมยุคใหม่ที่ประชาชนจะต้องเกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองเป็นอย่างมาก ดังนั้น จึงต้องตีความสิ่งที่มุ่งคุ้มครองหรือสิทธิของประชาชนทางมหาชนให้กว้าง มิใช่การตีความเฉพาะตามหลักวิชาการเท่านั้น ทั้งนี้ ในขณะนั้น ศาลปกครองมลรัฐเมืองฮัมบวร์ค (Das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht) ก็มีความพยายามที่จะพิจารณาขอบเขตของสิทธิทางมหาชน¹²⁶ ที่ควรได้รับการคุ้มครองดังกล่าวนี้ว่าจะขยายขอบเขตไปกว้างเพียงใด โดยมีคำวินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับการยกเลิกใบอนุญาตของฝ่ายปกครองที่ให้ตั้งรถเข็นวางของขายหน้าสถานีรถไฟ โดยมีประเด็นวินิจฉัยว่า การยกเลิกใบอนุญาตดังกล่าวจะกระทำได้หรือไม่ เพราะผู้รับคำสั่งทางปกครองได้เริ่มดำเนินการประกอบกิจการดังกล่าวที่ได้รับอนุญาตไปแล้ว ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ประกอบอาชีพตั้งรถเข็นวางขายแล้วและยังคงประกอบอาชีพดังกล่าวอยู่โดยอาศัยใบอนุญาตเดิม ดังนั้น ผู้รับคำสั่งทางปกครองจึงควรได้รับความคุ้มครองจากกรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าสิ่งที่มุ่งคุ้มครอง (Schutzgut) มิได้พิจารณาว่าต้องเป็นสิทธิหรือสภาพแห่งสิทธิตามกฎหมายเท่านั้นที่จะได้รับการคุ้มครอง แต่ศาลได้พิจารณาไปถึงเรื่องการดำเนินชีวิตทางเศรษฐกิจด้วย ทั้งนี้ แนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวได้กลายเป็นแนวบรรทัดฐานว่า การยกเลิกคำสั่งทางปกครองจะกระทำไม่ได้เมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้เริ่มดำเนินการในสิ่งที่ได้รับอนุญาตเพราะมีความเชื่อถือในคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการอนุญาตให้ปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างและผู้รับคำสั่ง

¹²⁶ สิทธิมหาชนเป็นสิทธิในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองของรัฐ โดยทั่วไปคือ สิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองที่มีต่อรัฐ เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการเลือกตั้ง สิทธิที่จะเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ สิทธิในการชุมนุม โดยสงบปราศจากอาวุธ เป็นต้น (โปรดดู สมยศ เชื้อไทย. (2560). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 38.)

ได้เริ่มหรือก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างตามที่ได้รับอนุญาตไปแล้ว¹²⁷ แนวคำวินิจฉัยบรรทัดฐานนี้¹²⁷ ได้ถูกพัฒนา
นำไปใช้กับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งในเรื่องอื่น ๆ ด้วย จึงทำให้
ฝ่ายปกครองจำต้องมีหลักเกณฑ์การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่แน่นอนชัดเจน ทั้งนี้เพราะ
ในความเป็นจริงคำสั่งทางปกครองในลักษณะเดียวกันนี้มีเป็นจำนวนมาก ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว
ผู้รับคำสั่งก็มักจะได้ใช้สิทธิที่ได้มาจากคำสั่งทางปกครองไปแล้วไม่มากนักน้อย และหากฝ่ายปกครอง
จะยึดถือแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองมลรัฐเมืองซัมบวร์กดังกล่าวข้างต้นเป็นหลักในการปฏิบัติ
ก็จะทำให้ฝ่ายปกครองแทบจะไม่มีโอกาสที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้เลย ในทางปฏิบัติจึงไม่อาจ
นำแนวคำวินิจฉัยบรรทัดฐานของศาลดังกล่าวมายึดเป็นหลักกฎหมายได้¹²⁸

อย่างไรก็ดี ในยุคดั้งเดิมนี้ก็มีแนวคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองบางประเภท
อันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งฝ่ายปกครองไม่สามารถยกเลิกคำสั่งทางปกครอง
ดังกล่าวได้ คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ ได้แก่

(ก) คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิทางแพ่ง (privatrechtsgestaltende
Verwaltungsakte) ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองลักษณะพิเศษที่จะพบในกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจ
ปกครองผู้เยาว์ (Vormundschaftsrecht) ในปัจจุบันคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะขยายขอบเขตกว้าง
ไปถึงกฎหมายเศรษฐกิจและกฎหมายแรงงาน (Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht) คำสั่งทางปกครอง
ในลักษณะดังกล่าวนี้เมื่อมีผลบังคับแล้วไม่อาจยกเลิกได้ด้วยเหตุผลเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิ
(Rechtssicherheit) โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งในเรื่องอำนาจ
ปกครองผู้เยาว์และต่อมาได้มีการจดทะเบียนโดยฝ่ายปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจยกเลิก
การจดทะเบียนได้

(ข) คำสั่งทางปกครองที่เป็นการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ การยกเลิก
คำสั่งทางปกครองในตัวของมันเองก็เป็นคำสั่งทางปกครองด้วย ถ้าฝ่ายปกครองประสงค์จะให้คำสั่ง
ทางปกครองที่ถูกยกเลิกไปแล้วมีผลบังคับใช้ขึ้นมาใหม่อีกครั้ง และยังอยู่ในระยะเวลาอุทธรณ์
ได้แย้งคัดค้านแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถลบล้างคำสั่งยกเลิกได้ แต่หากพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้ง
ดังกล่าวแล้วถ้าฝ่ายปกครองประสงค์จะให้คำสั่งที่ถูกยกเลิกไปฟื้นคืนชีพ ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่ง
ทางปกครองอันใหม่เท่านั้น ไม่อาจลบล้างคำสั่งยกเลิกได้

ทั้งนี้ การยกเลิกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง
มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลบังคับในอนาคต ทั้งนี้ เมื่อการยกเลิกคำสั่งทางปกครอง

¹²⁷ Nolte, Georg. (1994). *General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison
in Historical Perspective*. Cambridge: Blackwell. p. 203.

¹²⁸ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 235.

เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจว่าจะดำเนินการยกเลิกหรือไม่ จึงต้องมีกำหนดระยะเวลาสำหรับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองประเภทที่เป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยระยะเวลาเช่นนี้อาจกำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครองได้ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ อย่างชัดเจนว่ากระทำมิได้ โดยฝ่ายปกครองต้องแจ้งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองให้ผู้รับคำสั่งทราบเสมอ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนก็ตาม โดยจะต้องกระทำอย่างชัดเจน มีเหตุผลพิเศษในการยกเลิกและจะต้องแจ้งเหตุผลดังกล่าวนี้ให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งถูกระทบกระเทือนสิทธิทราบด้วย

แนวความคิดดั้งเดิมที่กล่าวมาข้างต้นนี้ได้ถูกนำมาพัฒนาต่อมาจนมีการบัญญัติไว้ในหลักเกณฑ์การยกเลิกคำสั่งทางปกครองในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) โดยกำหนดให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งสามารถถูกยกเลิกได้เท่าที่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายเท่านั้น

(2.2.2) บทบัญญัติเรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) บทบัญญัติเรื่องการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes) บัญญัติไว้ในมาตรา 49¹²⁹ โดยบัญญัติว่า

¹²⁹ § 49 Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes

(1) Ein rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, außer wenn ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste oder aus anderen Gründen ein Widerruf unzulässig ist.

(2) Ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt darf, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden,

1. wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist;

2. wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat;

3. wenn die Behörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;

4. wenn die Behörde aufgrund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, soweit der Begünstigte von der Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder aufgrund des Verwaltungsaktes noch keine Leistungen empfangen hat, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;

5. Um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

§ 48 Abs. 4 gilt entsprechend.

“(1) คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งได้อาจถูกยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วน โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ยกเลิกหรือมีผลในอนาคตเว้นแต่เป็นกรณีที่ต้องทำคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาทำนองเดียวกันนั้นอีก หรือเป็นกรณีที่การยกเลิกไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุอื่น

(2) คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งได้อาจถูกยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วน โดยให้มีผลในอนาคตเฉพาะเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

1. มีกฎหมายกำหนดให้ยกเลิกได้หรือมีข้อสงวนสิทธิให้ยกเลิกได้ในคำสั่งทางปกครองนั่นเอง
2. คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติแต่ไม่มีการปฏิบัติภายในเวลาที่กำหนด
3. ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เช่นนี้ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่ยกเลิกจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

(3) Ein rechtmäßiger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung zu Erfüllung eines bestimmten Zweckes gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, kann, auch, nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden,

1. wenn die Leistung nicht, nicht alsbald nach der Erbringung oder nicht mehr für den in dem Verwaltungsakt bestimmten Zweck verwendet wird,

2. wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat.

§ 48 Abs. 4 gilt entsprechend.

(4) Der widerrufenen Verwaltungsakt wird mit dem Wirksamwerden des Widerrufs unwirksam, wenn die Behörde keinen anderen Zeitpunkt bestimmt.

(5) Über den Widerruf entscheidet nach Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes die nach § 3 zuständige Behörde, dies gilt auch dann, wenn der zu widerrufende Verwaltungsakt von einer anderen Behörde erlassen worden ist.

(6) Wird ein begünstigender Verwaltungsakt in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 3 bis 5 widerrufen, so hat die Behörde den Betroffenen auf Antrag für den Vermögensnachteil zu entschädigen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen schutzwürdig ist. § 48 Abs. 3 Satz 3 bis 5 gilt entsprechend. Für Streitigkeiten über die Entschädigung ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

โปรดดู คำแปลบทบัญญัติมาตรา 49 เป็นภาษาอังกฤษได้ในภาคผนวก ก.

4. บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีบทกฎหมายเช่นนี้ ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่การยกเลิกในกรณีนี้ให้กระทำได้เท่าที่ผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และหากไม่ยกเลิกจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

5. อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว

ให้นำมาตรา 48 วรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(3) คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งได้ซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สิน หรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่แน่นอนหรือเป็นเงื่อนไขการใช้เงิน อาจถูกยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วนโดยจะให้มีผลย้อนหลังไปในอดีตได้ในกรณีดังต่อไปนี้

1. มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง

2. ผู้รับประโยชน์มิได้ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามข้อกำหนดในคำสั่งทางปกครอง

ให้นำมาตรา 48 วรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(4) คำสั่งทางปกครองที่ถูกยกเลิกไม่มีผลบังคับใช้ เมื่อคำสั่งยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับ เว้นแต่ปรากฏว่ามีการกำหนดเวลาใช้บังคับไว้เป็นอย่างอื่น

(5) เจ้าหน้าที่ตามมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญคดีนี้มีอำนาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจโต้แย้งได้รวมถึงอำนาจพิจารณายกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่คนก่อนซึ่งเคยปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเดียวกัน

(6) ในกรณีที่มีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้ประโยชน์เพราะเหตุตามวรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ข้อ 3 ถึงข้อ 5 ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนค่าเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองและความเชื่อดังกล่าวสมควรได้รับความคุ้มครองให้นำมาตรา 48 วรรคสาม ประโยคที่สามถึงประโยคที่ห้า มาใช้บังคับโดยอนุโลมข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าทดแทนความเสียหายอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม¹³⁰

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถพิจารณาหลักเกณฑ์การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 สรุปได้ดังนี้

¹³⁰ วรณาริ สิงห์โต. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 66. หน้า 108 – 109.

คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมถูกยกเลิกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ โดยการยกเลิกนั้นต้องมีผลไปในอนาคตเท่านั้น เพราะก่อนหน้าที่จะมีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายเสมอมา จึงต้องให้มีผลทางกฎหมายตลอดช่วงเวลานั้น ในกรณีที่นอกจากคำสั่งทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอีกด้วย การยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็จะทำได้ยากขึ้น และต้องมีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดอย่างยิ่ง เนื่องจากหลักกฎหมายเรื่องความชอบด้วยกฎหมายต้องการให้คำสั่งทางปกครองนี้ดำรงอยู่ต่อไปเพราะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อพิจารณาจากหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจก็ต้องการให้คำสั่งทางปกครองนี้คงอยู่ต่อไปเช่นกัน เพราะคำสั่งทางปกครองได้ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม มาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 ได้กำหนดเหตุแห่งการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ได้ใน 5 กรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง เมื่อมีข้อสงวนสิทธิในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองไว้อย่างชัดเจน (Widerrufsvorbehalt) คำสั่งทางปกครองอาจถูกยกเลิกได้เมื่อมีข้อสงวนสิทธิเรื่องการยกเลิกไว้ในขณะออกคำสั่งทางปกครองและมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นต้องตรงกับข้อสงวนสิทธิดังกล่าว ตามมาตรา 49 วรรคสอง อนุมาตรา 1

กรณีที่สอง ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่กระทำการตามข้อกำหนดในคำสั่งทางปกครองที่ได้กำหนดให้ตนมีหน้าที่ต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง (Nichterfüllung einer Auflage) คำสั่งทางปกครองอาจถูกยกเลิกได้ เมื่อมีข้อกำหนดในคำสั่งทางปกครองนั้นผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้ดำเนินการตามข้อกำหนดนั้นหรือไม่ได้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามมาตรา 49 วรรคสอง อนุมาตรา 2 การพิจารณายกเลิกคำสั่งทางปกครองตามเหตุในข้อนี้จำเป็นต้องนำหลักกฎหมายปกครองเรื่องความจำเป็นและความสมควรแก่เหตุ (die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit) มาใช้ในการพิจารณา ตัวอย่างเช่น การยกเลิกใบอนุญาตที่ได้มีการก่อสร้างตามใบอนุญาตนั้นแล้ว โดยให้เหตุผลเพียงว่า ผู้รับคำสั่งไม่ได้กระทำการตามข้อกำหนด แต่หากข้อกำหนดที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอ้างขึ้นเป็นสาเหตุของการยกเลิกดังกล่าวไม่ใช่ข้อกำหนดที่เป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว การที่ฝ่ายปกครองนำข้อกำหนดดังกล่าวมาเป็นเหตุยกเลิกคำสั่งทางปกครอง ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สมควรแก่เหตุ เนื่องจากมีความเห็นว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องพยายามในเบื้องต้นเพื่อให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวเสียก่อน

กรณีที่สาม กรณียกเลิกคำสั่งทางปกครองด้วยเหตุปรากฏมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป (Änderung der Tatsachenlage) การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยเหตุตามกรณีนี้สามารถกระทำได้หากปรากฏเงื่อนไข ดังนี้¹³¹

1) หากข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นใหม่ในภายหลังเกิดมีอยู่ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะปฏิเสธที่จะออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้แก่ผู้ร้องขอ

2) หากไม่ยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ

ดังนั้น หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขหรือสาระสำคัญแห่งสิทธิประโยชน์อันได้รับจากคำสั่งทางปกครองเปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจดุลพินิจในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้ เช่น ในการอนุญาตสัมปทาน (Enfranchisement) แก่ นาย ก. เพื่อจัดทำบริการสาธารณะมีข้อกำหนดว่าผู้รับสัมปทานจะต้องไม่เป็นบุคคลล้มละลาย (Bankrupt) ซึ่งในขณะที่ นาย ก. มาขออนุญาตสัมปทานนั้น นาย ก. ไม่มีข้อบกพร่องดังกล่าว แต่ในเวลาต่อมาภายในกำหนดของสัมปทาน นาย ก. กลายเป็นบุคคลล้มละลาย ถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญอันพิเคราะห์ได้ว่าหากมีข้อเท็จจริงลักษณะนี้ปรากฏในชั้นขออนุญาต ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิเสธการให้สัมปทานแก่ นาย ก. และด้วยเหตุการณที่ นาย ก. เป็นบุคคลล้มละลายย่อมส่งผลกระทบต่อการดำเนินบริการสาธารณะ (Public Service) อันอาจกระทบต่อผลประโยชน์มหาชนได้ ในกรณีนี้ ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจดุลพินิจในการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

กรณีที่สี่ กรณียกเลิกคำสั่งทางปกครองเพราะเหตุข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป (Änderung der Rechtslage) การยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยเหตุตามกรณีนี้มีองค์ประกอบ ดังนี้

1) มีการเปลี่ยนแปลงในข้อกฎหมายภายหลังจากออกคำสั่งทางปกครอง อันส่งผลให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) หากไม่ยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหาย (Damage) แก่ประโยชน์มหาชน

3) ผู้รับคำสั่งทางปกครองยังไม่ได้ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครองให้ก่อสร้างอาคารสูง 20 ชั้น ต่อมา มีการออกกฎหมายใหม่ห้ามมิให้สร้างอาคารสูงเกินกว่า 15 ชั้น เพราะอาคารที่สูงเกินกว่า 15 ชั้น อยู่นอกเหนือขีดความสามารถในการดับเพลิงของเจ้าหน้าที่ หากนาย ก. ยังมีได้ลงมือก่อสร้างอาคารตามที่ได้รับอนุญาต ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

¹³¹ เกียรติไกร ไกรแก้ว. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 76. หน้า 49 – 51.

ดังนั้น หากผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ตนได้ใช้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงในข้อกำหนดทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองต้องคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของผู้รับคำสั่ง กล่าวคือ ไม่อาจใช้อำนาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

กรณีที่ทำ หากไม่ยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นจะเกิดความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ (Abwehr schwerer Nachteile für das Gemeinwohl) โดยทั่วไปแล้วคำสั่งทางปกครองถือเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุผลตามที่ได้ตั้งเป้าหมายไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นเครื่องมืออันทำให้บรรลุผลตามนโยบายของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงสามารถยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองให้สอดคล้องกับนโยบายของตนได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่ง ฝ่ายปกครองจะยกเลิกคำสั่งทางปกครองเพียงอาศัยเหตุนโยบายของตนเปลี่ยนแปลงไปไม่ได้ เพราะคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจก่อให้เกิดความเชื่อถือไว้วางใจในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวขึ้น การที่ฝ่ายปกครองมีอิสระในการยกเลิกคำสั่งดังกล่าวย่อมเป็นการทำลายความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชนผู้รับคำสั่ง และอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับคำสั่งได้ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงควรคำนึงและสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์เอกชน และผลประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ

ในระบบกฎหมายเยอรมันไม่ปรากฏบทบัญญัติชัดเจนที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองยกเลิกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยเหตุนโยบายของฝ่ายปกครองเปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 49 วรรคสอง ข้อ 5 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (VwVfG) ซึ่งวางหลักไว้ว่า “คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นคุณแก่ผู้รับคำสั่งสามารถยกเลิกได้หากเป็นไปได้ด้วยเหตุเพื่อคุ้มครองไม่ให้เกิดผลเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะอันได้แก่ความผาสุกของประชาชน หรือเพื่อจัดความเสียหายดังกล่าวให้พ้นไป จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองอาจยกเหตุแห่งนโยบายว่าเป็นไปเพื่อคุ้มครองความผาสุกของประชาชน หรือเพื่อจัดความเสียหายดังกล่าวเป็นนโยบายเพื่อยกเลิกคำสั่งทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม ประโยชน์สาธารณะที่จะนำมาอ้างนั้น จะต้องอยู่ในระดับที่มีความสำคัญมากจริง ๆ

2.3.2 คำสั่งทางปกครองและคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีหลักการพื้นฐานว่า การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงมีการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์หรือมีอำนาจพิเศษ (Les Prérrogatives) เหนือฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง (Les Administrés) เอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษนี้เป็สิ่งที่จะช่วยทำให้ฝ่ายปกครองสามารถที่จะดำเนิน

กิจกรรมต่าง ๆ ที่มีผลทางกฎหมายได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณี ในบรรดา เอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่มีอยู่เหนือเอกชนนั้น เอกสิทธิ์หรืออำนาจที่สำคัญที่สุดของฝ่ายปกครองคือคำสั่งฝ่ายเดียว (La Décision Unilatérale) คำสั่งฝ่ายเดียวได้แก่การที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ก่อให้เกิดข้อผูกพันหรือสิทธิต่าง ๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้อยู่ใต้ปกครอง เอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษดังกล่าวนี้ สภาแห่งรัฐได้ให้การรับรองไว้ในคำวินิจฉัยคดี Huglo เมื่อปี ค.ศ. 1982 ว่าลักษณะที่มีผลบังคับได้เองทันที (Le Caractère Exécutoire) ของคำสั่งทางปกครองเป็นหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายมหาชน (Règle Fondamentale du Droit Public)¹³²

2.3.2.1 คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

(1) ความหมายของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

คำสั่งทางปกครอง (La Décision Exécutoire) คือ คำสั่งในทางปกครอง (Décision Administrative) กล่าวคือ ผู้ออกคำสั่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองเพราะเป็นองค์กรที่ยึดถืออำนาจสาธารณะไว้ ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองในที่นี้ไม่เพียงหมายความถึงเฉพาะแต่องค์กรฝ่ายปกครองระดับสูงที่มีอำนาจในการออกคำสั่งเท่านั้น หากแต่รวมถึงหัวหน้าหน่วยงานในระดับต่าง ๆ ซึ่งสามารถออกคำสั่งได้โดยลำพังตามอำนาจหน้าที่ของตนด้วย อย่างไรก็ตาม เอกชนบางประเภทอาจได้รับอำนาจเช่นเดียวกันกับองค์กรฝ่ายปกครองเพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งได้แก่ องค์กรวิชาชีพ สมาคมหรือบริษัทที่ดำเนินการบริการสาธารณะทางด้านปกครอง อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมด้วย

คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับได้เองทันที (La Décision Exécutoire) และถือได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (Les Actes Administratifs Unilatéraux) ที่สำคัญที่สุดที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมของตนเองทุกประเภท คำสั่งที่มีผลบังคับได้เองทันทีนี้หมายถึง คำสั่งทุกรูปแบบของฝ่ายปกครองที่สร้างขึ้นโดยความประสงค์ของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวและก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย (Un Effet de Droit) ต่อผู้อยู่ใต้ปกครอง คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับได้เองทันทีนี้มีหลายรูปแบบ เช่น คำสั่งอนุมัติ อนุญาต หรือคำสั่งห้ามทั้งหลายที่เป็นคำสั่งที่มีผลเป็นการเฉพาะตัวผู้ได้รับคำสั่ง เป็นต้น ดังนั้น คำสั่งทางปกครองจึงอาจเป็นคำสั่งที่ก่อให้เกิดสถานะทางกฎหมายขึ้นใหม่หรือเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมหรือทำให้สถานะดังกล่าวสิ้นสุดลง ด้วยเหตุที่มีผลการบังคับใช้ที่แตกต่างกันจึงจะต้องแบ่งแยกคำว่า เป็นคำสั่งที่ก่อให้เกิดสิทธิหรือโอกาสแก่ประชาชน เช่น การเทียบวุฒิการศึกษาในระดับอุดมศึกษา การอนุญาต เป็นต้น หรือเป็นคำสั่งที่กำหนดภาระหน้าที่ เช่น การเวนคืนทรัพย์สิน การเกณฑ์

¹³² นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักการพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 130 – 134.

แรงงาน ข้อห้ามต่าง ๆ หรือคำสั่งที่มอบสถานะซึ่งมีทั้งสิทธิและหน้าที่รวมอยู่ด้วยกัน เช่น การแต่งตั้งข้าราชการ เป็นต้น¹³³ และเนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับได้เองทันทีนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ได้รับผลจากคำสั่งดังกล่าว จึงอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองโดยผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวสามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครอง (Recours Pour Excès de Pouvoir) ดังกล่าวได้

(2) รูปแบบของคำสั่งทางปกครอง

ข้อพิจารณานี้เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย ซึ่งอาจมีรูปแบบเป็นคำสั่งโดยชัดแจ้ง (Décisions Explicites) หรือคำสั่งโดยปริยาย (Décisions Implicites) คำสั่งโดยชัดแจ้งเป็นคำสั่งที่ฝ่ายปกครองได้แสดงเจตนาทำขึ้น ซึ่งได้แก่ คำสั่งที่ทำเป็นหนังสือ (Décisions Écrites) คำสั่งที่ทำด้วยวาจา (Décisions Verbales) หรือคำสั่งที่รับรู้ได้จากการคิดวิเคราะห์ (Décisions Intellectuelles) ซึ่งกรณีท้ายสุดนี้เป็นคำสั่งที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือหรือด้วยวาจา แต่ข้อเท็จจริงหรือการกระทำของฝ่ายปกครองได้เผยให้เห็นเป็นนัยว่า มีการทำคำสั่งขึ้นแล้ว เช่น การที่ฝ่ายปกครองได้ลงมือใช้มาตรการบังคับทางปกครองหรือการที่ฝ่ายปกครองได้เข้าทำสัญญากับเอกชน ซึ่งวิเคราะห์ได้ว่า ก่อนหน้านั้น ฝ่ายปกครองต้องมีคำสั่งเห็นชอบให้ลงนามในสัญญา ส่วนคำสั่งโดยปริยายเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมิได้แสดงเจตนาทำคำสั่งขึ้นใช้บังคับ แต่เป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาทางปกครอง โดยบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ถือว่ากรณีที่มีผู้ยื่นคำขอต่อฝ่ายปกครองและฝ่ายปกครองนิ่งเฉยมิได้วินิจฉัยสั่งการใด ๆ ภายในระยะเวลาที่กำหนดถือว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งเห็นชอบกับคำขอหรือปฏิเสธคำขอโดยปริยายแล้วแต่กรณี

แต่เดิมสภาแห่งรัฐและผู้ตรากฎหมายเคยใช้ข้อพิจารณาในเรื่องรูปแบบของคำสั่งทางปกครองในการแบ่งแยกหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันสำหรับคำสั่งโดยชัดแจ้งและคำสั่งโดยปริยาย แต่ปัจจุบันประมวลกฎหมายฉบับใหม่มิได้ให้ความสำคัญกับรูปแบบของคำสั่งแล้ว¹³⁴

(3) เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

สิ่งสำคัญสิ่งหนึ่งที่ต้องมีอยู่ในคำสั่งทางปกครองคือการให้เหตุผล (Motivation) การให้เหตุผลได้แก่การที่ฝ่ายปกครองจะต้องอธิบาย (Exposé) เหตุผลทางด้านกฎหมายและทางด้าน

¹³³ สำนักงานศาลปกครอง. (2547). *รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว. หน้า 34 – 36.

¹³⁴ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2559). หลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส. *กฤษฎีกาสาร*, 11(6), หน้า 16.

ข้อเท็จจริง (Fait) ที่ทำให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งดังกล่าว การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญอยู่สามประการคือ เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitraire) ของฝ่ายปกครองเพื่อให้เกิดธรรมาภิบาล (Bonne Administration) ในฝ่ายปกครองและเพื่อควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ซึ่งแต่เดิมนั้นฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลในคำสั่งของตน แต่ต่อมาเมื่อรัฐบัญญัติลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 เกี่ยวกับการให้เหตุผลในคำสั่งของฝ่ายปกครอง และการพัฒนาความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับสาธารณชนออกใช้บังคับ โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองสองประเภท คือ คำสั่งที่มีผลเป็นการเฉพาะตัวที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับคำสั่ง เช่น คำสั่งไม่อนุญาต เป็นต้น หรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะตัวที่หลีกเลี่ยงหลักที่บัญญัติไว้ในกฎหมายหรือกฎระเบียบต่าง ๆ เช่น คำสั่งของผู้ว่าการจังหวัดที่อนุญาตให้เปิดห้างสรรพสินค้าในวันอาทิตย์ได้ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองอาจมีข้อยกเว้นได้ในบางกรณี เช่น ความลับทางการแพทย์ (Le Secret Médical) หรือเพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ (La Sûreté de l'Etat) เป็นต้น

(4) การมีผลใช้บังคับของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับใช้ทันทีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่ง โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองไม่สามารถทำให้มีผลย้อนหลังได้ (Non Rétroactivité) โดยหลักการนี้ได้รับการยืนยันจากสภาแห่งรัฐว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Principe Général du Droit) โดยคำวินิจฉัยคดี Société du Journal l'Aurore ลงวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1948 แต่อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นว่าเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดให้การต่าง ๆ มีผลย้อนหลังได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นในส่วนที่เกี่ยวกับโทษทางอาญา หรือในกรณีที่ตุลาการศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งก็คือการที่คำสั่งทางปกครองนั้นถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีอยู่เลย¹³⁵

(5) ความถูกต้องของคำสั่งทางปกครอง

ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงในการกำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครอง หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่มีเหตุผลเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองจะยกขึ้นอ้างเพื่อลบล้างคำสั่งทางปกครองได้ การลบล้างจึงต้องอาศัยเหตุอื่น เช่น คำสั่งทางปกครองนั้นไม่เหมาะสม และการลบล้างย่อมกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัด โดยเฉพาะกรณีคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ แต่ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองย่อมลบล้างได้เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่ขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงข้อพิจารณา

¹³⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 132. หน้า 134 – 136.

ประการอื่นประกอบด้วย เป็นต้นว่า คำสั่งทางปกครองนั้น ได้ก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องหรือไม่อย่างไร¹³⁶

2.3.2.2 คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ (Décisions Créatrices de Droit) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

เพื่อประโยชน์ในการวางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการลบสิ่งคำสั่งทางปกครอง โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง สถานะของรัฐได้จำแนกคำสั่งทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ (Les Actes Créateurs de Droits) เช่น คำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ใบอนุญาตก่อสร้าง คำสั่งที่ให้ประโยชน์ทางการเงิน เป็นต้น

2) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ก่อตั้งสิทธิ (Les Actes Non-créateurs de Droits) เช่น คำสั่งอนุญาตขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อย เป็นต้น¹³⁷

โดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิมีผลเป็นการให้สิทธิแก่บุคคลเป็นการเฉพาะราย ดังนั้น กฎ (Décisions Réglementaires) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ จึงไม่อาจมีผลก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลได้ ในทำนองเดียวกันกฎเกณฑ์เฉพาะกรณี (Décisions d'Espèce; Actes Particuliers) หรือคำสั่งทางปกครองทั่วไปซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผสมผสานลักษณะของกฎและคำสั่งทางปกครองไว้ด้วยกัน โดยกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะกรณี (Norme Particulière) แต่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงตัวบุคคล (Effets Impersonnels) ก็ย่อมไม่อาจมีผลก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลได้เช่นเดียวกัน คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิจึงได้แก่ คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย (Décisions Individuelles) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม บรรดาคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย ก็มิได้เป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิไปเสียทั้งหมด และแม้แต่คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ก็เชื่อว่าจะเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิเสมอไป คำสั่งใดจะเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ หรือเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อตั้งสิทธิ (Décisions Non Créatrices de Droit) นั้น ไม่มีเกณฑ์การพิจารณาที่แน่นอนตายตัว แต่เป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับมุมมองของสภาแห่งรัฐเป็นสำคัญ หากสภาแห่งรัฐเห็นว่า คำสั่งประเภทใดที่ผู้รับคำสั่งสมควรมีสิทธิในความคงอยู่ของคำสั่งก็จะวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ¹³⁸

แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้ให้ตัวอย่างของคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิไว้ เช่น คำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางราชการ (Nominations) หรือคำสั่งเลื่อนข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น (Promotions) คำสั่งอนุญาตทั้งหลาย (Autorisations) เช่น คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างหรือรื้อถอนอาคาร คำสั่งอนุญาตให้ประกอบกิจการต่าง ๆ คำสั่งอนุญาตให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ฯลฯ

¹³⁶ สุวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 134. หน้า 16.

¹³⁷ ปิยนุตร แสงกนกกุล. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 32. หน้า 139.

¹³⁸ สุวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 134. หน้า 13.

คำสั่งที่เป็นการให้เงิน (Actes Pécuniaires) คำสั่งอนุมัติให้หน่วยงานของรัฐทำสัญญากับผู้รับจ้าง หรือคำสั่งเห็นชอบต่อสัญญาที่ทำขึ้น ทั้งนี้ คำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิไม่จำเป็นต้องเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์ หรือเป็นคุณเท่านั้น แต่คำสั่งที่เป็นผลร้ายแก่ผู้รับคำสั่งอาจจะเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลที่สาม ก็ได้ ตัวอย่างเช่น คำสั่งปฏิเสธไม่อนุญาตให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง แม้จะไม่ใช่เป็นคุณแก่นายจ้าง แต่ก็ก่อตั้งสิทธิแก่ลูกจ้างที่ไม่ถูกเลิกจ้าง หรือคำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่ปฏิเสธไม่บรรจุแต่งตั้ง เลื่อนตำแหน่งหรือรับบุคคลกลับเข้ารับราชการ แม้จะไม่ใช่เป็นคุณแก่บุคคลผู้รับคำสั่งแต่ก็ถือว่า ก่อตั้งสิทธิแก่บรรดาข้าราชการที่อยู่ในสังกัดหน่วยงานเดียวกันนั้น¹³⁹

ในช่วงหลังสภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตของคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิให้กว้าง ยิ่งขึ้น เห็นได้จากกรณีของคำสั่งที่เป็นการให้เงิน (Actes Pécuniaires) ที่แต่เดิมแนวคำวินิจฉัยของ สภาแห่งรัฐได้แบ่งแยกออกเป็นสองกรณี โดยกรณีที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจพิจารณา (Pouvoir d'Appréciation) ว่าจะให้เงินหรือไม่และเป็นเงินจำนวนเท่าใด เมื่อสิทธิในการได้รับเงินไม่เคยมีอยู่มาก่อน แต่เกิดจาก คำสั่งที่เจ้าหน้าที่ทำขึ้นจึงถือเป็นคำสั่งที่ให้สิทธิ (Décisions Attributives) และเป็นคำสั่งที่ก่อตั้ง สิทธิแก่ผู้รับคำสั่ง แต่กรณีที่เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งให้เงินแก่บุคคล โดยไม่มีอำนาจพิจารณาใด ๆ เพียงแต่รับรองสิทธิที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายของบุคคล ถือเป็นคำสั่งที่รับรองสิทธิ (Décisions recognitives) ซึ่งไม่เป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ และไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่เข้มงวด อย่างไรก็ดี นับแต่คำวินิจฉัยคดี Madame Soulie ในปี ค.ศ. 2002 สภาแห่งรัฐ ได้เลิกการแบ่งแยกคำสั่งที่เป็นการให้เงินออกเป็นสองประเภทข้างต้น เพราะตระหนักได้ว่า แนวทาง ดังกล่าวไม่มีเหตุผลเพียงพอ สองมาตรฐาน และไม่เป็นธรรมต่อบุคคลซึ่งได้รับเงินตามสิทธิ ที่กฎหมายกำหนด แต่กลับถูกยกเลิกเพิกถอนคำสั่งให้เงินได้ง่ายกว่ากรณีคำสั่งให้เงินที่เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาให้เองตามความเหมาะสม ปัจจุบันบรรดาคำสั่งให้เงิน ทั้งหลายจึงถือเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิด้วยกันทั้งสิ้น เว้นแต่เป็นการดำเนินการที่เป็นเพียงการชำระหนี้ ตามสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้นแล้วจากคำสั่งทางปกครองอื่นไม่ถือเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ ดังนั้น กรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเบิกจ่ายเงินผิดพลาดไป (Erreurs de Liquidation) การเพิกถอน การจ่ายเงินและเรียกเงินคืนย่อมไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ โดยเฉพาะ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาเพิกถอนคำสั่ง

ทั้งนี้ คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิในบางกรณีอาจมีลักษณะเป็นคำสั่งที่มีเงื่อนไข (Décisions Conditionnelles) กล่าวคือ เป็นคำสั่งที่เจ้าหน้าที่จะทำการขึ้นต่อเมื่อมีเงื่อนไขครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดหรือผู้รับคำสั่งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คำสั่งประเภทนี้ ถือเป็นคำสั่งที่มีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิตราบเท่าที่เงื่อนไขนั้นยังครบถ้วนอยู่หรือผู้รับคำสั่งได้ปฏิบัติ

¹³⁹ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 134. หน้า 14.

ให้เป็นไปตามเงื่อนไข แต่เมื่อใดก็ตามที่เงื่อนไขในการออกคำสั่งไม่มีอยู่ก็ต่อไปหรือผู้รับคำสั่งมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขคำสั่งนั้นย่อมถูกลบล้างได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คำสั่งประเภทนี้เป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิขึ้นเป็นการชั่วคราวไม่ถาวร เช่น คำสั่งอนุมัติเงินช่วยเหลือ (Subventions) ที่จะมีการเบิกจ่ายเงินให้แก่ผู้รับคำสั่งได้ทราบเท่าที่เงื่อนไขในการออกคำสั่งยังมีอยู่ครบถ้วน หรืออาจเป็นคำสั่งอื่น ๆ เช่น คำสั่งให้เงินอุดหนุนทั่วไปแก่มหาวิทยาลัยภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจะต้องมีการดำเนินการตามหลักสูตรที่ตกลงกันไว้ ดังนี้ หากมหาวิทยาลัยมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดย่อมเป็นเหตุให้มีการเพิกถอนคำสั่งให้เงินอุดหนุนได้

นอกจากนี้ คำสั่งทางปกครองในบางกรณีอาจจะมีเนื้อหาก่อตั้งสิทธิ แต่เนื่องจากไม่มีเหตุผลที่สมควรคุ้มครองสิทธิที่ผู้รับคำสั่งได้รับไป แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐจึงถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อตั้งสิทธิเป็นการถาวร และอาจถูกลบล้างได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา เช่น คำสั่งที่สร้างขึ้นโดยกลั่นแกล้งของผู้รับคำสั่ง (Actes Obtenus Parfraude) เพราะเมื่อผู้รับคำสั่งไม่สุจริตเสียแล้ว ย่อมไม่มีเหตุผลที่จะต้องคุ้มครองสิทธิที่ได้รับไป ทั้งนี้ ตามภาคีกฎหมายที่ว่า กลั่นแกล้งทำให้ทุกสิ่งเป็นอันเสียไป (*fraus omnia corrumpit*) หรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงและชัดเจน ถึงขั้นตกเป็นโมฆะหรือที่เรียกกันว่า “คำสั่งที่ไม่มีอยู่เลยในทางกฎหมาย (Actes Juridiquement Inexistants)” ก็อาจถูกลบล้างได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา ซึ่งการลบล้างคำสั่งที่ไม่มีผลทางกฎหมายเป็นเพียงการดำเนินการในทางข้อเท็จจริงเพื่อให้คำสั่งหายไปจากสารบบกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสแนวคิดเกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครอง (ก่อตั้งสิทธิ/ไม่ก่อตั้งสิทธิ) ถือเป็นข้อพิจารณาสำคัญในการกำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะในส่วน of คำสั่งทางปกครองเฉพาะราย และในการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ ผู้จัดทำประมวลกฎหมายก็ได้คำนึงถึงผลของคำสั่งทางปกครองเป็นข้อพิจารณาหลักในการแบ่งแยกหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครอง¹⁴⁰

2.3.2.3 หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิโดยฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

แต่เดิมหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองมีทั้งส่วนที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในฐานะศาลปกครองสูงสุดที่วางหลักในเรื่องนี้มาอย่างยาวนาน มีหลักเกณฑ์แยกย่อยหลากหลายสำหรับกรณีต่าง ๆ และอีกส่วนหนึ่งยังมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดในบทบัญญัติกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งบางกรณีก็ไม่สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับหลักตามแนวคำวินิจฉัย ทำให้หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เข้าถึงและเข้าใจได้ยากสำหรับประชาชนทั่วไป หรือแม้แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐเอง ต่อมาเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง (Code des Relations Entre le Public et l'Administration:

¹⁴⁰ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 134, หน้า 14 – 15.

CRPA) ขึ้นใช้บังคับเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่จึงมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวให้เป็นระบบระเบียบยิ่งขึ้น โดยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายในส่วนนี้เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน 2559¹⁴¹

(1) หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิโดยฝ่ายปกครอง ก่อนมีการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง การลบล้างคำสั่งทางปกครองอาจมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับผลของการลบล้าง ระบบกฎหมายฝรั่งเศสแยกวิธีการลบล้างคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครองตามผลของการลบล้างคำสั่งทางปกครองออกเป็น 2 วิธีการ ได้แก่¹⁴²

1) การยกเลิกโดยฝ่ายปกครอง (Abrogation) ซึ่งการยกเลิกจะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงนับแต่วันยกเลิกและจะไม่กระทบกับสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาแล้วจากผลของคำสั่งนั้น เป็นการยกเลิกสำหรับอนาคต การยกเลิกในกรณีนี้สามารถทำได้โดยฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่ง

การยกเลิกคำสั่งของฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (Les Actes Réglementaires) นั้น มีหลักสำคัญว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Modification) หรือยกเลิกคำสั่งที่ตนออกได้ทุกเวลา เว้นแต่ในกรณีที่มิกฎหมายห้ามเอาไว้ หลักดังกล่าวทำให้ฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกคำสั่งของตนได้หากพบว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Un Règlement Illégal) ตั้งแต่เริ่มต้นออกคำสั่งหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายหรือข้อเท็จจริงภายหลังจากที่ออกคำสั่งมาแล้ว หลักนี้มีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในกรณี Butin ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1982 อย่างไรก็ดี หลักดังกล่าวจะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ร้องขอต่อฝ่ายปกครองดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 แห่งรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1983 ว่า ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาคำขอให้ยกเลิกกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งต่อมาสภาแห่งรัฐก็ได้วินิจฉัยยืนยันหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในคดี Compagnie Alitalia ในปี ค.ศ. 1989 และคดี M^{me} Vedel et M Jannot ในปี ค.ศ. 1995

ส่วนการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (Les Actes Non Réglementaires) เช่น คำสั่งหรือประกาศเกี่ยวกับเรื่องกำหนดให้สถานที่ใดเป็นสถานที่ท่องเที่ยว เป็นต้น ก็สามารถเพิกถอนได้โดยฝ่ายปกครองเช่นกัน โดยหากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิ (Non Créateurs de Droit) นั้น ฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกคำสั่งนั้นได้ในทุกเวลาที่ตนเห็นสมควร ส่วนการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิ (Créateurs de Droit) นั้น ฝ่ายปกครอง

¹⁴¹ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 134. หน้า 12.

¹⁴² นันทวัฒน์ บรรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33. หน้า 454 – 456.

สามารถทำได้เฉพาะในบางกรณีและตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้ดุลพินิจของตนในการยกเลิกคำสั่งที่ก่อให้เกิดสิทธิได้

2) การเพิกถอนโดยฝ่ายปกครอง (Retrait) จะมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดผลย้อนหลัง (Rétroactif) ไปจนถึงวันที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งนั้น โดยคำสั่งที่ถูกเพิกถอนจะถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีอยู่เลยและผลที่เกิดขึ้นมาตามคำสั่งดังกล่าวก็จะถูกเพิกถอนไปด้วย เป็นการเพิกถอนไปถึงอดีต โดยที่การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปในอดีตและกระทบกระเทือนต่อนิติฐานะของบุคคลมากกว่าการยกเลิกที่มีผลไปในอนาคตเท่านั้น โดยหลักแล้วการเพิกถอนจึงต้องมีลักษณะที่เข้มงวดและกระทำได้ยากกว่าการยกเลิก การเพิกถอนทำได้โดยฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งเช่นเดียวกับการยกเลิก

ในกรณีการเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิ ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้เสมอ แต่ในกรณีการเพิกถอนคำสั่งที่ก่อให้เกิดสิทธิ นั้น สภาแห่งรัฐได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ในคดี Dame Cachet ในปี ค.ศ. 1922 ว่า ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ใน 2 กรณีด้วยกัน กรณีแรกคือ การเพิกถอนจะต้องกระทำขึ้นเพื่อความจำเป็นในการเยียวยาความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากคำสั่งนั้น ไม่ใช่กรณีที่ฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะเพิกถอนอันเนื่องมาจากสาเหตุอื่น เช่น ต้องการเปลี่ยนวัตถุประสงค์ใหม่ ส่วนกรณีที่สอง การเพิกถอนจะต้องทำในขณะที่ยังอยู่ในระยะเวลาที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้ (Recours Contentieux) คือสองเดือนนับแต่วันที่มีการบอกกล่าว (Notification) หรือวันที่มีการประกาศ (Publication) คำสั่งนั้น¹⁴³

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าแนวคิดดั้งเดิมในการลบล้างคำสั่งทางปกครองนั้น เกิดจากการที่สภาแห่งรัฐและผู้ตรากฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครอง โดยนำเรื่องผลของการลบล้างคำสั่งทางปกครอง ซึ่งคือการยกเลิกหรือการเพิกถอนมาเป็นข้อพิจารณาหลักสำหรับการแบ่งแยกหลักเกณฑ์ในกรณีต่าง ๆ แต่หลักเกณฑ์ใหม่ตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายได้เน้นถึงผลของคำสั่งทางปกครองที่ถูกลบล้าง กล่าวคือ การพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิหรือไม่ก่อตั้งสิทธิเป็นข้อพิจารณาสำคัญ

(2) หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ โดยฝ่ายปกครอง ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง¹⁴⁴

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองไว้ในบรรพ 2 นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง ลักษณะ 4 การสิ้นสุดใช้บังคับของนิติกรรม

¹⁴³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 132. หน้า 137 – 138.

¹⁴⁴ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 134. หน้า 17 – 21.

ทางปกครอง (Sortie de Vigueur des Actes Administratifs) ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ บทบัญญัติในตอนต้น จำนวน 2 มาตรา ว่าด้วยบทนิยาม (มาตรา L 240-1) และขอบเขตการใช้บังคับ (มาตรา L 240-2) หมวด 1 หลักเกณฑ์ทั่วไป (มาตรา L 241-1 และมาตรา L 241-2) และหมวด 2 คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ (มาตรา L 242-1 ถึงมาตรา L 242-5) ซึ่งสามารถควบบทบัญญัติในส่วนนี้ทั้งหมดได้ในภาคผนวก ข.

บทบัญญัติของลักษณะ 4 เริ่มต้นด้วยการอธิบายถึงวิธีการลบสิ่งนิติกรรมทางปกครองซึ่งแยกออกเป็นการยกเลิกและการเพิกถอน โดยมาตรา L 240-1¹⁴⁵ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ยกเลิก (Abrogation)” ว่าหมายถึง การลบสิ่งให้สิ้นผลทางกฎหมายในอนาคต และคำว่า “เพิกถอน (Retrait)” หมายถึง การลบสิ่งให้สิ้นผลทางกฎหมายในอนาคตและย้อนหลังไปในอดีตด้วย ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดบทนิยามของคำทั้งสองไว้ในตัวบทกฎหมาย ทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องถ้อยคำ เพราะที่ผ่านมามีการใช้ถ้อยคำมีความไม่แน่นอน โดยบ่อยครั้งหน่วยงานทางปกครองมักจะใช้คำว่า “เพิกถอน” ทั้งที่เป็นกรณีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองให้สิ้นผลไปในอนาคตโดยเฉพาะการยกเลิกการอนุมัติอนุญาตต่าง ๆ การมีบทนิยามในกฎหมายจึงมีผลบังคับให้องค์กรต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา ศาล หรือฝ่ายปกครองต้องเคร่งครัดกับการใช้ถ้อยคำมากยิ่งขึ้น¹⁴⁶

ประมวลกฎหมายได้กำหนดขอบเขตการใช้บังคับหลักเกณฑ์ในลักษณะ 4 นี้ไว้ทั้งในแง่ขององค์กรและในแง่ของเรื่อง มาตรา L 240-2¹⁴⁷ ได้กำหนดเกี่ยวกับองค์กรที่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติในลักษณะ 4 โดยนอกจากจะใช้บังคับแก่หน่วยงานทางปกครอง ตามที่กำหนดในมาตรา L 100-3 1.¹⁴⁸ แล้ว ยังใช้บังคับแก่องค์กรหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการ

¹⁴⁵ Article L 240-1

Au sens du présent titre, on entend par:

1° Abrogation d'un acte : sa disparition juridique pour l'avenir ;

2° Retrait d'un acte : sa disparition juridique pour l'avenir comme pour le passé.

¹⁴⁶ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 134. หน้า 17.

¹⁴⁷ Article L 240-2

Le présent titre est applicable, outre aux administrations mentionnées au 1° de l'article L 1003, aux organismes et personnes chargés d'une mission de service public industriel et commercial pour les actes qu'ils prennent au titre de cette mission.

¹⁴⁸ Article L 100-3 1

Au sens du présent code et sauf disposition contraire de celui-ci, on entend par :

สาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมด้วย ดังนั้น หลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองในประมวลกฎหมายจึงมีขอบเขตการใช้บังคับที่กว้างขวางโดยครอบคลุมหน่วยงานแทบทุกประเภทแตกต่างจากหลักเกณฑ์เดิมที่มีหลักเกณฑ์บางส่วนมิได้ใช้บังคับแก่หน่วยงานบางประเภท นอกจากนี้หลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองในลักษณะ 4 ยังใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ในสังกัดด้วย อย่างไรก็ตามมาตรา L 241-1¹⁴⁹ ได้บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์ของกฎหมายสหภาพยุโรปหรือบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎเฉพาะเรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวโดยหน่วยงานทางปกครองให้เป็นไปตามบทบัญญัติในลักษณะนี้” ดังนั้น หลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป (Lex Generalis) จึงใช้บังคับกับเรื่องที่ไม่มียกเว้นของกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะและหลักเกณฑ์การลบล้างนิติกรรมทางปกครองตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายย่อมไม่นำมาใช้บังคับหากจะขัดหรือแย้งกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายระดับสหภาพยุโรป ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักว่าด้วยการเคารพซึ่งลำดับศักดิ์ของกฎหมาย¹⁵⁰

บทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งซึ่งวางหลักทั่วไป คือ มาตรา L 241-2¹⁵¹ ที่บัญญัติว่า “เพื่อเป็นการยกเว้นต่อบทบัญญัติในลักษณะนี้นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่สร้างขึ้นโดยกลไก้อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา” บทบัญญัตินี้สืบทอดแนวคำวินิจฉัย

1° Administration : les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements publics administratifs et les organismes et personnes de droit public et de droit privé chargés d'une mission de service public administratif, y compris les organismes de sécurité sociale ;

2° Public :

a) Toute personne physique ;

b) Toute personne morale de droit privé, à l'exception de celles qui sont chargées d'une mission de service public lorsqu'est en cause l'exercice de cette mission.

¹⁴⁹ Article L 241-1

Sous réserve des exigences découlant du droit de l'Union européenne et de dispositions législatives et réglementaires spéciales, les règles applicables à l'abrogation et au retrait d'un acte administratif unilatéral pris par l'administration sont fixées par les dispositions du présent titre.

¹⁵⁰ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้ว เชียงอรธรที่ 134. หน้า 18.

¹⁵¹ Article L 241-2

Par dérogation aux dispositions du présent titre, un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retiré.

ของสภาแห่งรัฐที่วางหลักมาช้านานว่า ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิได้ ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา หากผู้รับคำสั่งใช้กลื่อนฉลเพื่อให้เจ้าหน้าที่ทำคำสั่ง บทบัญญัติมาตราดังกล่าว จึงเป็นการนำหลักตามแนวคำวินิจฉัยมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดข้อยกเว้นให้ ฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ทุกเมื่อ แม้ในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดระยะเวลาในการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งไว้¹⁵²

การกำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิถือเป็นเรื่องที่ยุ้งยากที่สุด เนื่องจากมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ได้รับไปตามคำสั่งทางปกครอง โดยผู้จัดทำประมวลกฎหมายได้แบ่งแยกหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิไว้แตกต่างกันเป็น 3 กรณี ได้แก่ (1) การยกเลิกหรือเพิกถอน โดยหน่วยงานทางปกครองริเริ่มเองหรือตามคำขอของบุคคลที่สาม (2) การยกเลิกหรือเพิกถอนตามคำขอของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่ง และ (3) การยกเลิกหรือเพิกถอนในกรณีที่มีการยื่นอุทธรณ์แบบบังคับ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณี (1) และ (2) เป็นการพิจารณาตัวผู้ริเริ่มให้มีการลบล้างคำสั่งและเป็นการยกเลิกเพิกถอนในชั้นนอกกระบวนการพิจารณาของฝ่ายปกครอง ส่วนกรณี (3) เป็นเรื่องพิเศษที่ยึดโยงกับขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้น ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงเฉพาะหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองในชั้นนอกกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามขอบเขตการศึกษาวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เท่านั้น ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

(1) กรณีการลบล้างคำสั่งโดยหน่วยงานทางปกครองริเริ่มเองหรือตามคำขอของบุคคลที่สาม¹⁵³

(1.1) ที่มาของหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งโดยหน่วยงานทางปกครองริเริ่มเองหรือตามคำขอของบุคคลที่สาม

ก่อนมีการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีความเห็นว่า เมื่อคำสั่งที่ทําขึ้นมีผลก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลและเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วย่อมจำเป็นต้องคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิหรือนิติฐานะของผู้รับคำสั่งอย่างเต็มที่ สภาแห่งรัฐจึงมีแนวคำวินิจฉัยว่า ฝ่ายปกครองไม่อาจเพิกถอนคำสั่งได้ หากเพิกถอน คำสั่งเพิกถอนย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและฝ่ายปกครองอาจต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งชอบด้วยกฎหมายมีหลักว่าไม่อาจกระทำได้เช่นเดียวกัน เว้นแต่เป็นการออกคำสั่งที่มีผลตรงกันข้าม (acte contraire) เช่น ฝ่ายปกครองมีคำสั่งลงโทษไล่ข้าราชการออกจากราชการ อันมีผลเป็นการยกเลิกคำสั่งบรรจุแต่งตั้ง

¹⁵² สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 134. หน้า 19.

¹⁵³ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 134. หน้า 19 – 21.

ซึ่งเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ กรณีของคำสั่งที่มีเงื่อนไขถือเป็นคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิเป็นการชั่วคราว หากปรากฏว่าเงื่อนไขที่เคยมีอยู่ในการออกคำสั่งไม่ครบถ้วนอีกต่อไป หรือผู้รับคำสั่งมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในคำสั่งฝ่ายปกครองย่อมยกเลิกคำสั่งได้ โดยกรณีคำสั่งให้เงินช่วยเหลือ (Subventions) หากผู้รับคำสั่งมิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขในคำสั่ง ฝ่ายปกครองย่อมถูกผูกพันให้ปฏิเสธไม่จ่ายเงินแก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งเท่ากับเป็นการยกเลิกคำสั่งนั่นเอง โดยในกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะมีข้อพิจารณาสองด้านที่ขัดแย้งกันอยู่ กล่าวคือ ด้านหนึ่ง หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principe de Légalité des Actes Administratifs) เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องลบคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้สิ้นผลไป แต่อีกด้านหนึ่ง คือ หลักว่าด้วยความคงอยู่ของสิทธิที่บุคคลได้รับไปแล้ว (Principe d'Intangibilité des Droits Acquis) ก็ย้าเตือนให้ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงสิทธิที่บุคคลได้รับไปแล้วถึงแม้ว่าจะได้รับไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม หากยอมรับให้ฝ่ายปกครองลบคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิได้เรื่อยไป ย่อมกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแน่นอนแห่งสิทธิหรือนิติฐานะ (Sécurité Juridique) ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกรณีที่เป็นการเพิกถอนซึ่งมีผลย้อนหลังไปในอดีต ด้วยเหตุนี้ การออกแบบหลักเกณฑ์การลบคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นเรื่องละเอียดอ่อน เพราะต้องประนีประนอมหลักทั้งสองประการให้ลงตัวแต่การหาสมดุลระหว่างสองหลักการนี้ก็มีไม่ใช่ง่าย ดังจะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่ปรับเปลี่ยนไปอย่างต่อเนื่อง

ในช่วงศตวรรษที่ 19 แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐมีแนวทางที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ได้รับไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นอย่างมาก โดยมีหลักการว่า ศาลปกครองเท่านั้นที่มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการเพิกถอนโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอยู่อย่างจำกัด โดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่อาจเพิกถอนคำสั่งที่ตนทำขึ้นได้ แต่รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ ต่อมาในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 สภาแห่งรัฐได้ปรับเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัย โดยในคำวินิจฉัยคดี Abbé Blanc ในปี ค.ศ. 1912 สภาแห่งรัฐได้ยอมรับเป็นการทั่วไปว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดที่ว่า ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ตรวจสอบให้การกระทำของตนชอบด้วยกฎหมายและลบสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอำนาจตรวจสอบของฝ่ายปกครองนี้ดำรงอยู่คู่ขนานไปกับอำนาจตรวจสอบของศาลปกครองเมื่อฝ่ายปกครองมีอำนาจกว้างขวางยิ่งขึ้น ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิก็เริ่มมีการพิจารณาถึงความจำเป็นในการคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะของบุคคลที่ได้รับสิทธิจากคำสั่งทางปกครอง โดยมีแนวคิดที่น่าจะมีการจำกัดระยะเวลาในการใช้อำนาจเพิกถอนของฝ่ายปกครองให้กระทำได้ภายในกรอบ

ระยะเวลาที่เหมาะสม มิใช่เพิกถอนคำสั่งได้เรื่อยไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด เพราะจะกระทบกระเทือนต่อนิติฐานะของบุคคลจนเกินสมควร ข้อพิจารณาปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. 1919 ในบันทึกความเห็นทางกฎหมายขององค์คณะกรรมการคลังของสภาแห่งรัฐที่ตอบข้อหารือของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสงครามว่า การเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองสามารถกระทำได้ครบเท่าที่ศาลปกครองยังมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งได้อยู่ กรณีจึงเป็นการผูกโยงอำนาจเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองกับอำนาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งโดยศาลปกครอง กล่าวคือ ตราบใดที่ศาลปกครองยังคงมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งได้ ฝ่ายปกครองก็ย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งได้เช่นเดียวกัน ต่อมาสภาแห่งรัฐได้นำแนวคิดนี้มาใช้ในคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet ในปี ค.ศ. 1992 โดยวางหลักว่า ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ภายในระยะเวลาการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ สองเดือนนับแต่วันที่บุคคลได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองหรือกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ฝ่ายปกครองก็ยังเพิกถอนคำสั่งได้จนกว่าศาลจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษา

การเทียบเคียงระยะเวลาการฟ้องคดีมาใช้เป็นระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองดูเหมือนเป็นเรื่องสมเหตุสมผล แต่เมื่อนำระยะเวลาการฟ้องคดีมาใช้ก็ต้องนำหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องมาใช้ตามไปด้วย ซึ่งในบางกรณีอาจเกิดปัญหายุ่งยากขึ้นได้ เช่น กรณีคำสั่งทางปกครองได้ก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลผู้รับคำสั่งแต่กระทบสิทธิของบุคคลที่สาม หากฝ่ายปกครองได้แจ้งคำสั่งแก่ผู้รับคำสั่งแล้วแต่มิได้ประกาศคำสั่งนั้นให้บุคคลที่สามรับทราบ ระยะเวลาการฟ้องคดีในส่วนของบุคคลที่สามย่อมไม่เริ่มนับ จึงมีปัญหาว่า ระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งจะนับอย่างไร ในช่วงแรก สภาแห่งรัฐยังมีคำตอบไม่แน่นอน แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) ได้มีคำวินิจฉัยคดี Ville de Bagnex ในปี ค.ศ. 1966 วางหลักว่า การที่ฝ่ายปกครองมิได้ประกาศคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของบุคคลที่สามให้บุคคลดังกล่าวรับทราบ มีผลทำให้ระยะเวลาฟ้องคดีต่อศาลปกครองในส่วนของบุคคลที่สามยังไม่เริ่มนับ ดังนั้น เมื่อบุคคลที่สามอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งได้ทุกเมื่อ ฝ่ายปกครองก็ย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ทุกเมื่อเช่นกัน คำวินิจฉัย Ville de Bagnex ถือว่าชอบด้วยตรรกะทางกฎหมายและสอดคล้องกับคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet ที่ผูกโยงระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองกับระยะเวลาฟ้องคดีไว้ด้วยกัน แต่ในอีกแง่หนึ่งแนวทางดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นธรรมต่อผู้ได้รับสิทธิตามคำสั่งทางปกครองที่อาจถูกเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลา ซึ่งกระทบกระเทือนต่อนิติฐานะของผู้รับคำสั่งเป็นอย่างมาก สภาแห่งรัฐได้ตระหนักถึงข้อเสียของแนวคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet และคดี Ville de Bagnex ที่นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีมาใช้กับระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองอย่างเคร่งครัด ต่อมาจึงได้ปรับแนวคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ จึงนำมาซึ่งพัฒนาการ

ของหลักเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ ทั้งที่เป็นคำสั่งโดยชัดแจ้งและคำสั่งโดยปริยาย

สำหรับคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้งที่ก่อตั้งสิทธิ สภาแห่งรัฐพยายามแก้ไข ปัญหาที่เกิดขึ้นจากแนวคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet และคดี Ville de Bagnex ด้วยการผ่อนคลาย สายสัมพันธ์ระหว่างระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลและระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองลง เพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับคำสั่งทางปกครองมากยิ่งขึ้น โดยสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) ได้มีคำวินิจฉัยคดี Madame de Laubier ในปี ค.ศ. 1997 วางหลักว่า ในกรณีที่ฝ่ายปกครอง มิได้ระบุนับขึ้นตอนและระยะเวลาฟ้องคดีต่อศาลปกครองในคำสั่งทางปกครองที่แจ้งแก่ผู้รับคำสั่ง ซึ่งมีผลให้ระยะเวลาฟ้องคดีไม่เริ่มนับตามที่กำหนดในมาตรา 9 แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1983 นั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจยกบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นอ้างเพื่อใช้อำนาจเพิกถอน คำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิเกินระยะเวลาสองเดือนนับแต่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งคำสั่งได้ แม้ว่าคำสั่งนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม คำวินิจฉัย Madame de Laubier จึงคลายเงื่อนไขที่เคยผูกโยง ระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองกับระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลไว้ด้วยกัน กล่าวคือ แม้ว่า ในส่วนของผู้รับคำสั่ง ระยะเวลาการฟ้องคดีจะไม่เริ่มนับเพราะไม่มีการระบุนับขึ้นตอนและระยะเวลา การฟ้องคดีไว้ในคำสั่งทางปกครอง แต่ในส่วนของการใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครอง ระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งเป็นอันสิ้นสุดลงเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาสองเดือนนับแต่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้ง คำสั่ง คำวินิจฉัยนี้ถือเป็นข้อยกเว้นต่อแนวคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet และคดี Ville de Bagnex แต่ก็เป็นข้อยกเว้นที่มีขอบเขตจำกัด เพราะใช้กับกรณีที่ฝ่ายปกครองแจ้งคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ ต่อบุคคลผู้รับคำสั่งและเป็นคำสั่งที่ไม่กระทบสิทธิของบุคคลที่สาม โดยมิได้ระบุนับขึ้นตอนและ ระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลไว้ในคำสั่งเท่านั้น ส่วนกรณีอื่น ๆ ยังคงเป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet และคดี Ville de Bagnex ที่เปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ที่ก่อตั้งสิทธิได้ทุกเมื่อ หากมีเหตุที่ทำให้ระยะเวลาการฟ้องคดีไม่เริ่มนับ ต่อมาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) ได้ตัดสินใจวางหลักเกี่ยวกับระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้งที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบ ด้วยกฎหมายใหม่ในคำวินิจฉัยคดี Temon ในปี ค.ศ. 2001 ในคดีนี้ ตุลาการผู้แถลงคดี François SENERS ได้เสนอให้เปลี่ยนแปลงหลักการในเรื่องนี้ใหม่โดยอธิบายเหตุผลไว้หลายประการ สรุปได้ ดังนี้¹⁵⁴

1) แนวคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet และคดี Ville de Bagnex ที่นำระยะเวลาฟ้องคดี มาใช้เป็นระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองนั้น แม้ดูเหมือนเป็นหลักเกณฑ์ที่ง่ายแก่การทำ

¹⁵⁴ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2559). หลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส. *กฤษฎีกาสาร*, 12(1), หน้า 8 – 11.

ความเข้าใจและยึดถือปฏิบัติ แต่แท้ที่จริงแล้วหลักเกณฑ์การนับระยะเวลาการฟ้องคดีก็ซับซ้อนอยู่ไม่น้อยและบางครั้งอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ ดังเช่นกรณีคำวินิจฉัยคดี Ville de Bagneux

2) คำวินิจฉัยคดี Ville de Bagneux ที่ยอมรับให้ฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิได้เรื่อยไปหากไม่มีการประกาศคำสั่งให้บุคคลที่สามรับทราบนั้นเท่ากับเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งได้เอง เพราะเพียงแก่ฝ่ายปกครองไม่ประกาศคำสั่งให้บุคคลที่สามรับทราบระยะเวลาเพิกถอนก็ยังไม่เริ่มนับและฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งได้ตลอดเวลาซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet ที่มุ่งหมายคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะของบุคคลผู้รับคำสั่ง

3) การนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีมาใช้ในการเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองถือเป็นความสับสนทางทฤษฎี เนื่องจากการฟ้องคดีขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งและการเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองเองเป็นเรื่องที่มีตรรกะ (Logique) แตกต่างกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ตุลาการผู้แถลงคดีจึงเสนอให้กำหนดระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองที่เป็นเอกเทศแยกต่างหากจากระยะเวลาฟ้องคดี โดยวางหลักใหม่ว่า เว้นแต่กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือผู้รับประโยชน์จากคำสั่งขอให้เพิกถอนคำสั่งเอง ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ภายในระยะเวลาสองเดือนนับแต่วันที่ มีคำสั่งหรือจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหากมีการยื่นคำอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองหรือคำฟ้องต่อศาลภายในระยะเวลาสองเดือนข้างต้น สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นด้วยกับข้อเสนอของตุลาการผู้แถลงคดีในสาระสำคัญและวางหลักใหม่ว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติของรัฐบัญญัติหรือรัฐกฤษฎีกาที่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นและนอกเหนือจากกรณีที่เป็นการดำเนินการตามคำขอของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้งที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ภายในระยะเวลาสี่เดือน นับแต่วันที่ มีคำสั่ง”

หลักการของคำวินิจฉัยคดี Temon จึงเป็นการแยกระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองออกจากระยะเวลาฟ้องคดีต่อศาล โดยระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ มีคำสั่งหรือกล่าวคือ วันที่ลงนามในคำสั่งมิใช่วันแจ้งคำสั่งดังเช่นการนับระยะเวลาฟ้องคดี และมีระยะเวลาสี่เดือนมิใช่สองเดือนดังเช่นระยะเวลาฟ้องคดีและตามที่ตุลาการผู้แถลงคดีเสนอแนะ ดังนั้น ระยะเวลาเพิกถอนที่สภาแห่งรัฐกำหนดจึงเป็นระยะเวลาตายตัว (Délai Fixe) ที่ไม่อาจขยายออกไปได้อีกซึ่งไม่เป็นไปตามข้อเสนอของตุลาการผู้แถลงคดีที่ให้ขยายระยะเวลาเพิกถอนออกไปจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัย หากมีการอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองหรือฟ้องคดีต่อศาลภายในระยะเวลาเพิกถอน กรณีจึงแตกต่างจากระยะเวลาเพิกถอนเดิมตามคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet ที่ไม่แน่นอนและอาจจะไม่เริ่มนับหากไม่มีการประกาศคำสั่งให้บุคคลที่สามรับทราบ หลักการตามคำวินิจฉัย Temon

จึงเป็นการประนีประนอมหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้รับคำสั่งและสิทธิของบุคคลที่สาม ที่จะปกป้องสิทธิของตน ทั้งยังสอดคล้องกับเจตนารมณ์ดั้งเดิมของคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet ที่มุ่งจำกัดอำนาจเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองไว้ภายในกรอบระยะเวลาอันสมควรด้วย ทั้งนี้ ต่อมาในคำวินิจฉัยคดี Coulibaly ในปี ค.ศ. 2009 สภาแห่งรัฐก็ได้นำหลักการของคำวินิจฉัย Temon ที่วางหลักเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมาใช้กับการยกเลิกคำสั่งทางปกครองด้วยเช่นกัน โดยฝ่ายปกครองอาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองโดยชัดแจ้งที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ภายในระยะเวลาสี่เดือนนับแต่วันที่มิคำสั่ง

ในส่วนของคำสั่งทางปกครองโดยปริยายที่ก่อตั้งสิทธิ ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่ คำสั่งเห็นชอบ โดยปริยาย (Décision Implicite d'Acceptation) ที่เกิดขึ้น โดยผลของกฎหมาย จากการที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉย ไม่วินิจฉัยสั่งการคำขอของคู่กรณีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และกฎหมายให้ถือว่าการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองเป็นการเห็นชอบหรืออนุญาตตามคำขอนั้น หาก ยึดถือแนวคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet และคดี Ville de Bagneux ก็อาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้ เพราะกรณีของคำสั่งเห็นชอบโดยปริยาย กฎหมายมักจะมิได้กำหนดให้มีการประกาศคำสั่งที่เกิดขึ้น ให้บุคคลที่สามได้รับทราบ ซึ่งมีผลทำให้ระยะเวลาการฟ้องคดีในส่วนของบุคคลที่สามไม่เริ่มนับ จึงทำให้ระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งโดยฝ่ายปกครองไม่เริ่มนับตามไปด้วย ฝ่ายปกครองจึงเพิกถอนคำสั่งได้ ทุกเมื่อ โดยไม่มีกำหนดเวลาและจะมีผลกระทบต่อนิติฐานะของผู้ได้รับสิทธิตามคำสั่งเห็นชอบ โดยปริยายเป็นอย่างมาก นอกจากนี้การเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายได้ ย่อมมีผลบิดเบือนกลไกของคำสั่งประเภทนี้ที่มุ่งหมายจำกัดการใช้อำนาจพิจารณาของฝ่ายปกครองไว้ ภายในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากยอมรับให้ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่ง เห็นชอบโดยปริยายได้ในภายหลัง ก็จะเท่ากับว่าฝ่ายปกครองมีเวลาพิจารณาและตัดสินใจนานกว่า ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น เพื่อให้กลไกคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายบรรลุวัตถุประสงค์ และคุ้มครองสิทธิของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงได้วางหลักในคำวินิจฉัย คดี Sieur Ève ในปี ค.ศ. 1969 ว่า เมื่อครบกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดและเกิดคำสั่งเห็นชอบ โดยปริยายขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาใด ๆ อีก ซึ่งรวมถึงอำนาจในการเพิกถอนคำสั่ง เห็นชอบโดยปริยายที่เกิดขึ้นด้วย อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้กำหนดข้อยกเว้นให้ฝ่ายปกครอง สามารถเพิกถอนคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เฉพาะในกรณีที่กฎหมาย ในเรื่องใดได้กำหนดให้มีการประกาศคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายให้บุคคลที่สามได้รับทราบ ในกรณี เช่นว่านี้ ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งได้ภายในระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาล กล่าวคือ ภายใน สองเดือนนับแต่วันที่มีการประกาศคำสั่งให้บุคคลที่สามรับทราบ คำวินิจฉัยคดี Sieur Ève จึงเป็นการลด โอกาสไม่ให้ฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะทำ

การเพิกถอนได้เฉพาะในกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้มีการประกาศคำสั่งให้บุคคลที่สามได้รับทราบเท่านั้นจึงถือเป็นแนวทางที่ถูกต้อง เพราะมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งยังมีผลทำให้การอุทธรณ์คำสั่งเห็นชอบโดยปริยายโดยบุคคลที่สามไร้ประโยชน์ เพราะฝ่ายปกครองไม่อาจทบทวนและเพิกถอนคำสั่งได้ หากบุคคลที่สามประสงค์ที่จะโต้แย้งคำสั่งก็ต้องไปฟ้องคดีต่อศาลขอให้พิพากษาเพิกถอนคำสั่งต่อไป ในเวลาต่อมา ผู้ตรากฎหมายจึงพยายามปรับสมดุลในเรื่องนี้โดยเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายได้ภายในระยะเวลาอันจำกัด โดยรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2000-321 ลงวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 2000 ว่าด้วยสิทธิของประชาชนในการติดต่อสัมพันธ์กับหน่วยงานทางปกครอง (Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายเสียใหม่ในมาตรา 23¹⁵⁵ ว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ในกรณีดังนี้

1) ภายในระยะเวลาฟ้องคดี (สองเดือน) ในกรณีที่มีการประกาศคำสั่งให้บุคคลที่สามรับทราบ

2) ภายในระยะเวลาสองเดือนนับแต่คำสั่งนั้นเกิดขึ้น ในกรณีที่ไม่มีมีการประกาศคำสั่งให้บุคคลที่สามรับทราบ

3) ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาล”

ทั้งนี้ โดยเหตุที่มาตรา 23 แห่งรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2000-321 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายไว้เท่านั้น มิได้กล่าวถึงการยกเลิกคำสั่งประเภทดังกล่าวไว้ด้วย อีกทั้งคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐก็มีได้วางหลักเกี่ยวกับการยกเลิกคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายไว้ ดังนั้น จึงไม่มีหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับแก่การยกเลิกคำสั่งเห็นชอบโดยปริยาย

สำหรับคำสั่งปฏิเสธโดยปริยาย (Décision Implicite de Rejet) ซึ่งบางกรณีอาจมีผลก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลได้ (ก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลอื่นที่มีผู้ยื่นคำขอให้ออกคำสั่ง) สภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่าการเพิกถอนคำสั่งประเภทนี้ไม่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 23 แห่งรัฐบัญญัติ ฉบับที่ 2000-321 แต่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเดิมตามคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet แต่อย่างไรก็ดี สภาแห่งรัฐก็มีได้ระบุ

¹⁵⁵ Article 23

Une décision implicite d'acceptation peut être retirée, pour illégalité, par l'autorité administrative :

1° Pendant le délai de recours contentieux, lorsque des mesures d'information des tiers ont été mises en oeuvre ;

2° Pendant le délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision, lorsqu'aucune mesure d'information des tiers n'a été mise en oeuvre ;

3° Pendant la durée de l'instance au cas où un recours contentieux a été formé.

ชัดเจนว่าการเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธ โดยปริยายที่ก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลนั้นจะต้องดำเนินการอย่างไร ในทางปฏิบัติ จึงจะสอดคล้องกับหลักของคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงสรุปได้ว่า ในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครองนั้น การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยฝ่ายปกครองเป็นผู้ริเริ่มเองหรือตามคำขอของบุคคลที่สามมีหลักเกณฑ์ที่แยกย่อยเป็นหลายกรณี ดังนี้

1) คำสั่งโดยชัดแจ้ง การเพิกถอนและการยกเลิกจะอยู่ภายใต้หลักตามคำวินิจฉัยคดี Ternon และคดี Coulibaly ตามลำดับ

2) คำสั่งเห็นชอบโดยปริยาย การเพิกถอนจะอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 23 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2000-321 แต่ถ้าเป็นการยกเลิกจะไม่มีหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับได้

3) คำสั่งปฏิเสธโดยปริยายที่มีผลก่อตั้งสิทธิ การเพิกถอนจะอยู่ภายใต้หลักตามคำวินิจฉัยคดี Dame Cachet แต่ยังไม่ชัดเจนว่าการเพิกถอนจะต้องดำเนินการอย่างไร จึงจะถูกต้องตามคำวินิจฉัยดังกล่าว

หลักเกณฑ์ที่หลากหลายและบางกรณีก็ไม่ชัดเจนนี้เป็นเหตุให้การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเรื่องที่มีความสลับซับซ้อนเป็นอย่างยิ่ง ทั้งหลักเกณฑ์ที่ใช้กับคำสั่งโดยชัดแจ้งและคำสั่งโดยปริยายก็กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างกัน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ด้วยเหตุนี้ ผู้จัดทำประมวลกฎหมายจึงตัดสินใจปรับปรุงหลักเกณฑ์ใหม่ให้เป็นเหตุเป็นผลและมีเอกภาพ

(1.2) หลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งโดยหน่วยงานทางปกครองริเริ่มเองหรือตามคำขอของบุคคลที่สามตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง¹⁵⁶

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครองได้กำหนดหลักเกณฑ์การลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิในกรณีหน่วยงานทางปกครองริเริ่มเองหรือตามคำขอของบุคคลที่สามไว้ในมาตรา L 242-1¹⁵⁷ ว่า “หน่วยงานทางปกครองอาจยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิโดยเป็นผู้ริเริ่มเองหรือตามคำขอ

¹⁵⁶ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณย์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 154. หน้า 11 – 12.

¹⁵⁷ Article L 242-1

L'administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que si elle est illégale et si l'abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision.

ของบุคคลที่สามได้ หากคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการยกเลิกหรือการเพิกถอนได้กระทำภายในระยะเวลาสี่เดือนนับแต่วันที่มิคำสั่ง”

บทบัญญัติดังกล่าวได้สืบทอดหลักการเดิมตามคำวินิจฉัยคดี Temon และคดี Coulibaly ที่ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ภายในสี่เดือนนับแต่วันที่มิคำสั่ง แต่หลักเกณฑ์ใหม่นี้จะใช้กับคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิทั้งหมดไม่ว่าจะทำขึ้นในรูปแบบใด จึงรวมถึงคำสั่งเห็นชอบโดยปริยายและคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายที่มีผลก่อตั้งสิทธิ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่ง ดังนี้ บทบัญญัติมาตรา L 242-1 จึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ต่างจากเดิมที่มีหลักเกณฑ์หลากหลายขึ้นอยู่กับรูปแบบของคำสั่งดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ทั้งนี้ ผู้จัดทำประมวลกฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นของหลักการตามมาตรา L 242-1 ไว้ในมาตรา L 242-2¹⁵⁸ ซึ่งบัญญัติว่า “หน่วยงานทางปกครองอาจลบคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลาในสองกรณีดังต่อไปนี้

1. ยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งเงื่อนไขในการคงอยู่ของคำสั่งไม่ครบถ้วนอีกต่อไป

2. เพิกถอนคำสั่งให้เงินช่วยเหลือเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขในการออกคำสั่ง”

ข้อยกเว้นตามมาตรา L 242-2 นี้เคยมีมาแต่เดิมแล้วในแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่ยอมรับให้ฝ่ายปกครองยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิซึ่งชอบด้วยกฎหมายได้ในกรณีที่เป็นคำสั่งที่มีเงื่อนไข (Décisions Conditionnelles) โดยการยกเลิกเพิกถอนไม่อยู่ภายใต้บังคับระยะเวลาใด ๆ ทั้งนี้ นอกจากข้อยกเว้นตามมาตรา L 242-2 ข้างต้นแล้ว ยังมีข้อยกเว้นทั่วไปที่ฝ่ายปกครองอาจลบคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิได้โดยไม่มีอยู่ภายใต้บังคับระยะเวลาสี่เดือนนับแต่วันที่มิคำสั่งตามมาตรา L 242-1 ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่มิบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎกำหนดเกี่ยวกับระยะเวลาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้เป็นอย่างอื่น หรือเป็นกรณีที่ต้องดำเนินการตามหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป (มาตรา L 241-1) รวมทั้งกรณีที่ผู้รับคำสั่งได้ใช้กลฉ้อฉลเพื่อให้ฝ่ายปกครองทำคำสั่งขึ้น ซึ่งฝ่ายปกครองอาจลบคำสั่งได้ทุกเมื่อโดยไม่มีกำหนดเวลาตามมาตรา L 241-2

¹⁵⁸ Article L 242-2

Par derogation à l'article L 242-1, l'administration peut, sans condition de délai :

1° Abroger une decision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie;

2° Retirer une decision attribuant une subvention lorsque les conditions mises à son octroi n'ont pas été respectées.

(2) กรณีการลบล้างคำสั่งตามคำขอของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่ง¹⁵⁹

ในบางกรณี ผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิอาจขอให้ฝ่ายปกครองลบล้างคำสั่งเสียเองในกรณีเช่นว่านี้ เมื่อผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งมีความประสงค์ให้คำสั่งสิ้นผลไป การลบล้างคำสั่งจึงควรมีลักษณะที่เข้มงวดน้อยกว่ากรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ริเริ่มลบล้างคำสั่งหรือลบล้างตามคำขอของบุคคลที่สามซึ่งผู้จัดทำประมวลกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับกรณีนี้ไว้ในมาตรา L 242-3 และมาตรา L 242-4

มาตรา L 242-3¹⁶⁰ บัญญัติว่า “ตามคำร้องขอของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิแล้วแต่กรณี หากคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการยกเลิกหรือเพิกถอนอาจกระทำได้ภายในระยะเวลาสี่เดือนนับแต่วันที่มิคำสั่ง”

บทบัญญัตินี้กำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อน โดยกรณีที่บุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิได้ร้องขอให้ฝ่ายปกครองลบล้างคำสั่งและฝ่ายปกครองเห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะถูกผูกพันให้ต้องลบล้างคำสั่งนั้นให้สิ้นผลไปโดยยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งแล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ การลบล้างคำสั่งจะต้องกระทำภายในระยะเวลาสี่เดือนนับแต่วันที่มิคำสั่งเท่านั้น

ส่วนมาตรา L 242-4¹⁶¹ บัญญัติว่า “ตามคำร้องขอของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง หน่วยงานทางปกครองอาจยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ แม้แต่คำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายได้ แล้วแต่กรณี โดยไม่มีกำหนดเวลา หากการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งนั้นไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่สาม และเพื่อแทนที่คำสั่งดังกล่าวด้วยคำสั่งที่เป็นคุณยิ่งขึ้นแก่ผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง”

¹⁵⁹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อังแล้ว เจริญธรรมที่ 154. หน้า 13 – 14.

¹⁶⁰ Article L 242-3

Sur demande du bénéficiaire de la décision, l'administration est tenue de procéder, selon le cas, à l'abrogation ou au retrait d'une décision créatrice de droits si elle est illegal et si l'abrogation ou le retrait peut intervenir dans le délai de quatre mois suivant l'édition de la décision.

¹⁶¹ Article L 242-4

Sur demande du bénéficiaire de la décision, l'administration peut, selon le cas et sans condition du délai, abroger ou retirer une décision créatrice de droits, meme légale, si son retrait ou son abrogation n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits des tiers et s'il s'agit de la remplacer par une décision plus favorable au bénéficiaire.

บทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการที่มีมาก่อน ตามแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ กรณีที่ผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองเป็นผู้ร้องขอให้ลบล้างคำสั่งเอง ย่อมไม่มีเหตุผล ต้องคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิของผู้รับคำสั่ง ฝ่ายปกครองสามารถลบล้างคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิ ไม่ว่าจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ทุกเมื่อ โดยไม่มีกำหนดเวลา หากการลบล้างคำสั่งไม่กระทบ ต่อสิทธิของบุคคลที่สาม แต่ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องมีคำสั่งใหม่ที่เป็นคุณยิ่งขึ้นแทนที่คำสั่งเดิม ที่ถูกลบล้าง ความตอนท้ายที่ว่าต้องมีคำสั่งที่เป็นคุณยิ่งขึ้นนี้อาจดูเหมือนไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ ก็ได้ เพราะโดยเหตุผลของเรื่องแล้ว ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าการที่บุคคลที่ได้รับประโยชน์จากคำสั่ง ขอให้ฝ่ายปกครองลบล้างคำสั่ง ก็เพราะต้องการให้ฝ่ายปกครองทำคำสั่งใหม่ที่เป็นคุณยิ่งกว่า แต่อย่างไรก็ดี อาจมีกรณีที่ฝ่ายปกครองลบล้างคำสั่งเดิมเมื่อมีคำขอจากผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่ง โดยไม่มีคำสั่งที่เป็นคุณมากกว่าเดิมก็ได้ ซึ่งจะเป็นผลร้ายแก่ผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่ง ที่นอกจากจะไม่ได้สิ่งที่ต้องการแล้ว ยังเสียสิ่งที่มีอยู่เดิมไปด้วย ดังนั้น ผู้จัดทำประมวลกฎหมาย จึงเห็นควรบัญญัติถ้อยคำในมาตรานี้ให้รัดกุมเพื่อปกป้องสิทธิของผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่ง

หากพิจารณาเปรียบเทียบมาตรา L 242-3 และมาตรา L 242-4 แล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติทั้งสองมีเจตนารมณ์แตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา L 242-3 มีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายปกครอง ทำหน้าที่เป็นผู้รักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยลบล้างคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายออกไปจากสารบบกฎหมายตามที่บุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งได้ให้ ข้อมูลแก่ฝ่ายปกครอง ขณะที่มาตรา L 242-4 มุ่งหมายรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของบุคคลผู้ได้รับ ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิ ที่จะขอให้ฝ่ายปกครองลบล้างคำสั่งเดิมและทำคำสั่งใหม่ ที่เป็นคุณยิ่งกว่า โดยการลบล้างคำสั่งไม่อยู่ภายใต้บังคับระยะเวลาใด ๆ อย่างไรก็ตาม กรณีที่บุคคล ผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองขอให้ฝ่ายปกครองลบล้างคำสั่งหลังจากที่ฝ่ายปกครอง ทำคำสั่งได้ไม่ถึงสี่เดือน โดยคาดหวังว่าฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งใหม่ที่เป็นคุณยิ่งขึ้น แต่ฝ่ายปกครอง เห็นว่าคำสั่งเดิมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองก็อาจอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา L 242-3 ลบล้างคำสั่งซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายให้สิ้นผลไปโดยไม่มีคำสั่งใหม่ที่เป็นคุณยิ่งกว่าเลยก็ได้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติ หากบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิประสงค์ที่จะร้องขอให้ ฝ่ายปกครองมีคำสั่งใหม่ที่เป็นคุณยิ่งกว่าคำสั่งเดิม ก็สมควรรอให้ล่วงพ้นระยะเวลาสี่เดือน นับแต่วันทำคำสั่งนั้นไปเสียก่อน แล้วจึงยื่นคำขอให้ฝ่ายปกครองลบล้างคำสั่ง ทั้งนี้ เพื่อป้องกัน มิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามมาตรา L 242-3 แทนที่จะเป็นการดำเนินการตามมาตรา L 242-4