

บทที่ 3

หลักเกณฑ์และผลในการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในต่างประเทศ

ในการศึกษาถึงการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในต่างประเทศนี้ ผู้เขียนมุ่งที่จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์และผลของการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ดังเป็นที่ทราบกันทั่วไปว่ากฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่เพิ่งเกิดขึ้นราว 200 ปีที่ผ่านมา ต่างจากกฎหมายแพ่งที่มีวิวัฒนาการมากกว่า 2,000 ปี จนกระทั่งมีข้อยุติและได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งขึ้น ส่วนกฎหมายปกครองยังวิวัฒนาการอยู่ไม่มีข้อยุติ แต่ก็ได้มีบางประเทศได้พยายามจัดทำประมวลกฎหมายปกครองขึ้น ดังนั้น เมื่อกฎหมายปกครองยังคงวิวัฒนาการต่อไปเรื่อย ๆ องค์การที่ใช้กฎหมายจึงมีส่วนสำคัญยิ่งในการสร้างหลักกฎหมายขึ้น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือ บทบาทของ Conseil d'Etat ของฝรั่งเศส

แนวคิดในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในต่างประเทศที่ผู้เขียนจะศึกษา ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศสยังไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องเกี่ยวกับการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจึงเกิดขึ้นจากการสร้างของ Conseil d'Etat ส่วนในประเทศเยอรมันนั้น แนวความคิดในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้รับการพัฒนาในช่วงแรกโดยศาลปกครองและนักวิชาการ จนกระทั่งได้มีการบัญญัติเรื่องการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976, Law of Administrative Procedure 1976)

ในการศึกษาแนวความคิดในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั้งในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงเหตุในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง หลักเกณฑ์และผลในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

3.1 หลักเกณฑ์และผลในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส เมื่อฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองนั้นอาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้ ไม่ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ส่วนใหญ่นิติกรรมทางปกครองที่ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนมักจะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอาจกระทำโดยฝ่ายปกครองเองหรือโดยศาลปกครองก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้นิติกรรมทางปกครองจะออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็มิได้หมายความว่าต้องมีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่

ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นทุกกรณีไม่ หากแต่การจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีหลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงถึงด้วย ไม่ว่าจะเป็นหลักเรื่องการคุ้มครองสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว (droit acquis) หรือหลักเรื่องความมั่นคงทางกฎหมาย และความเชื่อมั่นในนิติกรรมทางปกครอง นอกจากนี้ การจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ยังต้องพิจารณาถึงผลของการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยว่า จะให้มีผลในอนาคตหรือย้อนหลังไปนับตั้งแต่ออกนิติกรรมทางปกครอง

3.1.1 เหตุในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

ดังได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ว่าด้วยความหมายของนิติกรรมทางปกครองฝรั่งเศสว่าการจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในฝรั่งเศสจะคำนึงถึงผลของการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองว่าจะมีผลย้อนหลังไปถึงขณะออกนิติกรรมทางปกครอง หรือมีผลในอนาคต แต่เหตุที่จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น มีลักษณะร่วมกัน คือ เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมาย สำหรับอย่างไรเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายคงไม่มีปัญหาเพราะชัดเจนอยู่แล้ว ปัญหาคงมีแต่เพียงว่านิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเพราะสาเหตุใดที่จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมได้

ก่อนที่จะได้กล่าวถึงเหตุในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ต้องทำความเข้าใจถึงลักษณะของความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จะเป็นเหตุในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก่อน ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายปกครองจำแนกความไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายระดับที่มีผลต่างกันเพื่อประสิทธิภาพในการควบคุมนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ¹

ระดับแรก นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงจนถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีอยู่ ที่เรียกว่า "inexistence" ซึ่งอาจเรียกว่านิติกรรมที่โมฆะ (เสียเปล่า) คือ เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มาจากองค์การที่ไม่มีอยู่ตามกฎหมาย (dépourvu d'existence légale) หรือไม่มีอำนาจใดๆของฝ่ายปกครองอยู่เลยอย่างเห็นได้ชัด (manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration) หรือนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ใช่อำนาจฝ่ายปกครอง แต่เป็นอำนาจศาลปกครอง (empiètement de l'administration sur les attributions d'une juridiction) เช่น คำวินิจฉัยสั่งการของรัฐมนตรีแทน

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538), หน้า 362. และพูนศักดิ์ ใสสารจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 4 สิงหาคม 2528 ตอน 2, หน้า 295-296.

คำสั่งศาล หรือนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีหลักฐานพิสูจน์ได้เลยว่ามีการทำนิติกรรมนั้นจริง นิติกรรมทางปกครองที่โมฆะเหล่านี้ถือว่าเสียเปล่าไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายเหตุที่ศาลปกครอง สร้างทฤษฎีว่าด้วยการไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครองขึ้นมา ก็เพื่ออุดช่องว่างในเรื่องอายุความ ของการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากไม่ฟ้องภายใน อายุความแล้ว ศาลปกครองจะไม่รับฟ้อง อันเป็นการปิดโอกาสที่จะให้มีการเพิกถอน นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ซึ่งย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ศาลปกครองจึงสร้างทฤษฎีการไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครองเพื่อให้โอกาสผู้รับนิติกรรมทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฟ้องขอให้ศาลยืนยันความไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครอง แม้ เลขกำหนดอายุความในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง และศาลที่จะกล่าวยืนยัน ความไม่มีอยู่ของนิติกรรมทางปกครองนี้ อาจทำได้ทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม อนึ่ง การ ฟ้องดังกล่าวนี้ไม่ใช่การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง² เพราะเมื่อถือว่านิติกรรม ทางปกครองไม่มีอยู่เสียแล้ว ก็ไม่รู้จักขอเพิกถอนอะไร

ระดับที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับธรรมดา ที่เรียกว่า illégal irrégulier หรือ entaché d'excès de pouvoir นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นี้อาจเนื่องมาจากสาเหตุต่าง ๆ เหล่านี้ คือ กระทำเกินอำนาจ (incompétence) ทำผิดแบบ หรือวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ (vice de forme) ใช้อำนาจโดยผิดวัตถุประสงค์หรือโดยบิดผัน (détournement de pouvoir)³ หรือละเมิดกฎหมายด้วยประการอื่น (violation de la loi) เนื่อง จากนิติกรรมทางปกครองเหล่านี้แม้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ร้าย แรงเท่ากับนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับแรก นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมายระดับธรรมดา นี้ จึงมีผลบังคับกับผู้รับนิติกรรมทางปกครองจนกว่าจะมีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นไปตามหลักเอกสิทธิของฝ่ายปกครองที่ว่า นิติกรรม ทางปกครองได้รับการสันนิษฐานว่าชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตามหลักกฎหมายดังกล่าว หมายความว่า

² โทคิน พลกุล, ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส เอกสารคำบรรยายวิชา, น.741 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 2/2528, หน้า 166. ; การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง เอกสารประกอบการสัมมนากฎหมายปกครองวิธีสบัญญัติ, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 82 ; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 : ที่มา และนิติวิธี, หน้า 362 ; พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมาย ฝรั่งเศส," หน้า 296. และ Brown and Garner, *French Administrative Law*, Third Edition (London : Butterworths, 1983), pp.143-144.

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 362 ; พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "เหตุเพิกถอน" จากภายใน "นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 7 ตอน 3 ธันวาคม 2531, หน้า 54.

ว่า กฎหมายรับรองว่านิติกรรมทางปกครองที่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตามทันที อันมีผลทำให้เอกชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองต้องปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครองทันที หากผู้รับนิติกรรมทางปกครองเห็นว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้รับนิติกรรมทางปกครองก็จะต้องโต้แย้งขอให้ฝ่ายปกครองหรือร้องขอต่อศาลให้ยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น⁴

ระดับที่สาม นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายที่ฝ่ายปกครองมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างเพื่อยกเลิกเพิกถอนได้ แต่ไม่เป็นเหตุที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะร้องขอให้ฝ่ายปกครองยกเลิกเพิกถอน (nullité relative) ซึ่งจะได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่ออกฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครอง จำพวกข้อแนะนำเกี่ยวกับขั้นตอนของวิธีดำเนินการ หรือการกำหนดระยะเวลาในการทำเอกสาร ที่เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ การให้ขอคำปรึกษา ซึ่งบทบัญญัติที่กำหนดขั้นตอนประเภทนี้สภาแห่งรัฐเรียกว่าเป็นเพียง "ขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ" (C.E. 28 ก.ค. 1984, baillou, p.306) หรือการฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่ใช่สาระสำคัญ

จากการที่ได้พิจารณาถึงระดับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองข้างต้นจะพบว่า เฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายในระดับธรรมดาเท่านั้นที่จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอน หากเป็นกรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายในระดับร้ายแรงจนถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีอยู่ก็ไม่อาจที่จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอนได้ เพราะเมื่อถือว่านิติกรรมทางปกครองไม่มีอยู่แล้ว ก็ไม่มีนิติกรรมทางปกครองที่จะถูกยกเลิกหรือเพิกถอนอีกต่อไป ดังนี้ การพิจารณาถึงเหตุในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่จะได้กล่าวต่อไป ก็หมายถึงแต่ในกรณีเหตุที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับธรรมดาเท่านั้น

เหตุในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองกรณีนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักที่พัฒนาขึ้นจากแนวคำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat กอปรกับความเห็นของนักกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันนิยมการจัดประเภทเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 2 เหตุ⁵ คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติ กับความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁴ อีสสระ นิติทัศน์ประกาศ, "เอกสิทธิของฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส," ใน กฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร : สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2531), หน้า 31.

⁵ J.M. Auby et Drago, Traité de Contentieux Administratif, 2^e ed. Tome II (Paris : L.G.D.J, 1975), pp.236-237. อ้างใน โภคิน พลกุล, การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง, เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร หลักกฎหมายปกครอง : วิธีบัญญัติ บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สิงหาคม 2530, หน้า 71. และ René Chapus, Droit Administratif générale, 2^e edition (Paris : Montchrestien, 1986), pp.704-728.

ในทางสารบัญญัติ ซึ่งใน 2 เหตุใหญ่ก็มีเหตุย่อยแยกได้ ดังนี้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติ (illégalité externe) ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจ (L' incompétence) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามขั้นตอนวิธีการ (Le vice de procédure) นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามแบบ (Le vice de forme) ส่วนความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ (illégalité interne) ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีเนื้อหา (contenu) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีมูลเหตุจริงใจ (motif) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ (but) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประโยชน์ในการจัดประเภทของความไม่ชอบด้วยกฎหมายในแง่ของการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็คือ ในการจะพิจารณาถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเพื่อจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง จะพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัตีก่อน จากนั้นจึงจะดูความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ⁶ เนื่องจากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างกัน การยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็แตกต่างกันด้วย

3.1.1.1 ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติ

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติ คือ การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

3.1.1.1.1 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจ

นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยปราศจากอำนาจจะเกิดขึ้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองที่ออกนิติกรรมทางปกครองเป็นผู้ไม่มีอำนาจที่จะออกนิติกรรมทางปกครองนั้น ความไม่มีอำนาจของฝ่ายปกครองนี้อาจเกิดขึ้นได้หลายสาเหตุ เช่น เนื่องจากผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจ (ratione personae) หมายถึง การที่นิติกรรมทางปกครองเกิดจากฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น ไม่มีอำนาจเพราะเนื้อหา (ratione materiae) หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองที่นอกขอบเขตอำนาจของตน ไม่มีอำนาจเพราะสถานที่ (ratione loci) หมายถึง ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองนอกขอบเขตพื้นที่ซึ่งตนมีอำนาจ

⁶ โภคิน พลกุล, การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง, หน้า 73.

ไม่มีอำนาจเพราะเวลา (ratione temporis) หมายถึง ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองโดยที่ยังไม่ถึงเวลาที่ตนมีอำนาจ⁷

3.1.1.1.2 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามขั้นตอนวิธีการ

ในการที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง กฎหมายจะกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ ไว้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ในการที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ขั้นตอนที่กำหนดให้ออกนิติกรรมทางปกครองได้ภายหลังจากที่ได้ให้โอกาสแก่ผู้ที่จะได้รับผลจากนิติกรรมทางปกครองนั้นได้โต้แย้งคำสั่ง เป็นต้น ฉะนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วเมื่อกฎหมายกำหนดขั้นตอนก่อนออกนิติกรรมทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตาม นิติกรรมทางปกครองที่ออกมานั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดอันจะเป็นเหตุให้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนี้ หมายถึง เฉพาะขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญที่การไม่ปฏิบัติตามมีผลต่อนิติกรรมทางปกครอง หากเป็นขั้นตอนที่ไม่สำคัญ เช่น การไม่ปฏิบัติตามข้อแนะนำเกี่ยวกับขั้นตอนของวิธีการดำเนินการ หรือการกำหนดระยะเวลาในการทำเอกสารที่เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่านิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนนั้นไม่กระทบต่อนิติกรรมทางปกครอง

3.1.1.1.3 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามแบบ

นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามแบบต่างจากนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามขั้นตอนวิธีการในแง่ที่นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามขั้นตอนวิธีการเป็นเรื่องของการไม่ทำตาม "กระบวนการ" ในการทำนิติกรรมทางปกครอง ส่วนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามแบบเป็นเรื่องของการไม่ทำตาม "รูปแบบภายนอก" ของนิติกรรมทางปกครอง⁸

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 94-109. และ René Chapus, *Droit Administratif Générale*, pp.704-710.

⁸ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, *หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย*, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 156. และ โภคิน พลกุล, *การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง*, หน้า 110.

นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยไม่ต้องตามแบบ ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชน เช่นการที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการลงนามในนิติกรรมทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองไม่ได้ลงนาม ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้รับนิติกรรมจะสามารถตรวจสอบได้ว่าผู้ออกนิติกรรมทางปกครองมีอำนาจหรือไม่ หรือการไม่ระบุเหตุผลในนิติกรรมทางปกครอง ทั้ง ๆ ที่กฎหมายกำหนดว่าการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นต้องให้เหตุผลด้วย ทั้งนี้ เพราะการให้เหตุผลไว้ในนิติกรรมทางปกครองก็เพื่อให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองสามารถโต้แย้งคัดค้านได้ อนึ่ง เฉพาะการที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครองเท่านั้นที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นรูปแบบที่ไม่ใช่สาระสำคัญ เช่น การขาดตราประทับกำกับการลงนาม (C.E. 5 Novembre, 1948, Dame Naudou) หรือกฎหมายบังคับให้ทำเป็นคำสั่ง แต่ฝ่ายปกครองทำเป็นหนังสือแจ้งหรือประกาศ ไม่ทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.1.1.2 ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติ คือ การฝ่าฝืนไม่ออกนิติกรรมทางปกครองที่มีเนื้อหา หรือวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

3.1.1.2.1 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีเนื้อหาไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีเนื้อหาไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ บางครั้งเรียกว่า เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายโดยตรง (violation directe de la loi)⁹ ซึ่งหมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่มีเนื้อหาไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลังโดยไม่เข้าเงื่อนไขที่จะย้อนหลังได้หรือนิติกรรมทางปกครองที่ลงโทษทางวินัยชนิดที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้¹⁰

⁹ René Chapus, *Droit Administratif Générale*, p.714.

¹⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง," *นิติศาสตร์* ปีที่ 21 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2534), หน้า 219.

3.1.1.2.2 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีมูลเหตุจูงใจไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ ต้องย้อนพิจารณาว่าเพราะเหตุใดจึงได้มีการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น ถ้าหากปรากฏว่านิติกรรมทางปกครองออกโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง หรือสำคัญผิดในข้อกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองนั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ว่าสำคัญผิดในข้อเท็จจริง คือ นิติกรรมทางปกครองออกโดยอาศัยข้อเท็จจริงซึ่งไม่มีอยู่จริง หรือว่าสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่มีผลต่อการออกคำสั่งนั้น เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งพักราชการเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หนึ่งตามคำร้องขอพักราชการของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น แต่ความจริงปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่เคยขอพักราชการเลย (C.E. 20 Janu 1922, Trepont)¹¹ หรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งปฏิเสธคำขออนุญาตก่อสร้างอาคารในบริเวณริมลานสาธารณะแห่งหนึ่ง โดยให้เหตุผลว่าการก่อสร้างจะมีผลกระทบต่อทัศนียภาพทางสถาปัตยกรรมของสถานที่นั้น ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีได้มีลักษณะเช่นนั้นจริง และการก่อสร้างอาคารก็จะไม่มีผลกระทบเช่นนั้น (C.E. 4 เมษายน 1914, Gomet) ส่วนสำคัญผิดในข้อกฎหมาย คือ นิติกรรมทางปกครองที่ฝ่าฝืนปกครองอาศัยอำนาจกฎหมายเรื่องหนึ่ง แต่ความจริงกฎหมายที่ให้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเช่นนั้นไม่มีอยู่ หรือนิติกรรมทางปกครองที่ออกเพราะฝ่าฝืนปกครองตีความกฎหมายผิดพลาดไป เช่น การปฏิเสธไม่รับผู้สมัครเข้าสอบแข่งขันเข้าโรงเรียนวิทยาลัยการปกครองของฝรั่งเศส โดยอ้างมูลเหตุเกี่ยวกับความคิดเห็นทางการเมืองของผู้สมัคร (C.E. 28 mai 1954, Barel)¹²

3.1.1.2.3 นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ บางครั้งเรียกว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีการบิดเบือนอำนาจ (Le détournement de pouvoir)¹³ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองอย่างจงใจเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งกรณีนี้จะเห็นว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจหน้าที่ออกนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมาย แต่กระทำไปเพราะมีความ

¹¹ ขวัญชัย สันตสว่าง, "หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย," บทบัญญัติ เล่ม 44 ตอน 4 (2531), หน้า 8.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

¹³ René Chapus, *Droit Administratif Générale*, p.722.

มุ่งหมายอย่างอื่นอันมิใช่ความมุ่งหมายที่ฝ่ายปกครองนั้นได้รับมอบอำนาจหน้าที่ให้ใช้¹⁴ นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ กรณีแรก นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ต่างจากประโยชน์สาธารณะโดยสิ้นเชิง เช่น คำสั่งของนายกเทศมนตรีห้ามจัดงานเต้นรำเพื่อป้องกันไม่ให้ลูกค้าร้านขายเครื่องตีมนที่นายกเทศมนตรีเป็นเจ้าของอยู่ไปงานเต้นรำ (C.E. 5 mars 1954, de moiselle Soulier)¹⁵ หรือนายกเทศมนตรีไล่ตำรวจออกจากตำแหน่งโดย สาเหตุหลักมาจากตำรวจผู้นั้นได้ดำเนินคดีต่อบิดาของคนที่ใช้นายกเทศมนตรีนั้นมาก่อน (C.E. 16 novembre 1900, Maugras)¹⁶ กรณีที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด เช่น คำสั่งปฏิเสธที่จะอนุญาตให้คณะละครสัตว์เปิดการแสดงเพื่อว่าจะได้ไม่แข่งกับงานฉลองที่จัดโดยเมืองนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า (C.E. 1^{er} juillet, Société du cirque Pinder)¹⁷ หรือสั่งปิดโรงงานผลิตไม้ขีดโดยอ้างว่าทำผิดเงื่อนไขที่อาจก่อให้เกิดอันตรายโดยมีมูลเหตุจริงใจเนื่องจากถ้าปิดโรงงานเสียก่อนแล้วจะสามารถลดจำนวนเงินค่าทดแทนการเวนคืน โรงงานเป็นของรัฐที่จะดำเนินการตามมาได้ (C.E. 26 novembre 1875, Pariset et Laumonier - Carriol)¹⁸

แต่อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยมีวัตถุประสงค์ต่างไปจากที่กฎหมายกำหนด ถ้าไม่ร้ายแรงถึงขนาดใช้อำนาจทำเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล หรือประโยชน์ทางการเงินของฝ่ายปกครองที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้ แต่ใช้อำนาจตามกฎหมายที่กำหนดไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะประการหนึ่ง ไปทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอีกประการหนึ่ง ย่อมไม่ทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นเสียไป เช่น ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายเดินเรือในน่านน้ำที่

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁴ ขวัญชัย สันตสว่าง, "หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย," หน้า 7.

¹⁵ พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "เหตุเพิกถอน" จากภายใน "นิติกรรมทางปกครอง

¹⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง," หน้า 621.

¹⁷ พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "เหตุเพิกถอน" จากภายใน "นิติกรรมทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 757.

¹⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง," หน้า 621.

กฎหมายให้ไว้เพื่อรักษาความเป็นระเบียบในการเดินเรือ มาเพื่อห้ามตั้งร้านอาหารริมชายฝั่งเพื่อรักษาสภาพแวดล้อมและทัศนียภาพ¹⁹

3.1.2 หลักเกณฑ์ในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองสร้างขึ้นโดย Conseil d'Etat และถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายหลัก เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (Les principes de la non-rétroactivité des actes administratifs) ซึ่งหมายความว่า ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลใช้บังคับกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น หรือสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่แจ้งนิติกรรมทางปกครองให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองทราบไม่ได้²⁰ และหลักการคุ้มครองสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว ซึ่งหมายความว่า เมื่อนิติกรรมทางปกครองได้ก่อสิทธิให้แก่เอกชนรายใดแล้ว สิทธิที่บุคคลนั้นได้รับจะต้องได้รับการยอมรับ²¹

3.1.2.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น

ก่อนที่จะได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง มีข้อพิจารณาเบื้องต้นบางประการเกี่ยวกับการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง คือ

(1) ความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง มีผลในการพิจารณายกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ ถ้านิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยหลักน่าจะยกเลิกและเพิกถอนได้ เพราะย่อมเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายปกครองที่จะมีสิทธิยกเลิกและเพิกถอนได้เช่นเดียวกับผู้พิพากษา จึงเห็นได้ว่า ความชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้มีความจำเป็นเหนือกว่าความมั่นคงทางกฎหมาย จนอาจกล่าวได้ว่า การยกเลิกและเพิก

¹⁹ Didier Truchet, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (Paris : LGDJ., 1977), p.370. อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 364.

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง," ใน คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2539), หน้า 155.

²¹ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย, หน้า 132.

ถอนเสียซึ่งนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง²² แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาประเด็นนี้เพียงประเด็นเดียวยังไม่เพียงพอ ต้องพิจารณาประเด็นอื่นประกอบด้วย

(2) การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองย่อมมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผล จึงต้องคำนึงถึงความจำเป็นพื้นฐาน คือ ความมั่นคงทางกฎหมาย (la sécurité juridique) ซึ่งหมายความว่า เมื่อฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองนิติกรรมทางปกครองอาจสร้างสิทธิต่าง ๆ ที่เป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้ การรักษาไว้ซึ่งสิทธิที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับมาแล้วจึงเป็นสิ่งจำเป็น ซึ่งกรณีนี้รู้จักกันในนามของหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการละเมิดมิได้ต่อสิทธิที่ได้รับมาแล้วหรือสิทธิเฉพาะตัว (le principe de l'intangibilité des droits acquis ou des effets individuels หรือ droit acquis) จากหลักนี้ทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ทุกกรณี อย่างไรก็ตาม ความจำเป็นในการบริหารงานของฝ่ายปกครอง ข้อพิจารณาด้านประโยชน์ทั่วไป (intérêt général) ความเปลี่ยนแปลงอย่างสม่ำเสมอของเศรษฐกิจและสังคม เป็นสิ่งที่จำกัดความจำเป็นในด้านความมั่นคงทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีผลทำให้ในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้²³

(3) การยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ต้องคำนึงถึงสภาพทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองด้วย กล่าวคือ หากเป็นนิติกรรมที่มีผลบังคับทั่วไป การยกเลิกหรือเพิกถอนยอมรับได้ง่าย เพราะนิติกรรมประเภทนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนโดยเฉพาะเจาะจง แต่หากเป็นนิติกรรมที่มีผลบังคับเฉพาะบุคคล การยกเลิกหรือเพิกถอนยอมรับได้ยาก เพราะนิติกรรมประเภทนี้ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนโดยเฉพาะเจาะจง การยกเลิกหรือเพิกถอนอาจกระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว ซึ่งจะกระทบถึงความมั่นคงทางกฎหมาย และความเชื่อมั่นในนิติกรรมทางปกครองด้วย²⁴

(4) การยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ต้องคำนึงถึงเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองที่จะยกเลิกหรือเพิกถอน เช่น เนื้อหาที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย การยอมรับสิทธิที่ได้รับมาแล้วย่อมเป็นไปได้ยาก เนื้อหาที่เกี่ยวกับระบบราชการ ข้อพิจารณาเกี่ยว

²² พูนศักดิ์ ไวสารวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 305-306.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 304-305.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 305. และบรรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 357.

กับความเที่ยงธรรม (equite) อาจเป็นที่ยอมรับให้มีการย้อนหลังได้สำหรับคำสั่งที่ยกเลิกการลงโทษทางวินัย²⁵

(5) ข้อพิจารณาอันดับสุดท้าย คือ จะใช้วิธีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เพราะมีผลต่างกัน การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลในอนาคต ส่วนการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกนิติกรรมทางปกครอง

จากข้อพิจารณาต่าง ๆ ข้างต้น จึงมีปัญหาว่าจะประสานสิ่งดังกล่าวให้เข้ากันได้ได้อย่างไร โดยไม่ละทิ้งสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพื่ออีกสิ่งหนึ่ง Conseil d' Etat เข้าใจปัญหานี้จึงได้สร้างทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

3.1.2.2 การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง

การยกเลิก (abrogation) นิติกรรมทางปกครอง คือ การทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลโดยให้มีผลในอนาคตนับตั้งแต่วันยกเลิก ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการยกเลิกแยกพิจารณาได้ ดังนี้

3.1.2.2.1 นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมาย อาจมีการยกเลิกได้ หากการยกเลิกนั้นไม่กระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว ในการพิจารณาว่าการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองใดกระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้วหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาประเภทของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งสำหรับเรื่องนี้ต้องแยกประเภทของนิติกรรมโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหา ซึ่งได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป และนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะราย

(1) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เช่น กฎกระทรวง กฎระเบียบต่าง ๆ นิติกรรมประเภทนี้ไม่ก่อสิทธิให้ใครคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ หากแต่เป็นการวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไป ซึ่งมีลักษณะภาวะวิสัย จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงสิทธิของเอกชนที่ได้รับไปแล้ว ดังนั้น เมื่อนิติกรรมที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่ก่อสิทธิให้เอกชนโดยเฉพาะเจาะจง การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองประเภทนี้จึงกระทำได้เสมอ เมื่อใดก็ได้สุดแท้แต่ดุลพินิจ

²⁵ พูนศักดิ์ ไวสารวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 305-306.

ของฝ่ายปกครอง อนึ่ง การให้ฝ่ายปกครองยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปได้เสมอ ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจวางกฎเกณฑ์ให้เหมาะสมกับเรื่องและสถานการณ์ตลอดเวลาอันจะเป็นประโยชน์ต่อการบริหารงานของฝ่ายปกครอง²⁶

(2) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะราย เช่น คำสั่งไม่อนุญาต คำสั่งห้าม คำสั่งอนุมัติ การจะพิจารณาว่าการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองจะกระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้วหรือไม่นั้น จำต้องแยกประเภทของนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายตามผลของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายที่มีผลก่อให้เกิดสิทธิ เช่น คำสั่งให้เงินช่วยเหลือ การออกใบอนุญาต นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชน เมื่อออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การยกเลิกจึงย่อมจะกระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว ดังนั้น โดยหลักจึงไม่อาจยกเลิกนิติกรรมที่มีผลเฉพาะรายที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดให้มีการยกเลิกได้และการยกเลิกนั้นต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย²⁷

ข. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิ เช่น คำสั่งไม่อนุมัติ คำสั่งไม่อนุญาต คำสั่งห้าม นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชน แม้ ออกโดยชอบด้วยกฎหมายก็อาจมีการยกเลิกได้เสมอ การยกเลิกไม่กระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว นอกจากนั้น การยกเลิกนิติกรรมประเภทนี้อาจเป็นประโยชน์แก่เอกชนอีกด้วย

3.1.2.2.2 นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีหลักเกณฑ์ในการยกเลิกแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กฎกระทรวงขัดต่อกฎหมายแม่บท ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องยกเลิกเอง หรือตามคำร้องขอของเอกชน ไม่ว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะออกนิติกรรมทางปกครองหรือเพราะการเปลี่ยนแปลงของข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (C.E. 12 พฤษภาคม 1976, Leboucher A.J. 1977, 261) เพื่อรักษาไว้ซึ่งความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง²⁸

²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 358. และ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย, หน้า 133.

²⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 359.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 358.

(2) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะรายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่เป็นการก่อภาระแก่ประชาชน ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ จะต้องยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง แต่ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ก่อสิทธิให้แก่ประชาชน การจะยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนี้ต้องคำนึงถึงสิทธิที่ประชาชนได้รับไปแล้วด้วย

3.1.2.3 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

การเพิกถอน (retrait) นิติกรรมทางปกครอง คือ การทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผล โดยให้มีผลย้อนหลังไปในอดีต อนึ่ง การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ก็เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีหลักเกณฑ์ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

3.1.2.3.1 นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลักทั่วไปแล้วนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจเพิกถอนได้ (C.E. 23 เมษายน 1948, Veillard, 175) หลักนี้มีรากฐานมาจากหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า นิติกรรมทางปกครองจะต้องไม่มีผลย้อนหลังซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ไม่ก่อสิทธิให้ใครคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ฝ่ายปกครองจึงอาจเพิกถอนนิติกรรมประเภทนี้ได้ โดยการเพิกถอนต้องทำตามแบบเดียวกับนิติกรรมที่ถูกเพิกถอนและโดยผู้มีอำนาจ ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถวางกฎเกณฑ์ให้เหมาะสมกับเรื่องและสถานการณ์ได้ตลอดเวลาอันจะเป็นประโยชน์ต่อการบริหารงานของฝ่ายปกครอง

(2) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะราย การจะพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ต้องคำนึงถึงสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้วด้วยซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายที่มีผลก่อให้เกิดสิทธิ ไม่อาจถูกเพิกถอนได้เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความมั่นคงทางกฎหมาย เพราะหากให้มีการเพิกถอนได้ย่อมกระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับมาแล้ว

ข. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิอาจถูกเพิกถอนได้โดยฝ่ายปกครอง เพราะการเพิกถอนในกรณีนี้ไม่กระทบต่อสิทธิที่เอกชนได้รับมาแล้วตามหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ นอกจากนี้ การให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ได้ก็เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานของฝ่ายปกครอง

3.1.2.3.2 นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยตนเอง หรือตามคำร้องขอของปัจเจกชน ไม่ว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะออกนิติกรรมทางปกครองหรือเพราะการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

(2) นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะรายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ต้องคำนึงถึงสิทธิที่ปัจเจกชนได้รับไปแล้วด้วย ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะรายที่ก่อให้เกิดสิทธิ ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้แต่ต้องเพิกถอนภายในอายุความฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพราะถึงฝ่ายปกครองไม่เพิกถอนเอง เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง ศาลปกครองก็เพิกถอนได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากพ้นอายุความฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว แม้ศาลปกครองเองยังเพิกถอนไม่ได้ ฝ่ายปกครองก็ยังไม่เพิกถอนไม่ได้²⁹ ทั้งนี้ เพราะการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้ มีผลย้อนหลังไปกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนที่ได้รับไปแล้ว จึงต้องมีอายุความฟ้องคดี และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองเพิกถอนเมื่อพ้นอายุความดังกล่าว เพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงและความเชื่อถือในนิติกรรมทางปกครองกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ให้ความสำคัญกับหลักความมั่นคงทางกฎหมายมากกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

กรณีที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะรายที่ก่อให้เกิดสิทธิที่ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้ก่อนสิ้นอายุความฟ้องคดีปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่ได้มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุด ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้ อาจกล่าวได้ว่าตราบโด้ที่อายุความฟ้องคดียังไม่สิ้นสุด สิทธิของปัจเจกชนที่ได้รับมาจากนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังไม่ถือว่าเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้วอย่างเด็ดขาดฝ่ายปกครองจึงเพิกถอนได้ ต่อเมื่อสิ้นอายุความฟ้องคดีปกครอง สิทธิที่ปัจเจกชนได้รับมาแล้วจึงจะเป็นสิทธิที่ได้รับมาแล้วอย่างเด็ดขาดไม่อาจถูกเพิกถอนได้อีกต่อไป³⁰

²⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 359.

³⁰ พูนศักดิ์ ใสสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า

สำหรับอายุความฟ้องคดีปกครองโดยหลักทั่วไป การฟ้องคดีปกครองจะต้องฟ้องภายใน 2 เดือนนับแต่วันที่มิติกรรมทางปกครองอันเป็นเหตุให้ฟ้องคดีนั้นเอง เหตุที่กำหนดอายุความไว้สั้นก็เพื่อให้มิติกรรมทางปกครองมั่นคงไม่ตกอยู่ภายใต้ความไม่แน่นอนว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นานเกินไป แต่อย่างไรก็ตาม กำหนดอายุความ 2 เดือนนี้เป็นหลักทั่วไปที่ใช้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น หากมีกฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะว่ากรณีมิติกรรมนั้นมีอายุความเท่าใดก็ต้องเป็นไปตามนั้น³¹ การเริ่มนับอายุความในกรณีเป็นมิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการแจ้งให้เอกชนทราบ อนึ่ง มิติกรรมทางปกครองจะก่อให้เกิดสิทธินับตั้งแต่ฝ่ายปกครองลงนาม แต่จะมีการเริ่มนับอายุความในการฟ้องคดีเพิกถอนต่อเมื่อมีการแจ้งมิติกรรมทางปกครองให้ผู้รับมิติกรรมทางปกครองทราบ³² ไม่ใช่ นับแต่วันลงนาม (C.E. (ที่ประชุมใหญ่) 6 พฤษภาคม 1966, Ville de Bagneux)

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในเรื่องระยะเวลาในการเพิกถอนมิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ บางกรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายของมิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายเกิดขึ้นเพราะการเพิกถอนมิติกรรมทางปกครองอีกอันหนึ่ง กรณีนี้แม้ว่า ระยะเวลาในการเพิกถอนจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม มิติกรรมทางปกครองที่เป็นผลมาจากมิติกรรมทางปกครองอันแรกก็อาจถูกเพิกถอนได้โดยฝ่ายปกครอง หรืออาจถูกนำไปฟ้องศาลปกครองได้ โดยมีเงื่อนไขว่ามิติกรรมทางปกครองอันแรกที่ถูกเพิกถอนนั้น เป็นมิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายเหมือนกัน เช่น การเพิกถอนคำสั่งไล่ข้าราชการออกจากราชการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งผู้มาดำรงตำแหน่งแทนด้วย (C.E. 20 มกราคม 1939, Hollender) แต่ในทางตรงกันข้าม หากเป็นการเพิกถอนมิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไปแล้ว การเพิกถอนมิติกรรมเฉพาะรายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป ไม่อาจกระทำได้เมื่อมิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายนั้นเป็นที่สุดแล้ว เนื่องจากไม่มีการเพิกถอนภายในกำหนดอายุความฟ้องคดีปกครอง (C.E. 7 เมษายน 1960, Quériaud, Concl. Henry)³³

ข. มิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะรายที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเพิกถอนมิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว เพื่อรักษาไว้

³¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 7 ตอน 3 (ธันวาคม 2531), หน้า 720.

³² พูนศักดิ์ ไวสารวจ, "มิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 307.

³³ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, หลักความชอบด้วยกฎหมายของมิติกรรมทางปกครองของไทย, หน้า 137-138.

ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หนึ่ง การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในกรณีนี้ ฝ่ายปกครองสามารถกระทำได้ตลอดเวลาไม่มีข้อจำกัด ทั้งนี้ เพราะการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิ ไม่กระทบต่อหลักความมั่นคงและความเชื่อถือในนิติกรรมทางปกครอง

3.1.3 ผลของการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

เมื่อมีเหตุที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง และได้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง จะก่อให้เกิดผลในทางปกครองแยกพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

3.1.3.1 ผลของการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง

เมื่อมีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมสิ้นผลนับแต่วันที่มีการยกเลิก การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองจึงมีผลในอนาคต ไม่ย้อนหลังไปในอดีต อนึ่ง การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองอาจมีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองทั้งอันหรือบางส่วนก็ได้ หากส่วนที่ยกเลิกนั้นสามารถแยกได้เป็นส่วนต่างหากจากส่วนที่ไม่ยกเลิก

3.1.3.2 ผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

เมื่อมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองย่อมสิ้นผลโดยมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกนิติกรรมทางปกครอง การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง อาจมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั้งอันหรือบางส่วนก็ได้ หากส่วนที่จะเพิกถอนนั้นแยกได้เป็นส่วนต่างหากจากส่วนที่ไม่เพิกถอน³⁴

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลย้อนหลังหมายความว่า ต้องถือว่าไม่มีนิติกรรมทางปกครองนั้นเกิดขึ้น ซึ่งมีผลทางกฎหมาย คือ ฝ่ายปกครองต้องทำให้ผลที่เกิดขึ้นแล้วของนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนหมดไปด้วย อย่างไรก็ตาม หากยึดถือหลักนี้เคร่งครัดก็จะก่อให้เกิดปัญหาได้ เช่น กรณีแรก เป็นไปไม่ได้โดยข้อเท็จจริงที่จะให้เกิดผล หรือทำลายผลที่เกิดขึ้นแล้ว เช่น นิติกรรมทางปกครองที่ห้ามชุมนุมในวันใดวันหนึ่ง แต่ต่อมามีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหลังจากวันที่ห้ามชุมนุม กรณีที่สอง เป็นไปไม่ได้ทางกฎหมายที่จะทำให้ผลที่เกิดขึ้นมาแล้วลบล้างไป เช่น การเพิกถอนกฎหมายฝ่ายบริหาร (นิติกรรมทางปกครองที่มีผลทั่วไป) ที่มีบทลงโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายไว้ แต่มีผู้

³⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส," หน้า 751.

ถูกลงโทษตามกฎหมายฝ่ายบริหารนั้นไปแล้ว กรณีที่สาม เป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ เช่น นิติกรรมทางปกครองที่แต่งตั้งข้าราชการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาถูกเพิกถอน หากจะให้การกระทำของข้าราชการก่อนการเพิกถอนถูกต้องไปด้วย³⁵

สำหรับในเรื่องผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ดูจะเป็นปัญหาอยู่มาก ได้แก่ กรณีที่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ให้ข้าราชการออกจากตำแหน่ง กล่าวคือ หากมีการให้ข้าราชการออกจากราชการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต่อมามีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว การเพิกถอนนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อ เพราะฝ่ายปกครองต้องรับข้าราชการนั้นเข้าไปในระดับหรือตำแหน่งเดิม ซึ่งก็จะกระทบกับบุคคลที่ถูกแต่งตั้งแทน และจะเป็นเช่นนี้ไปตลอดสาย³⁶ ทั้งนี้ เพราะตามหลักเรื่องการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ให้ข้าราชการออกหรือไล่ออกมีว่า

ฝ่ายปกครองต้องแต่งตั้งข้าราชการนั้นกลับเข้าไปใหม่ในตำแหน่งเดิมตั้งแต่วันถูกให้ออก (ดู C.E., 27 พฤษภาคม 1949, Veron-Raville, Gr. Ar. p.324) โดยศาลให้เวลาฝ่ายปกครองตามควร ในอันที่จะเอาคนที่แต่งตั้งมาใหม่ออก เพื่อให้คนเก่าเข้ารับตำแหน่งเดิม ทั้งนี้ เว้นแต่ผู้ถูกให้ออกโดยไม่ชอบนั้นยินดีจะกลับเข้ารับราชการในตำแหน่งใหม่ที่เท่ากับตำแหน่งเดิม และคนที่ถูกตั้งมาใหม่ให้แทนคนที่ถูกให้ออกโดย ไม่ชอบก็จะได้รับความคุ้มครอง ถ้าเวลาที่จะฟ้องคดีได้ผ่านไปแล้ว ต้องถือว่าคนที่ถูกแต่งตั้งมาใหม่ได้รับสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (droits acquis) แต่หลักที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ใช้สำหรับกรณีผู้ถูกไล่ออกหรือให้ออกนั้น มีตำแหน่งที่มีสภาพพิเศษซึ่งไม่อาจไปทำตำแหน่งอื่นได้ เช่น ผู้พิพากษา ศาสตราจารย์ หรือตำแหน่งปลัดกระทรวง ถ้าเป็นตำแหน่งที่โดยสภาพเป็นตำแหน่งสามัญ ก็อาจให้ดำรงตำแหน่งอื่นในระดับเดียวกันได้³⁷

ด้วยเหตุที่กรณีดังกล่าวมาข้างต้นมีปัญหา ในทางปฏิบัติ Conseil d'Etat มักจะแนะนำแนวทางปฏิบัติไว้ในคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวด้วย

3.2 หลักเกณฑ์และผลในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมันเมื่อฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองนั้นอาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้ หากนิติกรรมทางปกครองนั้นออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 752.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน. ในเชิงอรรถที่ 101

หรือออกโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปทำให้ นิติกรรมที่เคยชอบด้วยกฎหมายไม่ชอบด้วยกฎหมาย อนึ่ง การยกเลิกหรือเพิกถอนอาจกระทำ โดยฝ่ายปกครองเองหรือโดยศาลปกครองก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้มีเหตุให้ยกเลิกหรือเพิกถอน นิติกรรมทางปกครอง ก็ได้หมายความว่าต้องมีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ดังกล่าวทุกกรณีไม่ หากแต่การจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีหลักเกณฑ์ที่ต้อง คำนึงถึงด้วยไม่ว่าจะจะเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (Gesetzmaessigkeit der Verwaltungsaktes) หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (Rechtssicherheit) หรือ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองต่อ นิติกรรมทางปกครองว่ามีสภาพบังคับหรือชอบด้วยกฎหมาย (Vertrauensschutz) อนึ่ง ใน การพิจารณาหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นเพื่อยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น มี ส่วนสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับประเภทของนิติกรรมทางปกครอง ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นเป็น คุณหรือเป็นภาระ แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง (Ruecknahme) หมายถึง การบอกล้างนิติกรรมทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในขณะออกนิติกรรมทางปกครอง ส่วนการเพิกถอนนิติกรรมทาง ปกครอง(Widerruf) หมายถึง การบอกล้างนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในขณะออก นิติกรรมทางปกครอง แต่ต่อมาภายหลังขณะที่นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวยังมีผลบังคับอยู่ ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป ทำให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่สอดคล้องกับ กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น³⁸

3.2.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น

3.2.1.1 ความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง

ภายใต้หลักนิติรัฐ นิติกรรมทางปกครองจะต้องออกโดยถูกต้องตามกระบวนการใน การออกนิติกรรมทางปกครองและเป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติ ตลอดจนต้องสอดคล้องกับ กฎหมายรัฐธรรมนูญและแนวบรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญด้วย นิติกรรมทางปกครองที่ออก โดยถูกต้องนี้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมีผลสมบูรณ์ นิติกรรมทาง

³⁸ กมลชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2537), หน้า 133-134. และ Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective (Springer - Verlag Berlin Heidelberg, 1985), p.45.

ปกครองใดที่มีข้อบกพร่องไม่ว่าจะเป็นข้อบกพร่องที่มีชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติหรือวิธีบัญญัติ ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁹

สำหรับนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท ตามระดับของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง คือ⁴⁰

ประเภทแรก นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง ซึ่งอาจเรียกว่า นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะ นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะนี้ ไม่มีผลบังคับทางกฎหมายตั้งแต่ออกนิติกรรมทางปกครอง จึงไม่จำเป็นต้องมีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนี้ อย่างไรก็ตาม ผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะอาจร้องขอให้ศาลปกครองพิทักษ์โมฆะกรรมได้

ประเภทที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังไม่ร้ายแรงถึงกับเป็นโมฆะ ซึ่งอาจเรียกว่า นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะ นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะนี้มีผลบังคับทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันหลักความมั่นคงแห่งสิทธิและหลักความมีผลต่อเนื่องในการกระทำต่าง ๆ ของรัฐ อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะนี้อาจมีการยกเลิกได้ไม่ว่าโดยฝ่ายปกครองหรือศาลปกครอง

นอกจากนิติกรรมทางปกครองจะไม่ชอบด้วยกฎหมายขณะที่ออกนิติกรรมทางปกครองแล้ว นิติกรรมทางปกครองอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังได้ โดยเฉพาะกรณีมีการประกาศใช้กฎหมายใหม่ซึ่งมีเนื้อหาสาระสำคัญในการออกนิติกรรมทางปกครองต่างไปจากกฎหมายเก่า นิติกรรมทางปกครองที่ออกตามความในกฎหมายเก่าจึงอาจไม่สอดคล้องกับกฎหมายใหม่ได้ ซึ่งถือว่านิติกรรมทางปกครองที่ออกมานั้นโดยเนื้อหาสาระได้กลายเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นโมฆียะตามกฎหมายใหม่ กรณีนี้อาจมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้

จากการที่ได้พิจารณาถึงความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวข้างต้น อาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะ และนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ โดยหลักเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะเท่านั้นที่อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนได้แต่อย่างไรก็ตามในการจะพิจารณานิติกรรมทางปกครองใดเป็นโมฆียะกรรม ในอันดับแรกต้องพิจารณาก่อนว่านิติกรรมทางปกครองนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันดับต่อมาหากพิจารณาแล้วพบว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็

³⁹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน," ในรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2540), หน้า 46.

⁴⁰ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 132.

ต้องพิจารณาต่อไปว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้นร้ายแรงถึงขั้นที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองเป็นโมฆะหรือไม่ ท้ายที่สุด หากพิจารณาแล้วพบว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่เข้าข่ายเป็นโมฆะกรรม จึงจะถือได้ว่านิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นโมฆียะ ต่อเมื่อได้ผลสรุปแล้วว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นโมฆียะ จึงจะมาพิจารณาถึงเรื่องการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้ จึงจำต้องทราบว่านิติกรรมทางปกครองเช่นใดชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองเช่นใดเป็นโมฆะหรือโมฆียะ

3.2.1.1.1 นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย⁴¹

ลักษณะของนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรไว้เป็นการเฉพาะหรือเป็นบททั่วไป กฎหมายปกครองแต่ละฉบับจะบัญญัติแต่เฉพาะเรื่องที่ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันปฏิบัติตาม แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองต้องผูกพันที่จะปฏิบัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ อนึ่ง อาจแยกพิจารณานิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายออกเป็น ความชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ กับความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ

(1) ความชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ คือ เป็นการปฏิบัติตามขั้นตอนการออกนิติกรรมทางปกครองที่ต้องออกโดยฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และต้องปฏิบัติตามแบบของการออกนิติกรรมทางปกครองแต่ละประเภท ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. เขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Zustaendigkeit) นิติกรรมทางปกครองจะต้องออกโดยฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในเนื้อหาของเรื่องนั้น และมีอำนาจในเขตท้องที่หรือพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบ

ข. วิธีพิจารณา (Verfahren) ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะดำเนินการอย่างเรียบง่ายและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการออกนิติกรรมทางปกครอง แต่มีกฎเกณฑ์บางเรื่องที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือโดยเคร่งครัด เพราะเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง เช่น การยื่นคำร้อง การรับฟังความเห็นของผู้ถูกระทบสิทธิ เป็นต้น

⁴¹ หัวข้อ 3.2.1.1.1 นี้ สรุปความมาจาก กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความชอบ ด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมายและผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน," หน้า 47-56.

ค. แบบ (Form) นิติกรรมทางปกครองอาจจะต้องทำเป็นหนังสือ หรือเพียงแต่กระทำการด้วยวาจา หรืออาจกระทำด้วยวิธีการอื่น (เช่น การนำเครื่องหมายจราจรไปติดตั้งไว้บริเวณมุมถนน) แล้วแต่กฎหมายจะกำหนด

ง. การฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และประเมินข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในการออกนิติกรรมทางปกครองอย่างถูกต้อง (Tatsachenermittlung)

จ. การให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัย (Begründung) ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำหนดหลักทั่วไปไว้ว่า นิติกรรมทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือหรือที่ยื่นขึ้นเป็นหนังสือตามที่มีส่วนได้เสียเรียกร้องนั้นจะต้องให้เหตุผล เหตุผลที่ให้นี้ต้องชี้แจงประเด็นสำคัญ ๆ แต่บางกรณีกฎหมายยกเว้นว่าไม่ต้องให้เหตุผล เช่น การออกนิติกรรมทางปกครองที่สอดคล้องและเป็นไปตามคำร้องขอทุกประการ เหตุผลที่จะเขียนชี้แจงนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้ว

(2) ความชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติ

ก. เงื่อนไขในการใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครอง (Zulaessigkeit) คือ การออกนิติกรรมทางปกครองใดมีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้ การออกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามตัวบทกฎหมายนั้นเสมอ โดยเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอันมีลักษณะก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การออกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะต้องมีตัวบทกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง

ข. นิติกรรมทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นิติกรรมทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะเรื่อง กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง และหลักกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้โดยตรงกับฝ่ายปกครองและประชาชน

ค. นิติกรรมทางปกครองที่มีอำนาจดุลพินิจด้วย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ผิดพลาด (Ermessensfehlerfreiheit) คือ ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจดุลพินิจภายในขอบเขตและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ และต้องไม่ใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือน

ง. การวินิจฉัยสั่งการในการออกนิติกรรมทางปกครอง จะต้องกระทำอย่างสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) คือ นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองนั้น จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่ใช้กับเป้าหมายหรือผลที่ฝ่ายปกครองต้องการด้วย กล่าวคือ มาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้นจะต้องมีความเหมาะสม มีความจำเป็นที่จะต้องใช้ และมีความได้สัดส่วนกับการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพ ของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

จ. นิติกรรมทางปกครองจะต้องมีความชัดเจนกระจ่าง (Grundsatz der Bestimmtheit) คือ เนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองต้องชัดเจนเพียงพอที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะพึงเข้าใจได้ว่าฝ่ายปกครองมีความประสงค์เช่นใด

3.2.1.1.2 นิติกรรมทางปกครองที่มิชอบด้วยกฎหมายในระดับโมฆะกรรม⁴²

กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ได้บัญญัติเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่มิชอบด้วยกฎหมายในระดับโมฆะกรรมไว้ในมาตรา 44 โดยมีบทบัญญัติจำนวน 4 วรรค วรรคแรกเป็นการกำหนดนิติกรรมทางปกครองที่โมฆะเป็นหลักทั่วไปไว้ วรรคสองบัญญัติถึงเหตุแห่งโมฆะกรรมในแต่ละเรื่อง วรรคสามบัญญัติเรื่องนิติกรรมที่มิชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ตกเป็นโมฆะ เป็นแต่เพียงโมฆียะ และวรรคสี่บัญญัติเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะบางส่วน อนึ่ง ในการพิจารณาว่านิติกรรมทางปกครองที่มิชอบด้วยกฎหมายเป็นโมฆะหรือไม่ ต้องเริ่มพิจารณาก่อนว่าเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ ต่อเมื่อไม่ต้องด้วยวรรคสองหรือวรรคสาม จึงจะพิจารณาวรรคหนึ่งที่เป็นบททั่วไปแห่งโมฆะกรรม ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) มาตรา 44 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า นิติกรรมทางปกครองเป็นโมฆะเมื่อมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและเป็นที่ยอมรับอย่างแจ่มชัด (besonders schwerwiegende Fehler und offenkundig) ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของโมฆะกรรม ความผิดพลาดอย่างร้ายแรงนี้ต้องเป็นความผิดพลาดที่เห็นได้อย่างเด่นชัดที่แม้แต่วิญญาณที่ไม่ได้ศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่ามันผิดพลาดอย่างแจ่มชัด

(2) มาตรา 44 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเหตุแห่งโมฆะกรรมแต่ละเรื่องไว้ ซึ่งเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัยของความผิดพลาดอย่างร้ายแรงว่าเป็นโมฆะเสมอ เหตุแห่งโมฆะกรรมตามวรรคสอง มีดังนี้

ก. นิติกรรมทางปกครองที่ออกเป็นหนังสือโดยไม่อาจทราบได้ว่าออกโดยส่วนราชการ ฝ่ายปกครองใดหรือหน่วยงานของรัฐหน่วยใด ซึ่งทำให้ผู้ถูกกระทบกระเทือนสิทธิไม่อยู่ในวิสัยที่จะโต้แย้งคัดค้านได้

ข. นิติกรรมทางปกครองที่จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีพิธีการมอบเอกสารสำคัญให้ ในกรณีที่ไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้ตามพิธีการนั้น

ค. นิติกรรมทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองนั้น และเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์

ง. นิติกรรมทางปกครองที่สั่งให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการหรือปฏิบัติกรอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งด้วยเหตุผลทางข้อเท็จจริงแล้วไม่อาจปฏิบัติได้

⁴² หัวข้อ 3.2.1.1.2 นี้ สรุปความมาจาก กมลชัย รัตนสากววงศ์, "ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน," หน้า 57-64.

จ. นิติกรรมทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันผิดกฎหมาย ซึ่งหากผู้รับนิติกรรมทางปกครองปฏิบัติตามแล้วตนเองจะต้องรับโทษทางอาญา หรืออาจจะต้องถูกปรับทางปกครอง

ฉ. นิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) มาตรา 44 วรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่กำหนดว่า นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุ 4 ประการตามวรรคสามนี้ไม่ตกเป็นโมฆะเป็นเพียงโมฆียะเท่านั้น ซึ่งได้แก่

ก. นิติกรรมทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองนอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองนั้น และไม่ใช้กิจการที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์

ข. นิติกรรมทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้ที่เป็นเครือญาติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกนิติกรรมทางปกครองนั้น

ค. นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้น มีการเรียกประชุมที่ผิดพลาดหรือเป็นองค์ประชุมที่ผิดพลาดไป หรืออาจมีบุคคลที่มีได้เป็นกรรมการเข้าร่วมประชุม

ง. นิติกรรมทางปกครองที่กฎหมายกำหนดว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากส่วนราชการอื่นก่อนจึงจะออกนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้ดำเนินการขอความเห็นชอบจากส่วนราชการอื่นก่อน

(4) มาตรา 44 วรรคสี่ กำหนดให้นิติกรรมทางปกครองเป็นโมฆะบางส่วนได้ แต่ถ้าส่วนที่เป็นโมฆะนั้นเป็นสาระสำคัญแห่งเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองนั้นซึ่งถ้าหากปราศจากเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะไม่อาจออกนิติกรรมทางปกครองนั้นได้เลย นิติกรรมทางปกครองย่อมตกเป็นโมฆะทั้งหมด

3.2.1.1.3 นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายในระดับโมฆียะกรรม⁴³

นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายในระดับโมฆียะกรรมไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้ แต่อาจอธิบายได้ว่า นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะ คือ นิติกรรมทางปกครองที่มีข้อบกพร่องไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (ตามข้อ 3.2.1.1.1) และในขณะเดียวกัน ความบกพร่องดังกล่าวก็ยังไม่ร้ายแรงถึงระดับโมฆะกรรม (ตามข้อ 3.2.1.1.2) อนึ่ง นิติกรรมทางปกครองที่เป็น

⁴³ หัวข้อ 3.2.1.1.3 นี้ สรุปความมาจาก กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และผลบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน," หน้า 64-67.

โมฆียะนี้ ภาษาเยอรมันเรียกว่า *anfechtbar* ซึ่งแปลได้ว่า นิติกรรมทางปกครองที่อาจโต้แย้งคัดค้านได้ นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะนี้จึงอาจเกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุ เช่น การรับฟังข้อเท็จจริงอย่างไม่เพียงพอ การฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดการใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ชอบ การวินิจฉัยสั่งการที่ขัดกับหลักความสมควรแก่เหตุ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางปกครองอาจตกเป็นโมฆียะบางส่วน หากสามารถแยกส่วนที่เป็นโมฆียะออกจากส่วนที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.2.1.2 หลักกฎหมายที่ใช้พิจารณาในการยกเลิกหรือเพิกถอน

เมื่อมีเหตุในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ก็มีได้หมายความว่า จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นทุกกรณี หากแต่การจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีหลักกฎหมายที่ต้องคำนึงถึงที่สำคัญ ๆ 3 หลัก คือ

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (*Gesetzmaessigkeit der Verwaltungsaktes*) หลักนี้หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ อันเป็นการก้าวเข้าไปกระทบลสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชนจะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ การก้าวเข้าไปในสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญจะกระทำได้เพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญอนุญาตไว้เท่านั้น⁴⁴ ผลของหลักความชอบด้วยกฎหมาย คือ หากนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นสิ้นผล เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

(1) หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (*Rechtssicherheit*) หลักนี้หมายความว่า เมื่อฝ่ายปกครองให้สิทธิแก่ประชาชน ประชาชนผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายย่อมมีความรู้สึกว่ามีสิทธิดังกล่าวที่ได้รับมีความมั่นคงด้วย ซึ่งจะทำให้ประชาชนแต่ละคนวางแผนการดำรงตน หรือการใช้สิทธิของตนตามกฎหมายแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ผลของหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ คือ นิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนไม่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้อีก และไม่อาจเรียกร้องสิทธิที่ได้ให้กับผู้ที่รับนิติกรรมทางปกครองกลับคืนหรือย้อนหลังอีกต่อไป⁴⁵

(3) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองต่อนิติกรรมทางปกครองว่ามีสภาพบังคับหรือชอบด้วยกฎหมาย (*Vertrauensschutz*) หลักนี้หมายความว่า ในการบอกล้างนิติกรรมทางปกครอง เมื่อประชาชนมีความเชื่อถือต่อนิติกรรมทางปกครอง การจะบอกล้างจะต้องนำความเชื่อถื่อดังกล่าวมาชั่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนว่าสมควรจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปแล้วหรือไม่ หากประโยชน์มหาชนมีน้ำหนักหรือความสำคัญมากกว่าจึงจะบอกล้างนิติกรรมทางปกครองนั้นได้⁴⁶

⁴⁴ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 135.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136-137

3.2.1.3 การแบ่งประเภทของนิติกรรมทางปกครองเพื่อประโยชน์ในการพิจารณายกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองอาจมีการแบ่งประเภทได้ในหลายรูปแบบ ทั้งนี้ก็แล้วแต่ว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดพิจารณา สำหรับการแบ่งประเภทของนิติกรรมทางปกครองเพื่อประโยชน์ในการพิจารณายกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง จะใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิที่ประชาชนได้รับเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง เพราะในการพิจารณายกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น จะต้องพิจารณาหลักความมั่นคงแห่งสิทธิและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองต่อนิติกรรมทางปกครองว่ามีสภาพบังคับหรือชอบด้วยกฎหมาย การแบ่งประเภทของนิติกรรมทางปกครองตามเกณฑ์ดังกล่าวจะช่วยในการใช้หลักกฎหมายข้างต้นพิจารณายกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ง่ายขึ้น

ประเภทของนิติกรรมทางปกครอง อาจแบ่งแยกตามเกณฑ์สิทธิที่ประชาชนได้รับเป็น 3 ประเภท ได้ดังนี้⁴⁷

- (1) นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง (begünstigende Verwaltungsakte) เช่น ใบอนุญาตต่าง ๆ
- (2) นิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง (belastende Verwaltungsakte) เช่น คำสั่งห้ามต่าง ๆ
- (3) นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์และเป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsakte mit Doppelwirkung) เช่น ใบอนุญาตให้สร้างอาคารแต่ต้องสร้างที่จอดรถด้วย

3.2.2 หลักเกณฑ์และผลในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง

ก่อนที่ประเทศเยอรมันจะมีการตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976) หลักกฎหมายปกครองเยอรมันถือว่านิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจถูกยกเลิกได้เสมอโดยอาศัยหลักกฎหมายปกครองเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ ต่อมาเมื่อมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หลักกฎหมายปกครองเรื่องการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนต่อนิติกรรมทางปกครองว่ามีสภาพบังคับ

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 135.

หรือชอบด้วยกฎหมาย จะมาจำกัดการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง⁴⁸

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองไว้ในมาตรา 48 ความว่า

“(1) นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายอาจถูกยกเลิกทั้งหมดหรือแต่บางส่วน โดยให้มีผลยกเลิกในอนาคตหรือย้อนหลังไปในอดีต แม้จะล่วงพ้นระยะเวลาที่จะใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้วก็ตาม สำหรับนิติกรรมทางปกครองที่ให้สิทธิหรือคุณประโยชน์ทางกฎหมาย หรือยื่นข้อนสิทธิหรือคุณประโยชน์ดังกล่าว (begünstigender Verwaltungsakt) จะยกเลิกได้ก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรคสองและวรรคสี่

(2) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งฝ่ายปกครองออกให้ใช้สิทธิได้เพียงครั้งเดียว หรือจะจ่ายเงินให้ตลอดระยะเวลาที่กำหนด หรืออาจแบ่งแยกประโยชน์ที่จะได้รับได้ หรือมีลักษณะทำนองเดียวกันนี้ไม่อาจยกเลิกได้ ถ้าผู้ได้รับประโยชน์มีความเชื่อถือและความไว้วางใจถึงความคงอยู่ต่อเนื่องของนิติกรรมทางปกครอง ความเชื่อถือและความไว้วางใจดังกล่าวนี้ เมื่อซึ่งนำหนักกับประโยชน์มหาชนแล้วควรรักษาความเชื่อถือและความไว้วางใจดังกล่าวไว้โดยหลักแล้วความเชื่อถือและความไว้วางใจจะได้รับความคุ้มครอง เมื่อผู้รับประโยชน์ได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว หรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วซึ่งไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นทำให้เขาได้รับผลเสียหายอย่างมากอย่างไรก็ตาม ผู้รับประโยชน์ไม่อาจถือสิทธิตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเมื่อเขาได้กระทำการ ดังต่อไปนี้

- 1) นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเกิดจากการฉ้อฉลข่มขู่ หรือให้สินบน
- 2) ได้ให้ข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่สมบูรณ์
- 3) รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หรือไม่รู้จักความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในกรณีที่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวนี้ ให้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังไปในอดีต แต่ประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับไปแล้วย่อมไม่อาจเรียกคืนได้ การเรียกคืนทรัพย์สินหรือสิทธิดังกล่าว ให้นำประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะลาภมิควรได้มาใช้บังคับ แต่กรณีที่เข้าเงื่อนไข 1)-3) จะไม่นำเรื่องลาภมิควรได้มาใช้ เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองทราบข้อเท็จจริง หรือไม่ทราบข้อเท็จจริงเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงและข้อเท็จจริงดังกล่าวเกี่ยวข้องกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนประโยชน์ที่จะไม่ยกเลิกด้วยนั้นจะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนแจ้งในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวด้วย

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

(3) ถ้านิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายที่ถูกยกเลิกไม่เข้ากรณีตามวรรคสอง เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ผู้เสียประโยชน์ หรือเสียสิทธิยื่นคำร้องขอฝ่ายปกครองจะต้องคำนวณเฉลี่ยความเสียหายเปรียบในทรัพย์สิน (Vermögensnachteil) อันเนื่องมาจากผู้รับนิติกรรมทางปกครองเชื่อถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีผลบังคับอย่างต่อเนื่องตลอดไป และความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวควรได้รับความคุ้มครองเมื่อเทียบกับประโยชน์มหาชนในกรณีนี้ ความใน 1)-3) ของวรรคสองให้นำมาใช้บังคับด้วย ความเสียหายเปรียบในเชิงทรัพย์สินจะต้องไม่มากไปกว่าประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะพึงได้รับจากความคงอยู่ของนิติกรรมทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดจำนวนความเสียหายเปรียบในเชิงทรัพย์สินดังกล่าวด้วยว่ามีจำนวนเท่าใด สิทธิเรียกร้องดังกล่าวจะต้องเรียกร้องภายใน 1 ปี นับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแจ้งให้ทราบ

(4) ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทราบข้อเท็จจริงอันจะนำไปสู่การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองได้ การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำภายใน 1 ปี นับแต่ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าว ระยะเวลาดังกล่าวไม่ใช้กับ 1) ของวรรคสอง

(5) การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองหลังจากที่นิติกรรมทางปกครองไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้แล้ว ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่ (ตามมาตรา 3) เป็นผู้รับวินิจฉัย กรณีนี้ใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่จะยกเลิกซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นด้วย

(6) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์ที่อนุญาตตามวรรคสอง และการเฉลี่ยความเสียหายเปรียบในเชิงทรัพย์สินตามวรรคสองย่อมฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ หากไม่ใช่ค่าเสียหายอันเนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองก้าวไปละเมิดสิทธิหรือทรัพย์สินอื่น ๆ ของผู้รับนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว⁴⁹

จากมาตรา 48 นี้ อาจแยกพิจารณาหลักเกณฑ์ในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองเป็น 2 กรณี คือ การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง กับการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

3.2.2.1 การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง จะถูกยกเลิกได้ก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่มาตรา 44 วรรคสองและวรรคสี่กำหนดไว้ ซึ่งอาจแยกพิจารณาตามประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 140-141.

ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองออกให้สิทธิได้เพียงครั้งเดียวหรือจะจ่ายเงินให้ตลอดระยะเวลาที่กำหนด หรืออาจแบ่งแยกประโยชน์ที่จะได้รับ หรือมีลักษณะทำนองเดียวกัน กรณีที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองออกให้สิทธิแก่ประชาชนประเภทอื่น นอกจากกรณีแรก

3.2.2.1.1 นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองออกให้สิทธิได้เพียงครั้งเดียว หรือจะจ่ายเงินให้ตลอดเวลาที่กำหนด หรืออาจแบ่งแยกประโยชน์ที่จะได้รับ หรือมีลักษณะทำนองเดียวกัน

นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับความคุ้มครองในเรื่องความเชื่อถือและความไว้วางใจ จึงไม่อาจยกเลิกได้ อย่างไรก็ตาม ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง จะได้รับความคุ้มครองในเรื่องความเชื่อถือหรือความไว้วางใจที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองก็ต่อเมื่อความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวนี้เมื่อเทียบกับประโยชน์มหาชนแล้ว ควรคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวยิ่งกว่า⁵⁰ ในการพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์มหาชนและความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป เช่น นิติกรรมทางปกครองที่มีขั้นตอนการออกที่เคร่งครัด ความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองก็ย่อมจะมีสูงขึ้นไปด้วย⁵¹ โดยหลักทั่วไปแล้ว ความเชื่อถือและความไว้วางใจจะได้รับความคุ้มครองเมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้ว

อย่างไรก็ตาม ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในเรื่องความเชื่อถือหรือความไว้วางใจที่มีต่อนิติกรรมทางปกครอง เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการ ดังต่อไปนี้ (มาตรา 48 (2) 1)-3))

- 1) นิติกรรมทางปกครองเกิดจากการฉ้อฉล ช่มชู้ หรือให้สินบน
- 2) ได้ให้ข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่สมบูรณ์แก่ฝ่ายปกครอง
- 3) ผู้รับนิติกรรมทางปกครองรู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หรือไม่รู้จักความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ผลของการที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองไม่ได้ได้รับความคุ้มครองในเรื่องความเชื่อถือหรือความไว้วางใจที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองก็คือ เมื่อนิติกรรมทางปกครองออกโดยไม่ชอบ

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 145.

ด้วยกฎหมาย ก็ถูกยกเลิกได้โดยที่การยกเลิกไม่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนกับความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

อนึ่ง หากฝ่ายปกครองจะยกเลิกนิติกรรมทางปกครองต้องกระทำภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ฝ่ายปกครองทราบข้อเท็จจริงอันนำไปสู่การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้น เว้นแต่เหตุแห่งการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นเรื่องการฉ้อฉล ข่มขู่ หรือให้สินบน ตามมาตรา 48 วรรคสอง 1) ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกนิติกรรมทางปกครองได้แม้พ้นระยะเวลา 1 ปี นับจากทราบเหตุแห่งการยกเลิก

3.2.2.1.2 นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองให้สิทธิแก่ประชาชนประเภทอื่น เช่น ใบอนุญาตตั้งโรงงาน (มีผลต่อเนื่อง)

นิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ ฝ่ายปกครองอาจใช้ดุลพินิจยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้ โดยผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะได้รับค่าสินไหมทดแทน ซึ่งเป็นการคุ้มครองทรัพย์สิน⁶² อันเนื่องมาจากผู้รับนิติกรรมทางปกครองเชื่อถือว่า นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีผลบังคับอย่างต่อเนื่องตลอดไป และความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวควรได้รับความคุ้มครองเมื่อเทียบกับประโยชน์มหาชนในกรณีนี้ อนึ่ง ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองคิดคำนวณค่าสินไหมทดแทนให้ภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ฝ่ายปกครองแจ้งให้ทราบว่ามิสิทธิได้ค่าสินไหมทดแทน

การคิดคำนวณค่าสินไหมทดแทนในกรณีข้างต้น จะต้องไม่มากไปกว่าประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะพึงได้รับจากความคงอยู่ของนิติกรรมทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนเมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการตามมาตรา 48 วรรคสอง 1)-3)

อนึ่ง หลักเกณฑ์ในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองนี้ มิใช่ใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์และเป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองด้วย

3.2.2.2 การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ในมาตรา 48

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

พรรคแรก โดยมีหลักว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้มีเงื่อนไขประการอื่นอีก ซึ่งต่างจากการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีการกำหนดเงื่อนไขไว้หลายประการ ทั้งนี้ เพราะการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ไม่กระทบต่อหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองต่อนิติกรรมทางปกครองว่ามีสภาพบังคับหรือข้อบังคับด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองยังเป็นประโยชน์ต่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวด้วย

อนึ่ง ในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายปกครองเรื่อง ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ที่เรียกร้องให้มีการขจัดนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับหลักเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิ ที่เรียกร้องให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์ได้อีกแล้วนั้น คงมีผลบังคับใช้ได้ต่อไป ฝ่ายปกครองอาจเห็นว่าด้วยเหตุผลเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิจำเป็นต้องยอมให้นิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลใช้บังคับได้ต่อไปแม้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆียะ อย่างไรก็ตาม ถ้าเหตุผลในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองมีน้ำหนักมากกว่า เช่น มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงในการออกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้ ย่อมทำให้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีแนวโน้มใกล้เคียงกับเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้น⁶³

การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองในแง่ของผู้รับนิติกรรมทางปกครองหากประสงค์จะให้มีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองนั้น ต้องร้องขอให้ฝ่ายปกครองยกเลิก หรือฟ้องต่อศาลปกครองภายใน 1 เดือน แต่ในแง่ของฝ่ายปกครองประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้กำหนดระยะเวลาในการที่ฝ่ายปกครองยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองไว้เหมือนดังเช่นกรณีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงอาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้ตลอดเวลา

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 146.

3.2.2.3 ผลในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง

3.2.2.3.1 ขอบเขตของการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง

การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองย่อมมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดลง แต่มีปัญหาว่า การสิ้นสุดลงของนิติกรรมทางปกครองนี้จะมีผลย้อนหลังไปถึงขณะออกนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะนิติกรรมทางปกครองที่ถูกยกเลิกนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายนับตั้งแต่ขณะออกนิติกรรมทางปกครอง สำหรับปัญหานี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบัญญัติไว้ในมาตรา 48 (1) แต่เพียงว่า “นิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายอาจถูกยกเลิกทั้งหมดหรือแต่บางส่วน โดยให้มีผลยกเลิกในอนาคตหรือย้อนหลังไปในอดีต...” จึงเห็นได้ว่า ผลสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองที่ถูกยกเลิกอาจย้อนหลังไปในอดีตหรือมีผลในอนาคต

มีปัญหาต่อไปว่า กรณีใดจะให้การสิ้นสุดผลของนิติกรรมทางปกครองมีผลยกเลิกในอนาคตหรือย้อนหลังไปในอดีต สำหรับปัญหานี้มีเกณฑ์ที่ใช้พิจารณา คือ โดยหลักแล้วการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะจะมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดในอนาคต (ex tunc) ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองว่ามีสภาพบังคับหรือชอบด้วยกฎหมาย แต่หลักดังกล่าวมีข้อยกเว้น คือ หากเป็นกรณีที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกระทำการหรือใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ฝ่ายปกครองชอบที่จะยกเลิกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่ต้นเมื่อเริ่มออกนิติกรรมทางปกครอง(ex tunc) ทั้งนี้ การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่ต้นเมื่อเริ่มออกนิติกรรมทางปกครองนี้ ต้องระบุขอบเขตของการยกเลิกไว้ให้ชัดเจน เพราะถ้าไม่ระบุขอบเขตการยกเลิกให้ชัดเจน ก็จะถือแต่เพียงว่านิติกรรมทางปกครองนั้นถูกยกเลิกนับตั้งแต่วันที่มิคำร้องยกเลิกเป็นต้นไป (ex nunc)⁶⁴

อย่างไรก็ตาม แม้ในกรณีที่จะมีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลในอนาคต (ex nunc) มิได้หมายความว่า นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดทันทีที่มีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น อาจมีการกำหนดเวลาที่นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดในอนาคตไว้ด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่มีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนและความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองในกรณีเฉพาะเรื่อง กล่าวคือ หากความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองมีสูง เช่น นิติกรรมทางปกครองนั้น กฎหมายกำหนดวิธีการพิจารณาในการออกนิติกรรมนั้นไว้อย่างเคร่งครัดมีขั้นตอนมาก กรณีนี้อาจนำไปสู่การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง โดยกำหนดเวลาที่นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดในอนาคตไว้ได้ เช่น

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 139-140.

ก. ได้เงินช่วยค่าเช่าบ้าน เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ จึงได้นำสัญญาเช่าบ้านเริ่มตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม ในราคาพอสมควร เพราะ ก. คำนวณแล้วว่าเขาอยู่ในฐานะที่จะชำระค่าเช่าบ้านได้ ต่อมาวันที่ 1 มิถุนายน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวเพราะออกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่จะเป็นการยุติธรรมถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้ผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองเริ่มตั้งแต่วันที่ 31 ธันวาคม เพื่อให้เวลาแก่ ก. ในการหาที่อยู่อาศัยใหม่ที่เหมาะสมต่อไป⁵⁵

อนึ่ง การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองอาจเป็นการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้ ทั้งนี้ ในกรณีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองเพียงบางส่วนต้องพิจารณาว่าส่วนที่ยกเลิกไม่ใช่สาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครอง หากส่วนที่ยกเลิกเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครองต้องยกเลิกนิติกรรมทางปกครองทั้งหมด และส่วนที่ยกเลิกจะต้องสามารถแยกออกจากส่วนที่ไม่ยกเลิก

3.2.2.3.2 คำสินไหมทดแทนเมื่อมีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง

กรณีที่มีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 48 (3) (โปรดดูหัวข้อ 3.2.2.1.2) คือ การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายปกครองให้สิทธิแก่ประชาชนประเภทอื่น นอกจากนิติกรรมทางปกครองที่ออกให้ใช้สิทธิได้เพียงครั้งเดียว หรือจะจ่ายเงินให้ตลอดเวลาที่กำหนด หรืออาจแบ่งแยกประโยชน์ที่จะได้รับ หรือมีลักษณะทำนองเดียวกัน

เมื่อมีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองในกรณีดังกล่าวข้างต้น เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ผู้เสียประโยชน์ หรือเสียสิทธิยื่นคำร้องขอ ฝ่ายปกครองจะต้องคำนวณเฉลี่ยความเสียหายเปรียบในทรัพย์สิน (Vermögensnachteil) อันเนื่องมาจากผู้รับนิติกรรมทางปกครองเชื่อถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะมีผลบังคับอย่างต่อเนื่องตลอดไป และความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวควรได้รับความคุ้มครองเมื่อเทียบกับประโยชน์มหาชนในกรณีนี้ อย่างไรก็ตาม คำสินไหมทดแทนที่คำนวณนี้จะต้องไม่มากไปกว่าประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะพึงได้รับจากความคงอยู่ของนิติกรรมทางปกครอง หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ผลประโยชน์ที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะพึงได้รับจากความคงอยู่ของนิติกรรมทางปกครองเป็นคำสินไหมทดแทนในอัตราสูงสุด⁵⁶

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 145.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 145.

ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองคำนวณค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวภายในเวลา 1 ปี นับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแจ้งให้ทราบว่าตนมีสิทธิดังกล่าว อนึ่ง กรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิในเรื่องค่าสินไหมทดแทน ถือว่าเป็นเรื่องพิพาทสิทธิทางปกครอง ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา

อย่างไรก็ตาม ผู้รับนิติกรรมทางปกครองไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้กระทำการดังที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบัญญัติไว้ในมาตรา 48 วรรคสอง 1)-3) (โปรดดูข้อ 3.2.2.1.1)

3.2.2.3.3 การเรียกคืนทรัพย์สินหรือสิทธิเมื่อมีการยกเลิกโดยให้มีผลย้อนหลัง

ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองถูกยกเลิกโดยให้มีผลย้อนหลังไปในอดีต (ex tunc) ย่อมทำให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองกลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนหนึ่งไม่เคยได้รับนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องทำให้ผลของนิติกรรมทางปกครองที่ถูกยกเลิกนั้นสิ้นผลอย่างแท้จริง จึงต้องมีการเรียกคืนทรัพย์สินหรือสิทธิที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้รับไปแล้วนั้นกลับมา ซึ่งหลักเกณฑ์ในการเรียกคืนทรัพย์สินหรือสิทธินี้ให้ถือเอาหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามประมวลแห่งลักษณะลาภมิควรได้มาใช้โดยอนุโลม⁵⁷

3.2.3 หลักเกณฑ์และผลในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

ก่อนที่ประเทศเยอรมันจะมีการตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) มีแนวความคิดว่า นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง แม้ออกมาโดยชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจในการเพิกถอนได้ แต่ต่อมาแนวความคิดนี้ได้เปลี่ยนไป โดยมีแนวความคิดใหม่ว่า หากจะมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องให้เหตุผลพิเศษในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น ทั้งนี้ เป็นการคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจที่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองมีต่อนิติกรรมทางปกครอง แนวความคิดดังกล่าวได้รับการพัฒนาต่อมาจนกระทั่งได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไว้ในมาตรา 49 ความว่า

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 146.

(1) นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นภาระหรือไม่เป็นคุณประโยชน์สำหรับผู้รับนิติกรรมทางปกครองอาจจะถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้โดยให้มีผลในอนาคต แม้จะล่วงพ้นระยะเวลาที่จะใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้วก็ตามเว้นแต่จะต้องออกนิติกรรมทางปกครองใหม่ ซึ่งมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่จะถูกเพิกถอนหรือด้วยเหตุผลอื่นที่มิอาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

(2) นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นคุณประโยชน์สำหรับผู้รับนิติกรรมทางปกครอง อาจจะถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้โดยให้มีผลในอนาคต แม้จะล่วงพ้นระยะเวลาที่จะใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้วก็ตาม เฉพาะแต่ในกรณีดังต่อไปนี้เท่านั้น

1. เมื่อกฎหมายบัญญัติชัดเจนให้เพิกถอนหรือมีข้อสงวนสิทธิที่จะเพิกถอนในนิติกรรมทางปกครอง
2. เมื่อนิติกรรมทางปกครองมีข้อกำหนดให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ได้กระทำการตามข้อกำหนดในนิติกรรมทางปกครอง หรือไม่กระทำการดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้
3. เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะไม่ออกนิติกรรมทางปกครองให้เนื่องจากเกิดข้อเท็จจริงใหม่ในภายหลัง และหากไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้วจะเป็นภัยต่อประโยชน์มหาชน
4. เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะไม่ออกนิติกรรมทางปกครองให้เนื่องจากข้อกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปตราบทแก่ที่ผู้ได้รับคุณประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองนั้นยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ที่เป็นคุณแก่ตนดังกล่าว หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ที่เป็นคุณแก่ตนดังกล่าวและหากไม่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้วจะเป็นภัยต่อประโยชน์มหาชน
5. เพื่อคุ้มครองมิให้เกิดผลเสียหายแก่ความผาสุกแก่ประชาชน หรือเพื่อจัดความเสียหายดังกล่าวให้พ้นไป

ให้นำมาตรา 48 วรรค 4 มาใช้โดยอนุโลม

(3) นิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนี้จะสิ้นผลไปทันทีที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลบังคับ หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(4) การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองภายหลังจากที่นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่อาจโต้แย้งคัดค้านแล้วนั้น ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 3 เป็นผู้วินิจฉัยกรณีนี้ใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่จะเพิกถอนได้โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นด้วย

(5) ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองตามวรรค 2 ข้อ 3-5 เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้ยื่นคำร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนฝ่ายปกครองจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความเสียหายเปรียบทางทรัพย์สินอันเกิดจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งถูกกระทบกระเทือนสิทธิ

เพราะเหตุที่เขาเชื่อถือหรือไว้วางใจในความดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องของนิติกรรมทางปกครอง เมื่อความเชื่อถือหรือความไว้วางใจดังกล่าวสมควรที่จะได้รับความคุ้มครอง ให้นำมาตรา 48 วรรคสาม 3-5 มาใช้บังคับโดยอนุโลม กรณีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งไหมทดแทนให้ฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม (der ordentliche Rechtsweg)⁵⁸

จากตัวบทในมาตรา 49 นี้ จะเห็นได้ชัดว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (Widerruf) ต่างจากการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง (Ruecknahme) กล่าวคือ การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง (มาตรา 48) เป็นเรื่องที่นิติกรรมทางปกครองออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (โมฆียะ) และมีการยกเลิกนิติกรรมดังกล่าว ส่วนการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นเรื่องที่นิติกรรมทางปกครองออกโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ทำให้นิติกรรมทางปกครองที่เคยชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีการเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว

หลักเกณฑ์ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอาจแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง กับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางปกครองที่จะถูกเพิกถอนได้ ต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับต่อเนื่อง (Verwaltungsakt mit Dauerwirkung) ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเพียงครั้งเดียว

3.2.3.1 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะถูกเพิกถอนได้ก็เฉพาะกรณีที่มีเหตุที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น ซึ่งต่างจากการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองขึ้นอยู่กับ การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนกับความเชื่อถือหรือไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองต่อนิติกรรมทางปกครองว่ามีสภาพบังคับหรือชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะกระทำได้เฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนดขอบเขตไว้

สำหรับเหตุในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 49 วรรคสอง กำหนดไว้ดังมีรายละเอียดดังนี้

(1) เมื่อมีกฎหมายบัญญัติชัดเจนให้เพิกถอน หรือมีข้อสวนสิทธิที่จะเพิกถอนในนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งอาจแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 152-153.

ก. เมื่อมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ กรณีนี้ นิติกรรมทางปกครองอาจถูกเพิกถอนเพราะเหตุที่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าให้มีการ เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ ทั้งนี้ อาจเพราะว่าฝ่ายนิติบัญญัติเห็นควรให้อำนาจฝ่าย ปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการ

ข. เมื่อมีข้อสงวนสิทธิที่จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (Widerrufs vorbehalt) ใน นิติกรรมทางปกครองอย่างชัดแจ้ง ฝ่ายปกครองอาจกำหนดข้อสงวนสิทธิในการเพิกถอนนิติกรรม ทางปกครองไว้อย่างชัดแจ้งในนิติกรรมทางปกครอง (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความใน ชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 36) แต่อย่างไรก็ตาม ข้อสงวนสิทธิดังกล่าวไม่ได้ให้อำนาจ ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองอย่างอิสระในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง⁵⁹ หากแต่ฝ่ายปกครอง จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยอาศัยข้อสงวนสิทธิได้ภายใต้เงื่อนไขต่อไป⁶⁰

1) ข้อสงวนสิทธิในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้กำหนดขึ้นโดยชอบ ด้วยกฎหมาย

2) มีเหตุผลในทางข้อเท็จจริงซึ่งเป็นสาระสำคัญและกำหนดไว้ในกฎหมาย ทำให้เจ้า หน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น เช่น ฝ่ายปกครองอนุญาตให้ ก.ตั้ง แผงขายหนังสือพิมพ์ได้ตามกฎหมายว่าด้วยการใช้ถนน โดยใบอนุญาตนี้มีข้อสงวนสิทธิว่า นิติกรรมทางปกครองนี้อาจถูกเพิกถอนได้ทุกเมื่อ ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนนี้ได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุผล ว่า การจราจรตามถนนดังกล่าวคับคั่งขึ้นและแผงขายหนังสือพิมพ์ของ ก.เป็นอุปสรรคต่อการใช้ ถนน ฝ่ายปกครองจะอ้างเหตุอื่นที่มีได้เป็นสาระสำคัญในการออกนิติกรรมทางปกครอง และที่ กฎหมายกำหนดไว้มาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนี้ไม่ได้ เช่น จะอาศัยเหตุผลว่า ก.ได้วาง จำหน่ายหนังสือที่เป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชนเพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ ก.ได้รับ ไม่ได้

(2) เมื่อนิติกรรมทางปกครองมีข้อกำหนดให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดและผู้รับ นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ได้กระทำการตามข้อกำหนดในนิติกรรมทางปกครอง หรือไม่กระทำ การดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ เช่น ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตให้ ก.ก่อสร้างอาคาร โดยมีข้อกำหนดว่าจะต้องสร้างที่จอดรถด้วย หาก ก.สร้างอาคารโดยไม่สร้างที่จอดรถ ฝ่าย ปกครองย่อมเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตาม การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วยสาเหตุข้างต้นจึงต้องพิจารณาถึง หลักกฎหมายเรื่องความจำเป็นและความสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่าการที่ผู้รับ นิติกรรมทางปกครองไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดนั้น ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นข้อกำหนดที่สำคัญหรือ

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 148.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 155.

ไม่ หากเป็นข้อกำหนดที่ไม่สำคัญ การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยอาศัยเหตุดังกล่าวย่อมไม่สมควรแก่เหตุ⁶¹

(3) เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะไม่ออกนิติกรรมทางปกครองให้ เนื่องจากเกิดข้อเท็จจริงใหม่ในภายหลัง และหากไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้วจะเป็นภัยต่อประโยชน์มหาชน การเพิกถอนโดยอาศัยเหตุนี้ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ

1) หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ในภายหลัง เกิดขึ้นในขณะที่ออกนิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะปฏิเสธที่จะออกนิติกรรมทางปกครองให้สิทธิแก่ผู้นั้น

2) หากไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น จะส่งผลเกิดอันตรายแก่ประชาชน

ตัวอย่างเช่น กฎหมายผังเมืองกำหนดห้ามมิให้สร้างโรงงานในเขตชุมชน นาย A ยื่นคำขอจัดตั้งโรงงานนอกเขตชุมชนแต่อยู่ใกล้ชุมชน ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตสร้างโรงงานให้แก่ นาย A ต่อมาเวลาผ่านไป 10 ปี ชุมชนมีการขยายตัวจนทำให้โรงงานของนาย A ตั้งอยู่ในเขตชุมชน ซึ่งจะเห็นได้ว่า หากนาย A ยื่นคำขอจัดตั้งโรงงานที่ตั้งอยู่ในเขตชุมชน ฝ่ายปกครองจะไม่ออกใบอนุญาตให้ ซึ่งเข้าเงื่อนไขประการแรกในการเพิกถอนแล้ว จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขข้อต่อไป คือ ต้องพิจารณาว่าหากยังคงปล่อยให้โรงงานของนาย A ยังคงดำเนินการต่อไป จะส่งผลให้เกิดอันตรายแก่ประชาชนหรือไม่ เช่น กรณีที่โรงงานของนาย A เป็นโรงงานที่มีกลิ่นรบกวน เช่นนี้หากยังคงให้โรงงานของนาย A ยังคงดำเนินการต่อไปย่อมส่งผลให้เกิดอันตรายแก่ประชาชน ฝ่ายปกครองต้องเพิกถอนใบอนุญาตของนาย A

(4) เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะไม่ออกนิติกรรมทางปกครองให้เนื่องจากข้อกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไป トラบเท่าที่ผู้ได้รับคุณประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองนั้นยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ที่เป็นคุณแก่ตนดังกล่าว หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ที่เป็นคุณแก่ตนดังกล่าว และหากไม่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้วจะเป็นภัยต่อประโยชน์มหาชนการเพิกถอนโดยอาศัยเหตุนี้ ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ

1) หากข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงในภายหลังมีอยู่ในขณะที่ออกนิติกรรมทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะปฏิเสธที่จะออกนิติกรรมทางปกครองที่สิทธิแก่ผู้นั้น

2) หากไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น จะส่งผลให้เกิดอันตรายแก่ประชาชน

3) ผู้รับนิติกรรมทางปกครองยังไม่ได้ใช้ประโยชน์จากนิติกรรมทางปกครองนั้น

ตัวอย่างเช่น นาย B ได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครองให้ก่อสร้างอาคารสูง 20 ชั้น ต่อมามีการออกกฎหมายใหม่ห้ามมิให้สร้างอาคารสูงเกินกว่า 15 ชั้น เพราะอาคารที่สูงเกินกว่า 15 ชั้นอยู่นอกเหนือขีดความสามารถในการดับเพลิงของเจ้าหน้าที่ หากนาย B ยังมีได้ลงมือก่อสร้างอาคารตามที่ได้รับใบอนุญาต ฝ่ายปกครองย่อมเพิกถอนใบอนุญาตได้

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 156.

(5) เพื่อคุ้มครองมิให้เกิดผลเสียหายแก่ความผาสุกของประชาชน หรือเพื่อจัดความเสียหายดังกล่าวให้พ้นไป เหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองข้อนี้เปรียบเสมือนเป็นเหตุทั่วไป เมื่อไม่ปรากฏเหตุผลการเพิกถอนใน 4 ประการข้างต้นจึงมาพิจารณาเหตุในการเพิกถอนข้อนี้ เหตุเพิกถอนข้อนี้เป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์ของมหาชนมีความสำคัญยิ่งกว่าประโยชน์ของเอกชนผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ประโยชน์มหาชนที่นำมาอ้างนั้นจะต้องสำคัญมากจริง ๆ⁶²

อนึ่ง เมื่อฝ่ายปกครองทราบเหตุในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแล้ว หากฝ่ายปกครองประสงค์จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว จักต้องกระทำภายใน 1 ปี นับแต่ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าว

3.2.3.2 การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอันมีผลต่อเนื่องอาจถูกเพิกถอนได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 วรรคแรกนี้ มิได้บัญญัติไว้อย่างละเอียด ดังเช่นกรณีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้ เพราะการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองไม่กระทบต่อหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง การคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองว่ามีสภาพบังคับหรือชอบด้วยกฎหมาย

ตามมาตรา 49 วรรคแรก อาจแยกพิจารณาหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้ ดังนี้

(1) หลักนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะถูกเพิกถอนได้ก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองไม่อาจออกนิติกรรมทางปกครองเช่นนั้นได้อีก เนื่องจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญของการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ฝ่ายปกครองไม่อาจออกนิติกรรมดังกล่าวได้ เช่นนี้ฝ่ายปกครองจึงจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ ซึ่งเป็นไปตามข้อเรียกร้องของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ตัวอย่างกรณีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลง เช่น นาย C ถูกห้ามมิให้ประกอบกิจการค้าต่อไป เนื่องจากเป็นผู้ไม่น่าไว้วางใจตามมาตรา 35 แห่งกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการค้า แต่ต่อ

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 157.

มานาย C มีความประพฤติเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีและไม่เป็นผู้ไม่น่าไว้วางใจ เช่นนี้ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งที่ห้ามนาย C มิให้ประกอบกิจการค้าได้ หรือตัวอย่างกรณีข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป เช่น ตามตัวอย่างข้างต้น หลังจากมีคำสั่งห้ามนาย C ประกอบกิจการค้าแล้ว ต่อมาได้มีการยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการค้าเช่นนี้ฝ่ายปกครองอาจเพิกถอนคำสั่งที่ห้ามนาย C ประกอบกิจการค้านั้นได้⁶³

(2) ข้อยกเว้น การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองไม่อาจกระทำได้ ถ้าถึงอย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองก็ต้องออกนิติกรรมทางปกครองใหม่ซึ่งมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครองที่จะถูกเพิกถอน หรือด้วยเหตุผลอื่นที่มิอาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อเข้าเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น ฝ่ายปกครองมักจะใช้ดุลพินิจในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระอันกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ดังตัวอย่างในเรื่องการห้ามประกอบการค้าซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 12 แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน เป็นต้น⁶⁴

อนึ่ง การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองนี้ ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้ตลอดเวลา ซึ่งต่างจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

3.2.3.3 ผลในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

3.2.3.3.1 ขอบเขตของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองย่อมมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดลง และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมาตรา 49 วรรคสาม กำหนดไว้ชัดว่า นิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนี้จะสิ้นผลไปทันทีที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลบังคับ เว้นแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อนึ่ง การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองแจ้งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 158.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 159.

โดยหลักแล้วการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจะมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลนับตั้งในอนาคต (ex nunc) ซึ่งเป็นไปตามหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองอาจกำหนดไว้ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองว่า ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลย้อนหลังไปถึงขณะที่มีการเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมายที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ (มาตรา 49 วรรคสามตอนท้าย) อนึ่ง การมีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองนี้ไม่อาจกำหนดให้ย้อนหลังเกินไปกว่าที่ข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงได้ เพราะจะไปกระทบต่อความเชื่อถือหรือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองอย่างยิ่ง

การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอาจเป็นการเพิกถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ (มาตรา 49 วรรคแรก) แต่ในกรณีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพียงบางส่วน ต้องพิจารณาว่าส่วนที่เพิกถอนไม่ใช่สาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครอง หากส่วนที่ต้องเพิกถอนเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครองต้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั้งหมด และที่สำคัญส่วนที่จะเพิกถอนนั้นจะต้องสามารถแยกออกจากส่วนที่ไม่เพิกถอนได้

3.2.3.3.2 คำสินไหมทดแทนเมื่อมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

กรณีที่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นคุณประโยชน์สำหรับผู้รับนิติกรรมทางปกครอง โดยอาศัยเหตุตามมาตรา 59 วรรคสอง 3-5 เมื่อผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้ยื่นคำร้องให้ชดเชยคำสินไหมทดแทน ฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยคำสินไหมทดแทนอันเกิดจากความเสียหายทางทรัพย์สินอันเกิดจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองให้แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นการคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครอง(มาตรา 59 วรรคห้า)

ผู้รับนิติกรรมทางปกครองจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองใช้คำสินไหมทดแทนดังกล่าวภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ฝ่ายปกครองแจ้งให้ทราบว่ามีสิทธิดังกล่าว อนึ่ง กรณีมีการโต้แย้งพิพาทเกี่ยวกับคำสินไหมทดแทน ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา (ต่างจากกรณีพิพาทเกี่ยวกับคำสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา)

อนึ่ง กรณีที่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยอาศัยข้อสงวนสิทธิที่จะเพิกถอนในนิติกรรมทางปกครอง จะไม่มีการจ่ายคำสินไหมทดแทน ทั้งนี้ เพราะการมีข้อสงวนสิทธิในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเท่ากับเป็นการแจ้งล่วงหน้าให้ทราบแล้วว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นอาจถูกเพิกถอนได้ในภายหลัง และเป็นการป้องกันมิให้เกิดประเด็นเรื่องการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจ นอกจากนั้น กรณีที่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยอาศัยเหตุ

ที่ว่า ผู้รับนิติกรรมทางปกครองไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดต่าง ๆ ในนิติกรรมทางปกครองนั้น ผู้รับนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะอ้างเอาหลักเรื่องการคุ้มครองความเชื่อถือหรือไว้วางใจที่มีต่อนิติกรรมทางปกครองขึ้นเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะสาเหตุในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเกิดขึ้นจากตัวผู้รับนิติกรรมทางปกครองเอง⁶⁶

3.3 เปรียบเทียบการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสกับประเทศเยอรมัน

ในส่วนที่ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์และผลในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสนั้น ผู้เขียนได้อธิบายคลุมถึงทั้งนิติกรรมที่มีผลเป็นการทั่วไปและมีผลเป็นการเฉพาะราย แต่ในส่วนที่จะเปรียบเทียบระหว่างการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนี้จะเปรียบเทียบเฉพาะนิติกรรมที่มีผลเป็นการเฉพาะรายเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะในประเทศเยอรมันนิติกรรมทางปกครอง หมายถึงแต่เฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะกรณีเท่านั้น นอกจากนี้ ในวิทยานิพนธ์นี้ยังได้กำหนดขอบเขตของนิติกรรมทางปกครอง โดยยึดถือตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งหมายถึงเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะราย

ในการเปรียบเทียบการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสกับประเทศเยอรมัน อาจเปรียบเทียบได้ดังต่อไปนี้

3.3.1 นิติวิธีที่ใช้ในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ต่างก็มีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุด แต่การวิเคราะห์เพื่อเข้าสู่ปัญหาที่ว่า จะทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดโดยวิธีการยกเลิกหรือเพิกถอนนั้นมีความแตกต่างกันกล่าวคือ ในประเทศฝรั่งเศสในการพิจารณาว่าจะทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดโดยการยกเลิก (abrogation) หรือเพิกถอน (retrait) จะพิจารณาจากขอบเขตของการทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นสิ้นสุดว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นจะสิ้นสุดย้อนหลังหรือไม่ หากการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองไม่ย้อนหลัง (คือมีผลในอนาคต) ก็จะใช้วิธียกเลิก แต่หากการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองย้อนหลังจะใช้วิธีเพิกถอน ในขณะที่ประเทศเยอรมันในการพิจารณาว่าจะทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดโดยการยกเลิก (Ruecknahme) หรือเพิกถอน (Widerruf) จะพิจารณาจากเหตุ

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 157.



ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองว่าเกิดขึ้นเมื่อใด กล่าวคือ หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้นเกิดในขณะที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองจะใช้วิธียกเลิก แต่หากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้นเกิดหลังจากที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองจะใช้วิธีเพิกถอน

ตัวอย่างแรก ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ นาย ก. ก่อนที่ นาย ก. จะลงมือดำเนินการก่อสร้างอาคารตามใบอนุญาต ฝ่ายปกครองตรวจพบว่าใบอนุญาตที่ออกให้นาย ก. นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองจึงประสงค์จะทำให้ใบอนุญาตดังกล่าวสิ้นผล มีปัญหาว่า ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

(1) กรณีข้างต้นหากเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองจะพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่าจะให้ผลของการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองย้อนหลังหรือไม่ กรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ นาย ก. ได้รับออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ นาย ก. ก็ยังมีได้ดำเนินการตามใบอนุญาต การทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลย้อนหลังไม่กระทบต่อสิทธิที่ นาย ก. ได้รับไปแล้ว ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงสามารถเพิกถอน (retrait) ใบอนุญาตได้

(2) กรณีข้างต้นหากเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมัน ฝ่ายปกครองจะพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่า เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอยู่ในขณะที่ออกนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ กรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น ใบอนุญาตที่ออกให้นาย ก. นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในเวลาที่มีการออกนิติกรรมทางปกครอง และเมื่อ นาย ก. ยังมีได้ดำเนินการตามใบอนุญาต ฝ่ายปกครองจึงสามารถยกเลิก (Ruecknahme) นิติกรรมทางปกครองโดยให้ผลของการยกเลิกย้อนหลังไปถึงขณะที่ออกนิติกรรมทางปกครองได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 48)

ตัวอย่างที่สอง ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตเปิดบ่อนการพนันให้แก่ นาย ข. ต่อมาภายหลังได้มีกฎหมายออกใหม่ห้ามมิให้มีการอนุญาตให้เปิดบ่อนการพนัน หากฝ่ายปกครองประสงค์จะทำให้ใบอนุญาตเปิดบ่อนการพนันสิ้นผล ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการยกเลิกหรือเพิกถอน

(1) กรณีข้างต้นหากเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองจะพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่าจะให้ผลของการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองย้อนหลังหรือไม่ กรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าว การออกใบอนุญาตเปิดบ่อนการพนันนั้นชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมาใบอนุญาตเปิดบ่อนการพนันไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังเพราะมีกฎหมายออกใหม่ห้ามมิให้มีการอนุญาตให้เปิดบ่อนการพนัน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจทำให้ผลของการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองกรณีนี้ย้อนหลังได้ ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้วิธียกเลิก (abrogation) นิติกรรมทางปกครองที่จะมีผลให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดโดยมีผลในอนาคต

(2) กรณีข้างต้นหากเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมัน ฝ่ายปกครองจะพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่า เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอยู่ในขณะที่ออกนิติกรรมทาง

ปกครองหรือไม่ กรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น ใบอนุญาตเปิดปอนการพนันออกโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมาภายหลังมีกฎหมายออกใหม่ห้ามมิให้มีการอนุญาตให้เปิดปอนการพนัน ซึ่งมีผลทำให้ใบอนุญาตที่ออกให้นาย ข. นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงเกิดขึ้นหลังจากที่ออกนิติกรรมทางปกครองเพราะมีการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายฝ่ายปกครองเมื่อประสงค์จะทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผล ต้องใช้วิธีการเพิกถอน (Widerruf) นิติกรรมทางปกครอง โดยกำหนดขอบเขตให้มีผลในอนาคต

3.3.2 หลักกฎหมายที่เป็นข้อเรียกร้องให้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

ทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ต่างเรียกร้องให้มีการขจัดนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไป ซึ่งทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต้องถูกทำให้สิ้นผลไม่ว่าจะโดยการยกเลิกหรือเพิกถอน แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อกฎหมายปกครองได้รับการพัฒนาขึ้น ทั้งฝรั่งเศสและเยอรมันก็เกิดหลักกฎหมายที่มาจำกัดขอบเขตในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง หลักดังกล่าวนี้เรียกในฝรั่งเศสว่า "la securite juridique" หรือหลักความมั่นคงทางกฎหมาย และในเยอรมันเรียกว่า "Rechtssicherheit" หรือหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ สำคัญของหลักดังกล่าวข้างต้นมีอยู่ว่า เมื่อประชาชนได้รับสิทธิ ประชาชนผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายย่อมมีความรู้สึกเชื่อว่าสิทธิดังกล่าวที่ได้รับมีความมั่นคงด้วย หลักกฎหมายนี้มีผลทำให้ไม่อาจมีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกกรณี ทั้งนี้ เพราะการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจำเป็นต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่งสิทธิที่ประชาชนได้รับไปแล้วด้วย โดยเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิหรือเป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง และการพัฒนาของหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนี้เองที่ทำให้การยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ตัวอย่างเช่น ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ นาย ค. และ นาย ค. ได้ลงมือดำเนินการก่อสร้างอาคารตามที่ได้รับอนุญาต ต่อมาฝ่ายปกครองตรวจพบว่าใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ออกให้แก่ นาย ค. นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีปัญหาว่า ฝ่ายปกครองจะยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้หรือไม่

(1) กรณีข้างต้นหากเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส เมื่อพิจารณาตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่เรียกร้องให้มีการขจัดนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไป ฝ่ายปกครองย่อมเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่ตามข้อเท็จจริงข้างต้น นาย ค. ได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารตามใบอนุญาตแล้ว การจะเพิกถอนจึงต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงทางกฎหมาย เพราะหากมีการเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้าง

อาคารของนาย ค. ย่อมกระทบต่อสิทธิที่นาย ค.ได้รับไปแล้ว กรณีนี้ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้

(2) กรณีข้างต้นหากเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมัน หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเรียกร้องให้มีการขจัดนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไป แต่ตามข้อเท็จจริงข้างต้น นาย ค.ได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารตามใบอนุญาตแล้ว การจะยกเลิกนิติกรรมทางปกครองจึงต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ ซึ่งกรณีนี้ นาย ค.ย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ เพราะเขาได้เริ่มใช้สิทธิตามนิติกรรมทางปกครองนั้นแล้ว หากให้มีการยกเลิกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร การยกเลิกย่อมกระทบต่อสิทธิของนาย ค.อย่างยิ่ง กรณีนี้ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองได้

3.3.3 หลักเกณฑ์ในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันต่างก็มีหลักเกณฑ์ในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะแตกต่างกันในวิธีการ แต่เมื่อพิจารณาโดยภาพรวมแล้วจะสังเกตเห็นว่า ไม่ว่าจะเป็นการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในฝรั่งเศสหรือเยอรมันต่างให้ความสำคัญในขั้นตอนการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ก่อสิทธิหรือเป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ซับซ้อนกว่านิติกรรมทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือเป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้ ก็เนื่องมาจากในการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ก่อสิทธิหรือเป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองกับการคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิที่ประชาชนได้รับไปแล้ว

อย่างไรก็ตาม ในรายละเอียดปลีกย่อยการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในฝรั่งเศสและเยอรมันมีความแตกต่างในด้านหลักเกณฑ์ในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เช่น กำหนดระยะเวลาในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิหรือเป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง ในประเทศฝรั่งเศสฝ่ายปกครองจะเพิกถอนได้ก็ต่อเมื่อยังไม่ขาดอายุความในการฟ้องคดีปกครอง (2 เดือนนับแต่นิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับ) ส่วนในประเทศเยอรมันฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนภายใน 1 ปี นับแต่ฝ่ายปกครองทราบข้อเท็จจริงอันจะนำไปสู่การเพิกถอน

อนึ่ง ข้อแตกต่างอีกประการหนึ่งระหว่างประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันก็คือ ประเทศเยอรมันได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ.1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz) มาตรา 48 และมาตรา 49 ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศส หลักเกณฑ์ในการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองยังไม่มีระเบียบบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ณ จุดนี้จึงชี้ให้เห็น

ถึงพัฒนาการของกฎหมายปกครองเยอรมันในเรื่องการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ที่ก้าวไปไกลกว่ากฎหมายปกครองฝรั่งเศส

3.3.4 ผลของการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองย่อมทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผล แต่การสิ้นผลของนิติกรรมทางปกครองจะย้อนหลังไปในอดีตหรือไม่ ในประเทศฝรั่งเศสก็ขึ้นอยู่กับว่าการสิ้นผลของนิติกรรมทางปกครองนั้นกระทำด้วยวิธีการยกเลิกหรือเพิกถอน หากเป็นการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองย่อมสิ้นผลย้อนหลังไปในอดีต ส่วนในประเทศเยอรมันนั้น ทั้งการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองต่างก็อาจมีผลย้อนหลังไปในอดีตได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าการมีผลย้อนหลังนั้นจะต้องไม่กระทบต่อหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ

ในประเทศเยอรมัน เมื่อมีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณแก่ผู้รับนิติกรรม และนิติกรรมนั้นมีผลต่อเนื่อง ผู้ถูกยกเลิกหรือเพิกถอนมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากฝ่ายปกครองหากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

กล่าวโดยสรุปจะเห็นว่า การยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันต่างก็มีสาระสำคัญที่ไม่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายที่เรียกร้องให้มีการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือหลักกฎหมายที่มาจำกัดการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้เพราะ การยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองต่างก็เริ่มต้นด้วยการพิจารณาว่าจะทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลได้หรือไม่ และถ้าหากให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผล การสิ้นผลนี้จะมีผลย้อนหลัง หรือมีผลในอนาคต แต่มีสิ่งหนึ่งที่แตกต่างกันอย่างเห็นเด่นชัดคือ นิตินัยในการเข้าสู่ปัญหาการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย