

บทที่ 2

ทฤษฎีและแนวคิดว่าด้วยการคุ้มครองความเชื่อถือ และความไว้วางใจของปัจเจกชน(Legitimate Expectations)

ในระบบรัฐสมัยใหม่(Modern State) ได้ใช้แนวคิดหลักนิติรัฐ(The Rule of Law) เป็นหลักในการปกครองประเทศ กล่าวคือ เป็นการที่รัฐปกครองโดยกฎหมายในฐานะที่เป็นสิ่งสูงสุดในรัฐ(Rule or Supremacy of Law) โดยข้อเรียกร้องที่เป็นสาระสำคัญอันหนึ่งของนิติรัฐ(The Rule of Law) ก็คือ กฎหมายที่ใช้ปกครองรัฐนั้นต้องมีความชัดเจน(Clearity) และความมั่นคงแน่นอน(Certainty) เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนในอันที่จะสามารถเชื่อมั่นและวางแผนชีวิตของตนตามแนวทางแห่งกฎหมาย และเพื่อสนองตอบข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐดังกล่าวจึงเกิดการพัฒนาหลักกฎหมายที่เรียกว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชน(Legitimate Expectations) ขึ้น เพื่อคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนที่เกิดจากการใช้อำนาจของรัฐ และเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย(Legal Certainty) อันเป็นปัจจัยที่สำคัญของปัจเจกชนในการกำหนดวางแผนชีวิตและคาดหมายถึงผลลัพธ์ในทางกฎหมายของตน หรือที่เรียกว่า ความเป็นอิสระในการกำหนดชีวิตของตนเองของปัจเจกชน(Autonomy)

เมื่อพิจารณาตามแนวทางของ หลักการแบ่งแยกอำนาจ(Separation of Powers) ที่แบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ การใช้ อำนาจเหล่านี้ล้วนต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ กล่าวคือ การใช้อำนาจเหล่านี้ต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย(Legal Certainty) การใช้อำนาจต้องมีความชัดเจน(Clearity) และความมั่นคงแน่นอน(Certainty) อธิบายได้ดังนี้

กรณีการใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายนั้นจะต้องคำนึงถึงความชัดเจนและความมั่นคงแน่นอนในเนื้อหาของสาระของกฎหมายที่ตราขึ้นด้วย โดยกฎหมายที่ตราขึ้นต้องมีเนื้อหา สาระที่ชัดเจน ไม่คลุมเคลือ มีผลบังคับที่มั่นคงแน่นอนสามารถคาดหมายได้ เช่น กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีเนื้อหา มีลักษณะเป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการตัดสินใจ บางกรณี ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดกรอบขอบเขตของดุลพินิจให้ชัดเจน มิใช่เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางไร้ขอบเขตอันส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจน และ

ไม่มั่นคงแน่นอนทางกฎหมายได้(Uncertainty) นอกจากนี้ เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องไม่ตรากฎหมายที่มีผลย้อนหลังในลักษณะที่เป็นการให้โทษแก่ปัจเจกชนด้วย

กรณีการใช้อำนาจบริหารหรือการใช้อำนาจฝ่ายปกครองนั้น ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายเป็นสิ่งสำคัญที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงขณะใช้อำนาจ เพราะในปัจจุบันสังคมได้ก้าวเข้าไปสู่ยุคที่เรียกว่า รัฐสวัสดิการ กล่าวคือ เป็นการที่รัฐมีบทบาทหน้าที่อย่างมากในการเข้าไปแทรกแซงเอกชนเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม และด้วยเหตุที่สภาพสังคมมีความซับซ้อนมากขึ้น ยากที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่ปัจเจกชนเฉพาะกรณีได้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมอบอำนาจดุลพินิจให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อให้ปรับใช้อำนาจของตนให้เป็นธรรมเหมาะสมเฉพาะกรณีในปริมาณมากขึ้นจากเดิม อย่างไรก็ตาม อำนาจดุลพินิจที่มากขึ้นย่อมอาจทำให้ความมั่นคงทางกฎหมายให้มีปริมาณลดลงได้ ดังนั้น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายด้วย โดยเฉพาะกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเอื้อประโยชน์แก่ปัจเจกชนผู้รับคำสั่ง ย่อมอาจกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนแห่งสิทธิ(Security of Right) และความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ ในกรณีเช่นนี้หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชนจะถูกนำมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความสมดุลแห่งประโยชน์ กล่าวคือ สมดุลระหว่างความเสียหายที่ปัจเจกชนผู้รับคำสั่งจะได้รับกับผลประโยชน์สาธารณะที่สังคมจะได้รับ(Public Interest)

กรณีการใช้อำนาจตุลาการนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ในการใช้อำนาจตุลาการวินิจฉัยตัดสินความในแต่ละกรณีนั้น หากข้อเท็จจริงแห่งกรณีและกฎหมายที่จะปรับใช้มีลักษณะเช่นเดียวกันกับกรณีก่อน ผู้ใช้อำนาจตุลาการจะต้องผูกพันตนตามแนวทางแห่งคำวินิจฉัยในกรณีก่อนหน้า เว้นแต่จะมีเหตุผลพิเศษ อันสมควรเฉพาะกรณี ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในการใช้อำนาจวินิจฉัยตัดสินคดีอันอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ ทรัพย์สิน และประโยชน์ของประชาชน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นศึกษากรณีความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เฉพาะในกรณีการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่ง

ทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันกระทบต่อความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งในความคงอยู่ของคำสั่งและสิทธิประโยชน์ที่จะได้รับ ทั้งนี้ เพื่อเป็นประโยชน์ในทางวิชาการและเป็นข้อมูลประกอบการใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ของฝ่ายปกครองต่อไป

1. แนวคิดอันเป็นรากฐานของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง(Legitimate Expectations in Administrative Act)

เดิมรัฐมีหน้าที่เฉพาะแต่การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม อาทิ ป้องกันปราบปรามโจรผู้ร้าย และดำเนินการจัดเก็บภาษี กิจกรรมเหล่านี้ยังไม่ค่อยปรากฏความซับซ้อนเท่าใดนัก ต่อมาในยุคแห่งการปฏิวัติอุตสาหกรรมและการแพร่หลายของหลักเสรีนิยมและหลักปัจเจกชนนิยม ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่กำกับความเป็นไปของสังคมในแนวทางใหม่ คือเศรษฐศาสตร์แบบเสรีนิยม(Laissez-faire) แนวคิดหน้าที่ของรัฐในขณะนั้นคือ “รัฐบาลที่ดีที่สุดคือรัฐบาลที่ใช้อำนาจปกครองน้อยที่สุด” กล่าวคือ รัฐต้องจำกัดอำนาจตัวเองไม่เข้าแทรกแซงการกระทำต่างๆ ของเอกชน อย่างไรก็ตาม สภาพสังคมที่ได้รับผลกระทบจากระบบเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวมีลักษณะที่ซับซ้อนอย่างมาก แนวคิดที่จะปล่อยให้เป็นอย่างเสรีและจำกัดอำนาจในการแทรกแซงของรัฐเริ่มเปลี่ยนไป ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 รัฐเริ่มเปลี่ยนแนวทางโดยเข้าใช้อำนาจแทรกแซงกิจการต่างๆ ในสังคมมากขึ้น อันเป็นแนวคิดของ “รัฐสวัสดิการ(Welfare State) กฎหมายในยุคนี้มีปริมาณมากมาย รัฐใช้อำนาจเข้าแทรกแซงกิจการของเอกชนอย่างกว้างขวางเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นภายในสังคม

ด้วยเหตุความเจริญเติบโตของแนวคิด “รัฐสวัสดิการ” นี้ ก่อให้เกิดลักษณะที่รัฐเข้าแทรกแซงในกิจกรรมแทบจะทุกด้านของปัจเจกชน ทั้งการประกอบอาชีพ, การติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคล, ที่อยู่อาศัย ฯลฯ เพื่อความเสมอภาคกันในทางเศรษฐกิจ ความเป็นธรรมในสังคม และการป้องกันภัยพิบัติ ฝ่ายปกครองจึงได้รับมอบอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง เนื่องจาก

เพื่อให้เกิดการใช้อำนาจด้วยความยืดหยุ่นและเป็นธรรมแก่ปัจเจกชนในแต่ละกรณี¹ ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นแก่ปัจเจกชนคือ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในลักษณะของคำสั่งทางปกครองหรือการแสดงออกโดยพฤติกรรมของฝ่ายปกครองกลายเป็นส่วนหนึ่งในการวางแผนในชีวิตของปัจเจกชนไม่ว่าในลักษณะแผนในระยะยาวหรือระยะสั้นก็ตาม² ดังนั้น กฎหมายและการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงควรมีความชัดเจนและมีความแน่นอนมั่นคง ความไม่ชัดเจนและแน่นอนของกฎหมายและการใช้อำนาจอาจทำให้ปัจเจกชนไม่มั่นใจในสิทธิและหน้าที่ของตน และทำให้ไม่อาจวางแผนชีวิตได้โดยเหมาะสมตามควร ปัจเจกชนควรที่จะสามารถเชื่อถือและไว้วางใจในความมั่นคงของกฎหมาย หรือมีความมั่นคงแห่งสิทธิของตนในการกระทำของฝ่ายปกครองได้ โดยเฉพาะในกรณีที่ปัจเจกชนได้รับประโยชน์จากการกระทำของฝ่ายปกครอง และปัจเจกชนได้มีความเชื่อถือและไว้วางใจในการกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าว ฝ่ายปกครองจึงต้องเคารพและคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของปัจเจกชนนั้น (Legitimate Expectations)

แนวคิดทฤษฎีอันเป็นรากฐานของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น มีที่มาจาก 2 ทฤษฎีหลัก คือ ทฤษฎีความไว้วางใจ (The Reliance Theory) และทฤษฎีหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) ดังจะกล่าวถึงต่อไปนี้

1.1 ทฤษฎีความไว้วางใจ (The reliance theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าในความสัมพันธ์ทั้งหลายไม่ว่าจะระหว่างเอกชนด้วยกันหรือระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น มีความผูกพันอันมีลักษณะเป็นการทั่วไปอย่างหนึ่งคือ บุคคลย่อมผูกพันที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอันป้องกันได้ (Preventable Harm) แก่บุคคลอื่น โดยแนวคิดดังกล่าวมีที่มา 2 ประการด้วยกัน คือ

¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ครั้งที่ 1 (พระนคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2540), หน้า 20.

² Søren Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, 1st (Newyork : Oxford University Press Inc., 2000), p 1.

ประการแรก แนวคิดเรื่องสวัสดิการของรัฐและความสงบเรียบร้อยของสังคมซึ่งมีแนวคิด
ว่าบุคคลไม่ควรรับทุกข์ทรมานจากความเสียหายอันป้องกันได้(Preventable Harm)

ประการที่สอง พิจารณาในแง่ของความสามารถในการกำหนดชีวิตตนเองของปัจเจกชน
แล้ว อิสรเสรีภาพในการกระทำของบุคคลย่อมถูกจำกัดไม่ให้ถูกใช้ไปในทางที่ก่อให้เกิดความ
เสียหายแก่บุคคลอื่น ดังที่ แมคคอมมิก(N.MacCormick) ได้ให้แนวคิดไว้ว่า

“ถ้าบุคคลอาจได้รับความเสียหายจากความเชื่อถือและความไว้วางใจใน
พฤติกรรมบุคคลอื่นผู้ซึ่งมีเจตนาหรือรู้ได้ว่าการกระทำของตนได้ชักจูง
บุคคลอื่นให้เกิดความเชื่อถือและไว้วางใจในตน(โดยทำให้บุคคลรู้สึกว่
น่าจะเป็นเช่นนั้น หรือควรตระหนักเช่นนั้น) บุคคลดังกล่าวต้องผูกพัน
ตนที่จะไม่ทำลายความเชื่อถือและไว้วางใจของบุคคลนั้น”³

แนวคิดดังกล่าวได้ถูกพัฒนาเพื่ออธิบายธรรมชาติเชิงจริยธรรมของสัญญาและ
ข้อผูกพันต่างๆ ซึ่งต่อา โจเซป เรซ(Joseph Raz) ให้แนวคิดเสริมว่าหลักการว่าด้วยความความ
เสียหาย(Harm Principle) นั้น เป็นเหตุผลพื้นฐานอันจะถูกปรับใช้ในลักษณะของหลักกฎหมายปิด
ปาก(Estoppel) ในกรณีที่ปราศจากความสัมพันธ์ในลักษณะของสัญญาระหว่างคู่กรณี⁴

พิจารณาจากทฤษฎีความไว้วางใจดังกล่าว สามารถนำมาประยุกต์ใช้กับกรณีการ
กระทำของฝ่ายปกครองได้ คือ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอิสระในการกระทำการใดๆ เพื่อประโยชน์
สาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองย่อมต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในการใช้อำนาจคือต้องไม่ให้ก่อให้เกิดความ
เสียหายที่เป็นพิเศษแก่ปัจเจกชน โดยเฉพาะหากหน่วยงานของรัฐได้ก่อให้เกิดความเชื่อถือและ
ไว้วางใจขึ้นแก่ปัจเจกชนด้วยการพฤติกรรมที่แสดงออกอันก่อให้เกิดความรู้สึกว่ามีความเป็นไปได้
(ความเชื่อถือและไว้วางใจ) ถือว่าเป็นหน้าที่พื้นฐานของฝ่ายปกครองในการที่จะไม่ทำลายความ
ไว้วางใจของปัจเจกชนดังกล่าว ฝ่ายปกครองต้องเคารพความคาดหวังหรือความเชื่อถือและไว้วางใจ

³ N.MacCormick, Voluntary Obligations and Normative Powers,(1972)Proceedings of the
Aristotelian Society,Supplement 46,59,67-8 see. SØren SchØnberg, Legitimate expectations in administrative
law(Oxford,2000c), p.10.

⁴ J.Raz, Voluntary Obligations and Normative Powers,(1972)Proceedings of the Aristotelian
Society,Supplement 46,79,101 see. SØren SchØnberg,Legitimate expectations in administrative law
(Oxford,2000c), p.10.

ที่ถูกสร้างขึ้นจากสิ่งที่ตนแสดงออก หรืออย่างน้อยก็ชัดเจนความเสียหายที่เกิดขึ้น แนวคิดในทฤษฎีความไว้วางใจดังกล่าว จึงเป็นพื้นฐานความคิดอันหนึ่งของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม แนวคิดที่ว่าทฤษฎีความไว้วางใจเป็นพื้นฐานอันเป็นที่มาของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชนได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นแนวคิดที่ค่อนข้างจำกัด และไม่ยืดหยุ่น กล่าวคือ ความไว้วางใจไม่ควรที่จะเป็นเหตุผลเดียวในการให้ความคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ การคำนึงถึงความไว้วางใจเพียงอย่างเดียวอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างกรณีที่คล้ายคลึงกันได้(ความเสมอภาค-Equality) เพราะปัจเจกชนจะมีความไว้วางใจหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่คลุมเครือหรืออาจเป็นความโชคคิโดยบังเอิญ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Hargreaves⁵ ผู้ร้องเป็นนักโทษที่มีสิทธิตามนโยบาย Home Office Policy ซึ่งมีสิทธิสมัครเพื่อขอลากลับบ้านหลังจากได้รับโทษภายใต้ระยะเวลาหนึ่งอันสมควรแล้ว ต่อมานโยบายดังกล่าวมีความเปลี่ยนแปลง การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวกระทบต่อสถานะของเขาอย่างมาก สิทธิของเขาในการที่จะเข้าร่วมนโยบายดังกล่าวไม่มีอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงความเสียหาย (สูญเสียความไว้วางใจ) ของเขาที่เกิดขึ้นมิได้มีผลลัพธ์มาจากความไว้วางใจในนโยบายที่คงดำรงอยู่ กรณีนี้เรียกว่า “ข้อผูกพันในเชิงอารมณ์(Emotion Commitment)” กล่าวคือ ความคาดหมายทางอารมณ์ที่นักโทษคาดหมายว่าจะได้รับหลังจากออกจากเรือนจำ และแผนการชีวิตที่เขาได้วางแผนไว้ หลังจากนั้น ในกรณีนี้อยู่นอกเหนือขอบเขตของทฤษฎีความไว้วางใจ(Reliance Theory) เนื่องจากมีความแตกต่างสำคัญระหว่างกรณีแผนการดำเนินชีวิตที่ปัจเจกชนได้วางไว้ถูกทำลาย กับความเสียหายอันเกิดจากกรณีที่ปัจเจกชนได้กระทำการตามความไว้วางใจอย่างแท้จริงในพฤติกรรมหรือสิ่งที่ฝ่ายปกครองได้แสดงออกก่อนหน้านี้

นอกจากนี้ หลักการของทฤษฎีความไว้วางใจ(The reliance theory) ที่ว่าฝ่ายปกครองต้องผูกพันที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอันป้องกันได้แก่ปัจเจกชนนั้น(Preventable Harm) มีความไม่ยืดหยุ่นอย่างยิ่ง เพราะในหลายกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการในสิ่งที่คาดหมายล่วงหน้าได้ว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือทำลายความไว้วางใจของปัจเจกชนด้วย

⁵ คดี R v Home Secretary, ex p Hargreaves[1997]

เหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น ฝ่ายปกครองอาจต้องเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือคำสั่งเพื่อประโยชน์สาธารณะแม้ว่าฝ่ายปกครองคาดหมายได้ว่าอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชนก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ถ้าพิจารณาโดยยึดมั่นแต่หลักว่าด้วยความเสียหายป้องกันได้(Harm Principle) เพียงอย่างเดียวย่อมก่อให้เกิดความไม่ยืดหยุ่นเป็นอย่างยิ่ง เพราะแท้จริงแล้วในกรณีเช่นนี้สิ่งที่ฝ่ายปกครองควรพิจารณาคือประเด็นเรื่องความเป็นธรรม(Fair) กล่าวคือ ความสมดุลระหว่างผลประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายของปัจเจกชน ดังนั้น แนวคิดว่าด้วยความเสียหาย(Harm Principle) เพียงลำพังจึงไม่ยืดหยุ่นเพียงพอที่จะสามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรม(Fair) ดังกล่าวได้⁶

1.2 ทฤษฎีหลักนิติรัฐ(The Rule of Law)

แนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ(The Rule of Law) หรือการปกครองโดยกฎหมายนั้นมีที่มาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ โดยพลาโต(Plato) ปราชญ์ชาวกรีก(427-347 B.C.) ได้เขียนหนังสือชื่อ The Laws โดยยอมรับว่ารัฐควรถูกปกครองโดยกฎหมาย ในฐานะเป็นการปกครองที่มีความเป็นกลาง ปราศจากอคติในประโยชน์ตนดังเช่นการปกครองโดยมนุษย์(Free from Passion) แนวคิดนี้มีอิทธิพลในการร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศสหรัฐอเมริกา ยกตัวอย่างเช่น ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ค.ศ.1780 ซึ่งร่างโดยจอห์น อัดัมส์(John Adams) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 30 ว่าต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ(Separate of powers) “เพื่อให้ได้ผลดีที่สุดจะมีการปกครองโดยกฎหมายและมีใช้การปกครองของมนุษย์(a government of laws and not of men)” และในประเทศเยอรมัน โยฮันน์ ฟิคเต้(Johann Fichte) ได้เสนอแนวคิดรัฐภายใต้กฎหมาย หรือที่เรียกว่า “นิติรัฐ”(Rechtsstaat) มีสาระสำคัญเป็นการปกครองรัฐโดยกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้ในประเทศอังกฤษศาสตราจารย์ อัลเบิร์ต เว็นน์ ไคซี(Albert Venn Dicey) ได้เขียนไว้ในหนังสือชื่อ The Law of the Constitution ปี 1885 ว่า การปกครองโดยกฎหมายหรือการที่กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดของรัฐเป็นหลักรัฐธรรมนูญอังกฤษที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าทฤษฎีหลักนิติรัฐ(The Rule of Law) มีอิทธิพลต่อแนวคิดทางกฎหมายปกครองในประเทศต่างๆ อย่างมาก

⁶ Søren Schønberg, *Legitimate expectations in administrative law*, 1st, pp 10-11.

นอกจากนี้ ยังมีข้อเรียกร้องสำคัญของหลักนิติรัฐที่เกี่ยวข้องกับหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ คือ ความคาดหมายได้(Predictability) และความแน่นอน(Certain)ทางกฎหมาย ดังอธิบายได้ ดังนี้

1.2.1 หลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย(Legal Certainty)

ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายเป็นหลักการสำคัญอันหนึ่งในทฤษฎีหลักนิติรัฐไฮน์ริช ซีเดนต์อปฟ์(Heinrich Siedentopf) ได้กล่าวไว้ในหนังสือ The Principle of the Rule of Law ว่า สาธารณธรรมสำคัญของหลักนิติรัฐประการหนึ่ง คือ ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลต้องสามารถเชื่อมั่นในกฎหมายและสิทธิต่างๆที่เกิดขึ้นจากกฎหมาย(ความมั่นคงแห่งสิทธิ-ผู้เขียน) ตลอดจนต้องคุ้มครองความเชื่อในผลทางกฎหมาย(คุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง-ผู้เขียน)⁷ และในหนังสือ “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ของอาจารย์ชัชววัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้กล่าวถึงหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย⁸ ไว้ว่า

“ สาธารณธรรมสำคัญของหลักนิติธรรมมีดังนี้...(3) การมีกฎหมายที่ดี(Good law)....ก) ในแง่หลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายโดยทั่วไปเห็นตรงกันว่ากฎหมายต้องมีความชัดเจน(Clearity) เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและสามารถปฏิบัติตามได้ถูกต้องนอกจากนี้ กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนมั่นคง(Certainty) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปย่อมจะก่อให้เกิดความสับสน และทำให้ประชาชนไม่มั่นใจในสิทธิหน้าที่ของตน ทำให้ไม่อาจวางแผนชีวิตได้โดยเหมาะสมตามสมควร ความแน่นอนมั่นคงแห่งกฎหมายนี้จะมีผลสืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดมาด้วย หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ(Security of Right) เช่น สิทธิที่เกิดจากคำสั่งของฝ่ายปกครองก็จะมีหลักให้มีความแน่นอนโดยบุคคลทุกคนต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แม้คำสั่งนั้นจะออกโดยขัดกฎหมาย(เว้นแต่กรณีโมฆะ) แต่อาจไปฟ้องเพิกถอนในภายหลังได้ ซึ่งจะมีผลสืบทอดไปอีก

⁷ Heinrich Siedentopf, *The Principle of the rule of Law*, "The rule of law in Public Administration : The German Approach 4-II(Speyerer Forschungsberichte 122,1993) .

⁸ ชัชววัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, ครั้งที่ 1, หน้า 26-27.

ช่วงว่าหากมีคำสั่งทางปกครองใดให้ประโยชน์แก่บุคคล และบุคคลซึ่งเชื่อโดยสุจริตในความมั่นคงของสิทธิในประโยชน์นั้น กฎหมายก็ต้องเคารพและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Expectation) ดังกล่าวตามควร...”

จากข้อความดังกล่าวข้างต้นพิจารณาได้ว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชน มีที่มาจากหลักความมั่นคงแห่งสิทธิและหลักความแน่นอนของกฎหมายอันเป็นหลักการย่อยภายใต้หลักนิติรัฐนั่นเอง

จากการศึกษาหลักความแน่นอนทางกฎหมายอันเป็นหลักการย่อยภายใต้หลักนิติรัฐนั้น สามารถสรุปประเด็นที่น่าสนใจได้ ดังนี้

(ก) ความสำคัญของหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย (Legal Certainty) และหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (Security of Right) ต่อการกำหนดแนวทางการดำรงชีวิตของปัจเจกชน

เนื่องด้วยแนวคิดของความเป็นรัฐสวัสดิการที่เจริญขึ้นในแนวทางการปกครองแบบรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ซึ่งมีลักษณะเป็นการที่รัฐเข้าแทรกแซงการดำเนินกิจการของเอกชน และกิจกรรมอื่นๆ ในชีวิตของปัจเจกชน เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ ความเป็นธรรมในสังคม และการป้องกันภัยพิบัติอันจะเกิดขึ้น โดยการแทรกแซงนั้นได้อาศัยเครื่องมือคือ “กฎหมาย” เป็นสิ่งสำคัญในการดำเนินการของรัฐ และกฎหมายเหล่านี้ถ้าจะกล่าวโดยชัดก็คือ “กฎหมายปกครอง หรือ กฎหมายมหาชน”⁹ นั่นเอง ในยุคสมัยแห่งรัฐสวัสดิการนั้น สังคมมีความซับซ้อนและมีปริมาณของกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่เป็นจำนวนมาก ดังนั้น ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายจึงมีความสำคัญในการกำหนดแนวทางชีวิตของปัจเจกชน เพราะปัจเจกชนต้องอาศัยกฎหมายในการตัดสินใจที่จะดำเนินการต่างๆ ในชีวิต อาทิเช่น ในการตัดสินใจประกอบกิจการทางธุรกิจต่างๆ ปัจเจกชนต้องคำนึงถึงกฎหมายว่ามีบทบัญญัติจำกัดการประกอบกิจการดังกล่าวหรือไม่ และภายใต้เงื่อนไขอย่างไร

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), หน้า 40-42.

¹⁰ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในสถานะผู้ที่ใช้อำนาจเหนือกว่ากับเอกชนผู้ใช้อำนาจรัฐ

นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่เป็นรัฐสวัสดิการภารกิจของฝ่ายปกครองจึงมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ประกอบกับข้อเท็จจริงในสังคมที่มีความหลากหลายมากขึ้นทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีได้ จึงได้มอบอำนาจดุลพินิจให้ฝ่ายปกครองในการปรับใช้อำนาจให้เหมาะสมและเป็นธรรมในแต่ละกรณี ดังนั้น ความแน่นอนและคาดหมายได้ของการดำเนินการของฝ่ายปกครองจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการกำหนดแนวทางในชีวิตของปัจเจกชน กล่าวคือ ปัจเจกชนจะสามารถกำหนดแนวทางในชีวิตของปัจเจกชนได้ก็ต่อเมื่อสามารถวางแผนและคาดหมายถึงผลลัพธ์ของการกระทำของตนได้ ซึ่งต้องอาศัยความแน่นอนและคาดหมายได้ของกฎหมายและแนวทางการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในสังคมที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาเช่นในปัจจุบัน กฎหมายจึงควรเป็นสิ่งที่ปัจเจกชนสามารถไว้วางใจได้

ตามทฤษฎีหลักนิติรัฐแล้วฝ่ายปกครองควรเคารพหลักการว่าด้วยความเสมอภาค คือ ในกรณีข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายกันควรถูกปฏิบัติโดยปรับใช้กฎหมายอย่างถูกต้องและแน่นอนในลักษณะเดียวกัน หากปราศจากความเสมอภาคเช่นนี้แล้ว การกระทำของฝ่ายปกครองย่อมเป็นการกระทำตามอำเภอใจและก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอย่างมาก นอกจากนี้ มาตรการของฝ่ายปกครองควรมีความแน่นอนและมีเสถียรภาพ กล่าวคือ กฎหมายควรที่จะกำหนดให้การกระทำของฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาในกรณีฉุกเฉินและกรณีระยะยาวด้วย เนื่องจากปัจเจกชนจะไม่สามารถกำหนดชีวิตของตนเองได้หากนโยบายของฝ่ายปกครองมีความเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาและในลักษณะกระทันหัน นอกจากนี้ความไม่มั่นคงแน่นอนทางกฎหมายดังกล่าว อาจเป็นการทำลายสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนด้วยเหตุที่ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนเกี่ยวกับขอบเขตแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน¹¹

(จ) หลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย(Legal Certainty)กับการส่งเสริมประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ(Economic Efficiency)

ในแง่มุมมองทางเศรษฐศาสตร์(Economic) แมกซ์ เว็ปเปอร์(Max Weber) นักเศรษฐศาสตร์การเมืองชาวเยอรมัน ได้ให้ความสำคัญกับความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย(Legal Certainty)โดยถือว่าเป็นเหตุผลทางธุรกิจที่สำคัญในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม กล่าวคือ ในบรรดา

¹¹ Søren Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, 1st, p 13.

กิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งหลายความมีอิสระในการตัดสินใจได้ด้วยตนเองของผู้ประกอบการเป็นสิ่งที่สำคัญมาก และในโลกที่ปราศจากความแน่นอนและมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว กฎหมายถือเป็นสิ่งสำคัญที่ผู้ประกอบการสามารถจะไว้วางใจได้¹²

(ค) ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย(Legal Certainty) กับการใช้อำนาจดุลพินิจ (Discretionary power)ของฝ่ายปกครอง

ด้วยเหตุความเป็นรัฐสวัสดิการทำให้ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) จากฝ่ายนิติบัญญัติอย่างกว้างขวางเพื่อที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่ปัจเจกชนในเฉพาะกรณีได้ อย่างไรก็ตาม ในทางตรงกันข้ามการที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวางนั้นก็ทำให้ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายลดลง กล่าวคือ ปัจเจกชนไม่สามารถคาดหมายได้ว่าอำนาจดุลพินิจดังกล่าวจะถูกใช้ไปในแนวทางเช่นใด เนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวก็ใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน และกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่ไม่เป็นทางการของฝ่ายปกครองซึ่งปัจเจกชนไม่สามารถตระหนักรู้ได้มีผลต่อแนวทางการใช้อำนาจของดุลพินิจดังกล่าว ในกรณีนี้การแสดงออกของฝ่ายปกครอง เช่น ข้อมูลที่ได้จากคำแนะนำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ย่อมก่อให้เกิดความเชื่อถือและไว้วางใจขึ้นแก่ปัจเจกชนในแนวทางและผลลัพธ์ของการใช้อำนาจดุลพินิจได้ ดังนั้น หากฝ่ายปกครองเคารพในความเชื่อถือและไว้วางใจของปัจเจกชนดังกล่าว ย่อมทำให้การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่สามารถคาดหมายได้และก่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายเพิ่มมากขึ้น¹³

(ง) บทบาทของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชน (Legitimate Expectations)จากการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีต่อความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย (Legal Certainty)

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองถือเป็นหลักการที่สนองตอบข้อเรียกร้องในความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายของหลัก

¹² Søren Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, 1st, pp 12-13.

¹³ Søren Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, 1st, p 13.

นิติรัฐโดยตรง กล่าวคือ ด้วยเหตุที่การกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าเอกชน เช่น กำหนดกฎเกณฑ์ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติ การกระทำของฝ่ายปกครองจึงควรมีความชัดเจนและคาดหมายได้ โดยเฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ความชัดเจนและคาดหมายได้ของการใช้อำนาจดังกล่าวถือเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่ง หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองจึงเป็นหลักที่เข้ามาส่งเสริมให้เกิดความชัดเจนและคาดหมายได้ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยส่งผลให้การที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจทางปกครองจะต้องคำนึงถึงความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชน และดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์สาธารณะกับความเสียหายที่ปัจเจกชนจะได้รับจากการทำลายความเชื่อถือและความไว้วางใจดังกล่าว ยกตัวอย่างได้เช่น ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนผู้รับคำสั่งย่อมมีผลกระทบต่อความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนที่มีต่อความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับการที่ปล่อยให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้โดยอิสระนั้นย่อมก่อให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนทางกฎหมายอย่างมาก หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองจึงเข้ามาทำหน้าที่สนองตอบความต้องการของหลักนิติรัฐ โดยให้ความคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนที่มีต่อความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ทำให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งจะกระทำมิได้เว้นแต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ การให้ความคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจดังกล่าวก่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายเพิ่มมากขึ้นอันเป็นการสนองตอบต่อข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐนั่นเอง

1.3 ทฤษฎีหลักความสุจริต (Good Faith)

ทฤษฎีหลักความสุจริต แรกเริ่มเดิมทีมีที่มาจากความต้องการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ กล่าวคือ สมาชิกในสังคมถูกคาดหมายหรือไว้วางใจว่าจะปฏิบัติต่อผู้อื่นเหมือนดังเช่นที่ตนเองปฏิบัติต่อตนเอง โดยกำหนดในลักษณะให้มีการปฏิบัติตามข้อผูกพันต่างๆ อย่างถูกต้องครบถ้วน (Obligation must be fulfilled) แนวคิดดังกล่าวได้พัฒนามาเป็นหลักข้อผูกพันของสัญญา (Pacta sunt servanda) คือ ผู้ที่ให้สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตนให้ไว้ หรือการรักษาคำพูด หรือการ

รักษาสัจย์(bona fide) ซึ่งได้พัฒนาความหมายต่อมาเป็นการปฏิบัติตนในฐานะบุคคลผู้สุจริตควรจะทำ เจตนารมณ์ของทฤษฎีหลักความสุจริต คือ ความมุ่งหมายให้เกิดความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมที่แท้จริง มิใช่ความยุติธรรมตามกระบวนการใช้กฎหมายอันเป็นความยุติธรรมตามแบบพิธีเท่านั้น เนื่องจากเมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป หากจะยึดเพียงความยุติธรรมตามแบบพิธีย่อมไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกๆ กรณีได้ หลักกฎหมายดังกล่าวจึงทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่น ไม่ติดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดจนเกินไป

ประเทศเยอรมันถือเป็นประเทศแรกที่ยอมรับรองหลักความสุจริต(Grundsatz von Treu und Glauben) ว่ามีสถานะเป็นกฎหมายทั่วไป(Generalklausel) ทำหน้าที่เป็นเครื่องวัดมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุกๆ เรื่องของคนในสังคม เป็นมาตรฐานทางศีลธรรมในสังคม อันเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับความไว้วางใจและซื่อสัตย์ต่อกัน รวมทั้งพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีในสังคม¹⁴ โดยในประเทศเยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ และออสเตรีย เห็นพ้องต้องกันว่าแนวคิดว่าด้วยหลักความสุจริตสามารถนำไปปรับใช้กับสังคมได้ทุกสาขาไม่ว่ากฎหมายมหาชนหรือเอกชนก็ตาม¹⁵ ศาลประเทศเยอรมันได้มีคำวินิจฉัยรับรองทฤษฎีหลักความสุจริตว่าสามารถปรับใช้ในทางกฎหมายมหาชนได้ โดยศาลได้วินิจฉัยว่า “ความเชื่อถือของพลเมืองที่มีต่อรัฐจะไม่ถูกกระทบกระเทือน หากนำหลักสุจริตมาใช้บังคับกับมาตรการที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชน”¹⁶ จากคำวินิจฉัยดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า ทฤษฎีหลักความสุจริตเป็นหลักกฎหมายอันเป็นรากฐานของการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชน แม้ว่าหลักสุจริตจะถูกพัฒนาขึ้นมาในกรอบของกฎหมายแพ่งแต่ก็มีเหตุผลอันสมควรที่จะนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับเป็นการทั่วไปในกรอบของกฎหมายมหาชนด้วย¹⁷ อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีหลักความสุจริตและหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองมีสถานะแตกต่างกัน โดยกฎหมายปกครองอาจยอมรับทฤษฎีหลักความสุจริตมาปรับใช้ในทางกฎหมายมหาชน แต่ที่จริง

¹⁴ กิติศักดิ์ ปรดิ, *คำบรรยายวิชาทฤษฎีกฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป* ,(Lecture Note)

¹⁵ ปรดิ เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 114.

¹⁶ OVG Münster, in DVBl 1925, S.508.

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*[Online], วรนาวี สิงห์โต, www.krisdika.go.th [2008, July 28]

แล้วรากฐานของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครองส่วนใหญ่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐ หรือหลักความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้น

2. สาเหตุของการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของปัจเจกชน(Legitimate Expectation) จากการกระทำของฝ่ายปกครอง

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนเป็นแนวคิดที่พัฒนามาจากทฤษฎีความไว้วางใจ และทฤษฎีหลักนิติธรรม ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม(Fairness) เนื่องจากความเชื่อถือและไว้วางใจถือเป็นสาระสำคัญของหลักความเป็นอิสระในการกำหนดตนเอง(Autonomy-The Rule of Law) การทำลายความเชื่อถือและไว้วางใจดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อปัจเจกชนผู้ซึ่งไว้วางใจในความสมบูรณ์ของการกระทำของฝ่ายปกครอง สาเหตุของการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจอันชอบด้วยกฎหมายของประชาชนสรุปได้ดังนี้

2.1 เพื่อก่อให้เกิดความแน่นอน(Certainty)และคาดหมายได้(Predictability) ของกฎหมายและการกระทำของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองย่อมก่อให้เกิดความแน่นอนของการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ ยังเป็นการก่อให้เกิดแนวทางที่แน่นอนของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองอีกด้วย

2.2 เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ปัจเจกชน(Fairness) เนื่องจากในบางกรณีที่ปัจเจกชนต้องได้รับทุกข์ทรมานและความเสียหายจากการที่ฝ่ายปกครองดำเนินการแตกต่างไปจากความเชื่อถือและไว้วางใจของตน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ทำลายความเชื่อถือและไว้วางใจของปัจเจกชน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงควรอำนวยความสะดวกความเป็นธรรมให้แก่ปัจเจกชนโดยคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่ปัจเจกชนได้รับกับประโยชน์สาธารณะที่ได้จากนโยบายดังกล่าว และหากปรากฏว่าความเสียหายที่ปัจเจกชนได้รับมีปริมาณมากกว่าผลประโยชน์

สาธารณะ ฝ่ายปกครองต้องรับรองคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจอันชอบด้วยกฎหมายของประชาชนดังกล่าว

2.3 เพื่อก่อให้เกิดความเชื่อมั่นในรัฐบาลหรือฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เมื่อฝ่าย

ปกครองรับรองความเชื่อถือและความไว้วางใจ(Legitimate Expectation)ของประชาชน ย่อมทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองเกิดความแน่นอน(Certainty)และความคาดหมายได้(Predictability) หรือเกิดความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย(Legal Certainty) ทำให้ประชาชนสามารถไว้วางใจในผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นและสามารถวางแผนกำหนดชีวิตตนได้ ส่งผลให้เกิดความเชื่อมั่นในรัฐบาลหรือฝ่ายปกครองมากขึ้น ในทางตรงกันข้าม รัฐบาลหรือฝ่ายปกครองอาจไม่ได้รับความเชื่อถือและยอมรับหากฝ่ายปกครองมีอิสระในการกลับลำในสิ่งที่ตนได้ก่อให้เกิดความเชื่อถือและไว้วางใจขึ้นกับประชาชน ดังนั้น การให้ความคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจอันชอบด้วยกฎหมายของประชาชนย่อมช่วยสนับสนุนให้เกิดความเชื่อถือและความมั่นใจในอำนาจปกครองซึ่งจะกระตุ้นปัจเจกชนในการมีส่วนร่วมและยอมรับปฏิบัติตามนโยบายหรือคำสั่งของฝ่ายปกครอง¹⁸

2.4 ในทางเศรษฐศาสตร์การที่ฝ่ายปกครองคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจอัน

ชอบด้วยกฎหมายของประชาชนย่อมก่อให้เกิดความแน่นอนของกฎหมายและความคาดหมายในการกระทำของฝ่ายปกครอง สิ่งนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ(Economic Efficiency)¹⁹ กล่าวคือ ต้นทุนสำหรับข้อมูลที่ใช้ในการตัดสินใจลดน้อยลง เพราะผู้ประกอบการสามารถไว้วางใจในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หรือรู้ว่าความเชื่อถือและไว้วางใจของตนจากการกระทำของฝ่ายปกครองจะได้รับการคุ้มครอง ด้วยเหตุดังกล่าวยังทำให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นอีกด้วย

2.5 การคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ(Legitimate Expectations) ของ

ประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองจะทำให้คุณภาพของข้อมูลที่ได้รับจากฝ่ายปกครองมีมากขึ้น เพราะฝ่ายปกครองจะระมัดระวังในการให้ข้อมูลหรือการแสดงออกเพื่อหลีกเลี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ทำลายความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชน ในทางตรงกันข้ามประชาชนจะมี

¹⁸ Søren Schønberg, *Legitimate expectations in administrative law*, 1st, p 25.

¹⁹ Søren Schønberg, *Legitimate expectations in administrative law*, 1st, pp 28-29.

ความเข้าใจและยอมรับนโยบายของฝ่ายปกครองมากขึ้น เพราะเหตุผลส่วนใหญ่ที่เกิดความไม่ยอมรับนโยบายของฝ่ายปกครองมีสาเหตุเนื่องมาจากการขาดข้อมูลอันเป็นพื้นฐานแห่งนโยบายนั้นๆ²⁰

3. รูปแบบของการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชน(Legitimate Expection) จากการกระทำของฝ่ายปกครอง

ด้วยแนวคิดของความเป็นรัฐสวัสดิการและความซับซ้อนของสังคมที่เพิ่มมากขึ้น ทำให้ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจอย่างกว้างขวางจากฝ่ายนิติบัญญัติในการเข้าแทรกแซงกิจกรรมของเอกชนเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม การตัดสินใจดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของปัจเจกชนจึงต้องคำนึงถึงแนวทางการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครอง หรือแนวทางการใช้ดุลพินิจ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหลายล้วนอาจก่อให้เกิดความเชื่อถือและความไว้วางใจขึ้นในจิตใจของปัจเจกชนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหากฝ่ายปกครองทำลายความเชื่อถือและความไว้วางใจดังกล่าวย่อมอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ปัจเจกชน

การกระทำของฝ่ายปกครองที่อาจก่อให้เกิดความเชื่อถือและไว้วางใจของปัจเจกชนได้แก่ การกระทำทางกายภาพ, คำสั่งทางปกครอง, กฎ และสัญญาทางปกครอง โดยสามารถอธิบายละเอียดได้ ดังนี้

3.1 การกระทำทางกายภาพ หรือปฏิบัติการทางปกครอง

การกระทำทางกายภาพ(Physical Act) หรือ ปฏิบัติการทางปกครอง (Administrative Real Act) เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีได้มุ่งก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในนิติสัมพันธ์ทางปกครองแต่อย่างใด²¹ แต่เป็นนิติเหตุที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายจากเหตุของข้อเท็จจริง

²⁰ SØren SchØnberg, *Legitimate expectations in administrative law*, 1st, p 25.

²¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*, ครั้งที่ 1, หน้า 75.

เป็นสิ่งสำคัญ²² กล่าวคือ ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งให้บุคคลกระทำการหรือคว้นกระทำ การ หรือไม่มีลักษณะของการตกลงแสดงเจตนาผูกพันรูปของสัญญาทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการเพื่อให้ภารกิจทางปกครองบรรลุผลได้ในทางข้อเท็จจริง เช่น การออกประกาศเตือนประชาชนให้ระวังอันตรายจากสารตะกั่วปนเปื้อนในสัตว์ทะเลประเภทกุ้ง, การแจ้งข้อกล่าวหาให้บุคคลที่ถูกสอบสวนความผิดวินัยได้รับทราบ, การเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ผิดกฎหมายในกรณีที่เจ้าของอาคารไม่ปฏิบัติตามคำสั่งให้รื้อถอน, การให้คำแนะนำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำทางกายภาพ(Physical Act) มิได้มุ่งให้เกิดผลโดยตรงต่อการให้เกิดผลในทางกฎหมาย แต่ก็ต้องระมัดระวังมิให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เช่นนั้นอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางปกครอง หรือความรับผิดชอบนอกเหนือสัญญาได้ (Non-Contractual liability)²³ นอกจากนี้ การกระทำทางกายภาพ(Physical Act) หากมีลักษณะไปในทางเป็นการให้คำมั่นว่าจะกระทำการทางปกครอง กล่าวคือ เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการที่จะผูกพันตนเองต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ อย่างหนึ่งอย่างใด²⁴ อาจก่อให้เกิดความเชื่อถือและความไว้วางใจขึ้นในตัวปัจเจกชนผู้เกี่ยวข้องกับ การกระทำทางกายภาพดังกล่าวได้ เช่น ในการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ให้คำแนะนำปัจเจกชนในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการในลักษณะที่มีเป็นคำมั่นว่าจะทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แม้คำแนะนำดังกล่าวมิได้มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย แต่ปัจเจกชนอาจเกิดความเชื่อถือและความไว้วางใจใน คำแนะนำดังกล่าวได้

ในประเทศอังกฤษได้มีการให้ความคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนที่เกิดจากการกระทำทางกายภาพ โดยนำหลักกฎหมายเอกชนเก่าแก่ที่เรียกว่า "Estoppel by Representation" มาปรับใช้ โดย Lord Denning ได้พิพากษาในคดี Mooragate Mercantile Co.ltd²⁵ โดยวางหลักไว้ในคำวินิจฉัยว่า

²² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ครั้งที่ 1, หน้า 154.

²³ เรื่องเดียวกัน

²⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, ครั้งที่ 1, หน้า 133.

²⁵ Mooragate Mercantile Co.Ltd v Twitchings [1976]

“*Estoppel*...คือหลักการของความยุติธรรม(*justice*)และความเที่ยงธรรม(*equity*) กล่าวคือเมื่อถ้อยคำหรือพฤติกรรมของบุคคลได้ทำให้ผู้อื่นเกิดความเชื่อถือในสถานะอันเป็นพิเศษของความสัมพันธ์ บุคคลนั้นย่อมต้องไม่ปฏิบัติในทางทำลายความเชื่อดังกล่าวอันอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม(*Unjustice*)และไม่เที่ยงธรรม(*Unequity*)

นอกจากนี้ Lord Denning ยังได้นำหลัก “*Estoppel by Representation*” มาปรับใช้กับกรณีทางด้านมหาชน โดยได้เสนอแนวคิดว่า “ฝ่ายปกครองควรผูกพันในการที่ตนได้แสดงออก เพราะมิฉะนั้นอาจทำลายความความเชื่อถือและความไว้วางใจของปึงเจกชน อันถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ(*Abuse of Power*)”²⁶ โดยความเชื่อถือและความไว้วางใจในการแสดงออกของฝ่ายปกครองที่ได้รับการคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นความเชื่อถือและความไว้วางใจที่ชอบด้วยเหตุและผล (*Reasonable*) กล่าวคือต้องเป็นการแสดงออกหรือเป็นการกระทำทางกายภาพที่มีความชัดเจนเพียงพอ เช่น อยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร, เป็นแนวประเพณีปฏิบัติของฝ่ายปกครองที่ทำต่อเนื่องกันมา ฯลฯ และปึงเจกชนจะต้องมีความเชื่อถือและไว้วางใจในการแสดงออกดังกล่าว โดยมีได้มีสาเหตุมาจากการการฉ้อฉลหลอกลวง และไม่สามารถคาดหมายได้ว่าฝ่ายปกครองจะปฏิบัติแตกต่างออกไปจากที่ได้แสดงออกไว้ นอกจากนี้ การที่ฝ่ายปกครองทำลายความเชื่อถือและความไว้วางใจของปึงเจกชนดังกล่าวต้องก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม(*Unfair*)ขึ้นแก่ตัวปึงเจกชน กล่าวคือเมื่อพิจารณาจากดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์สาธารณะและความเสียหายของปึงเจกชนแล้ว พบว่าความเสียหายของปึงเจกชนมีมากเกินกว่าผลประโยชน์สาธารณะที่สังคมจะได้รับ เมื่อเข้าเงื่อนไขเหล่านี้แล้ว เป็นไปได้มากที่ปึงเจกชนจะได้รับการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ ตัวอย่างคดีที่ปึงเจกชนได้รับการคุ้มครองในกรณีนี้คือ คดี *Welton*²⁷ ข้อเท็จจริงมีว่า เจ้าหน้าที่ของ *Environmental Health* ได้แนะนำเจ้าของที่พักว่าการแก้ไขตัดแปลงห้องครัวอย่างมากต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เพื่อสุขภาพและความปลอดภัย และหากไม่ปฏิบัติตามจะมีคำสั่งปิดที่พัก ปรากฏว่าคำแนะนำดังกล่าวไม่เป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมายและนโยบายของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้อง

²⁶ SØren SchØnberg, *Legitimate expectations in administrative law*, 1st, p.109.

²⁷ คดี *Welton v North Cornwall DC* recoil.

หน่วยงาน Environmental Health ถูกพิพากษาให้รับผิดชอบสำหรับค่าใช้จ่ายตามข้อสันนิษฐานในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่

3.2 คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองการกระทำของฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการมุ่งประสงค์ต่อผลในทางกฎหมายปกครอง ในลักษณะของการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นรูปธรรม โดยมุ่งหมายให้มีผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง อันส่งผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนโดยตรง และมีลักษณะเป็นการเฉพาะกรณี²⁸ ยกตัวอย่างได้เช่น การออกคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร เป็นต้น

3.2.1 คำนิยามและองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครอง

ในประเทศไทยคำสั่งทางปกครองได้ถูกให้คำนิยามไว้ใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ความว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง” จากคำนิยามดังกล่าวสามารถพิจารณาแยกแยะองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

(ก) เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ได้ให้คำนิยาม “เจ้าหน้าที่” ให้หมายถึง บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” จากคำนิยามดังกล่าวพิจารณา

²⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, หน้า 78-79.

ได้ว่า “เจ้าหน้าที่”คือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย²⁹ โดยอาจเป็นบุคคลธรรมดา คณะบุคคล หรือนิติบุคคลก็ได้ อย่างไรก็ตาม นิติบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีตัวตนและชีวิตจิตใจเหมือนบุคคลธรรมดา ดังนั้น แม้ว่าจะได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย นิติบุคคลนั้นก็ไม้อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ด้วยตนเองต้องให้บุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งเป็น “ผู้แทน” หรือ “ผู้มีอำนาจกระทำการแทน” ใช้อำนาจดังกล่าวแทนตนและในนามของตนอีกทอดหนึ่ง ส่วนข้อความที่ว่า “ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการรัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม” นั้น หมายความว่า ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองนั้นอาจจะเป็นบุคคลในภาครัฐหรือในภาคเอกชนก็ได้³⁰ เช่น ในการตรวจสภาพรถยนต์ก่อนที่กรมขนส่งทางบกจะต่อทะเบียนและออกป้ายวงกลมให้ นั้น เดิมกรมขนส่งทางบกจะเป็นผู้ดำเนินการตรวจสภาพรถยนต์เอง แต่ในปัจจุบันนี้กรมการขนส่งทางบกได้มอบหมายให้บริษัทเอกชนเป็นผู้ตรวจสภาพรถยนต์แทน ซึ่งเมื่อบริษัทเอกชนดังกล่าวตรวจสภาพรถยนต์และออกใบรับรองว่ารถยนต์อยู่ในสภาพที่สมบูรณ์ เจ้าของรถยนต์ก็สามารถเอาใบรับรองดังกล่าวไปขอต่อทะเบียนเพื่อขอรับ “ป้ายวงกลม” ได้ บริษัทเอกชนที่ได้รับมอบหมายจากกรมการขนส่งทางบกให้ตรวจสภาพรถยนต์นั้น จะทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่” และการที่บริษัทดังกล่าวจะออกหรือไม่ออกใบรับรองการตรวจสภาพรถยนต์ให้แก่เจ้าของรถยนต์หรือไม่ นั้น คือ “คำสั่งทางปกครอง” ที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง³¹

(ข) เป็นการกระทำที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย หรืออำนาจรัฐ

การกระทำของฝ่ายปกครองที่จะถือว่าเป็น “คำสั่งทางปกครอง” นั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือการใช้อำนาจรัฐอันเป็นอำนาจมหาชนประเภทที่เป็น

²⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมบทความทางวิชาการ หมายความว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2541), หน้า 39-49.

³⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์, ถ้าอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง,ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2544), หน้า 43-44.

³¹ ดู พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 มาตรา 72 วรรคสอง “ในกรณีที่ปรากฏว่ารถที่นำมารับการตรวจสภาพนั้นมีสภาพมั่นคงแข็งแรง มีเครื่องอุปกรณ์ และส่วนควบถูกต้องตามที่กำหนดในกฎกระทรวงแล้ว ให้พนักงานตรวจสภาพหรือสถานตรวจสภาพรถที่ได้รับอนุญาตออกใบรับรองให้” สำหรับการขอจัดตั้งสถานตรวจสภาพเพื่อรับรองการตรวจสภาพรถ ดูพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 มาตรา 74 ประกอบกับกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตราดังกล่าว

อำนาจปกครอง³² ซึ่งมีลักษณะเป็นอำนาจฝ่ายเดียว(act unilatéral)บังคับแก่เอกชน(decision exécutoire) โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนแต่อย่างใด³³ การพิจารณาว่าอำนาจที่ใช้ นั้นเป็นอำนาจปกครองหรือไม่พิจารณาได้จากเนื้อหาหรือธรรมชาติของอำนาจดังกล่าวเป็นสำคัญว่าเป็นเรื่องที่จัดให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองได้หรือไม่ ไม่ใช่พิจารณาจากองค์กรเจ้าหน้าที่ ผู้ใช้อำนาจ³⁴

(ค) เป็นการกระทำที่มีผลเป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย : นิติสัมพันธ์ กล่าวคือ คำสั่งทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นการมุ่งให้เกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมาย(นิติสัมพันธ์)³⁵ อันกระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคลในลักษณะที่เปลี่ยนแปลงสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ไม่ว่าในลักษณะที่เป็นประโยชน์หรือเป็นการเพิ่มภาระแก่บุคคล และยังสามารถกำหนดให้มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ขึ้นในอนาคตก็ได้ กล่าวได้ว่าการกำหนดสภาพทางกฎหมายดังกล่าว เป็นการที่ทำให้สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลไม่เฉพาะเจาะจงมีความเป็นรูปธรรมและเฉพาะเจาะจงแก่กรณีมากขึ้น นอกจากนี้ การกำหนดกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น โดยหลักแล้วต้องมีผลเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วย³⁶ กล่าวคือ หากการกระทำของฝ่ายปกครองมีลักษณะเพียงการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ยังไม่ถึงว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเว้นแต่ การกระทำทางปกครองนั้นจะส่งผลกระทบต่อสิทธิที่รุนแรงจนถึงขนาดแยกออกจากคำสั่งทางปกครองและดำรงอยู่โดยตัวของตัวเองได้

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, ครั้งที่ 1, หน้า 110.

³³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ครั้งที่ 2, หน้า 102.

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, ครั้งที่ 1, หน้า 111.

³⁵ ซึ่งแตกต่างจาก “การกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครอง” หรือ “ปฏิบัติการทางปกครอง” ซึ่งไม่มุ่งเน้นผลทางกฎหมาย หรือนิติสัมพันธ์แต่อย่างใด

³⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, ครั้งที่ 1, หน้า 117.

(ง) เป็นการกระทำที่มีผลเฉพาะกรณี

องค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองข้อนี้เป็นสิ่งที่แบ่งแยกความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่าง “คำสั่งทางปกครอง” กับ “กฎ” กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปย่อมไม่ใช่คำสั่งทางปกครองแต่เป็นการกระทำในรูปแบบที่เรียกว่า “กฎ” ในขณะที่หากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นมีผลเฉพาะบุคคล³⁷ หรือกลุ่มบุคคลใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่สามารถระบุตัวบุคคลได้³⁸ ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งห้ามทุกคนมาชุมนุมในสถานที่แห่งหนึ่งในวันรุ่งขึ้น หรือห้ามบุคคลทุกคนเข้าไปในอาคารที่มีสภาพเสี่ยงพังทลาย คำสั่งเหล่านี้จะเห็นได้ว่ามีลักษณะคล้ายกับ “กฎ” แต่ขณะเดียวกันก็ไม่มีสภาพเป็น “กฎ” เพราะมุ่งหมายให้เกิดผลทันทีแก่กลุ่มบุคคลที่แน่นอนแล้ว(definite fact)³⁹

(จ) เป็นการกระทำที่มีผลภายนอกโดยตรง

คำสั่งทางปกครอง เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่ลักษณะเป็นการก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกซึ่งสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่มีสถานะอยู่ภายนอกฝ่ายปกครอง องค์ประกอบข้อนี้ทำให้เกิดความชัดเจนถึงความแตกต่างกับคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ยกตัวอย่างเช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกคำสั่งให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลปิดสถานบริการแห่งหนึ่งในกรุงเทพมหานคร คำสั่งที่รัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยสั่งการแก่ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลเป็นคำสั่งที่ไม่มีผลภายนอกแต่มีลักษณะเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ส่วนคำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจนครบาลให้ปิดสถานบริการดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะมีลักษณะเป็นการส่งผลภายนอกฝ่ายปกครองนั่นเอง อย่างไรก็ตาม กรณีที่เป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ต้องพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งในฐานะที่เป็นคำสั่งบริหาร กล่าวคือเป็นการที่ผู้บังคับบัญชาสั่งราชการต่อผู้ใต้บังคับบัญชา กรณีนี้ถือว่าเป็นคำสั่งภายใน แต่กรณีที่คำสั่งภายในดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทบสถานะส่วนตัวหรือสิทธิหน้าที่ส่วนบุคคลของผู้ใต้บังคับบัญชา ไม่มีลักษณะเป็นการสั่งการในเชิงบริหารราชการแล้ว คำสั่งดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งโยกย้าย

³⁷ แม้ในคำสั่งจะมีได้ระบุชื่อบุคคลไว้ก็ตาม เช่น พบการปลูกสร้างอาคารในที่สาธารณะโดยผู้กระทำไม่อยู่ การออกคำสั่งหรือถอนอาจใช้วิธีประกาศให้ผู้กระทำหรือถอนออกไปโดยไม่ระบุชื่อนั้น

³⁸ กรณีนี้อาจเป็น “คำสั่งรวม” หรือ “คำสั่งทั่วไป” ที่ใช้บังคับกับกลุ่มบุคคลก็ได้ (general order หรือ acte collectif)

³⁹ รัชวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ครั้งที่ 2, หน้า 112.

ข้าราชการที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะงานของข้าราชการผู้นั้นอย่างสิ้นเชิง คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีที่เป็นการแต่งตั้งโยกย้ายในลักษณะที่สับเปลี่ยนตำแหน่งในหน่วยงานเดียวกันโดยไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะงานอย่างสิ้นเชิงแต่อย่างใด ควรถือว่าเป็นคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง⁴⁰

3.2.2 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

การพิจารณาแบ่งประเภทของคำสั่งทางปกครองทำได้หลากหลายประเภทด้วยกันแล้วแต่จะใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นเกณฑ์ในการแบ่งประเภท อย่างไรก็ตาม ในส่วนนี้จะกล่าวถึงเฉพาะการแบ่งประเภทคำสั่งทางปกครองตามเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานในการทำความรู้ความเข้าใจในหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ(Legitimate Expectation) สามารถแบ่งประเภทได้ดังนี้

(ก) พิจารณาแบ่งประเภทจากลักษณะการกำหนดสิทธิหน้าที่

(1) คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิ

คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิ เป็นคำสั่งที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก่อตั้งสิทธิในทางมหาชนให้แก่ผู้ที่ได้รับคำสั่ง เช่น การออกใบอนุญาตต่างๆ , การอนุมัติ, สัมปทาน ซึ่งในเบื้องต้นบุคคลผู้รับคำสั่งนั้นต้องห้ามมิให้ปฏิบัติ ต่อเมื่อได้รับคำสั่งดังกล่าวจึงสามารถปฏิบัติได้ คำสั่งดังกล่าวให้ผลทางกฎหมายโดยตรง ไม่ต้องมีการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองอีก⁴¹

(2) คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ

คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิสามารถเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า คำสั่งแสดงสิทธิหน้าที่(Declaratory act) ซึ่งโดยสภาพแล้วผลของคำสั่งประเภทนี้มิได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของบุคคลแต่อย่างใด แต่เป็นการแสดงว่าสิทธิหน้าที่ของบุคคลมีอยู่เช่นใดเท่านั้น โดยสิทธิต่างๆ ได้ก่อตั้งขึ้นแล้วโดยกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองมิใช่โดยคำสั่งทางปกครอง

⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, ครั้งที่ 1, หน้า 120-121.

ดังกล่าว สิทธิหน้าที่ในกรณีนี้เกิดขึ้นโดยลำพังอำนาจของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางปกครองอยู่แล้ว เป็นแต่เพียงการปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้นและอาจมีการตีความตัวบทกฎหมายบ้างหากจำเป็นในบางกรณี ยกตัวอย่างเช่น คำสั่งวินิจฉัยฐานะหรือขอบเขตของสาธารณสมบัติของแผ่นดิน คำสั่งวินิจฉัยเกี่ยวกับค่าเสียหายหรือสภาพของสิทธิหน้าที่ในเรื่องละเมิด⁴² ด้วยเหตุที่คำสั่งแสดงสิทธิหน้าที่(Declaratory act) เป็นคำสั่งแสดงถึงสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่มีอยู่ตามกฎหมาย คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงมีลักษณะเป็นการสนับสนุนให้เกิดความมั่นคงแห่งนิติฐานะหรือความมั่นคงแห่งสิทธิประการหนึ่งด้วย

ความแตกต่างระหว่างคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิกับคำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ คือ คำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธินั้น เป็นการใช้อำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่ง เช่น การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ หรือการออกใบอนุญาต ฯลฯ ซึ่งทำให้สิทธิเกิดตามมาจากคำสั่งทางปกครองนั้น ในขณะที่คำสั่งทางปกครองที่ยืนยันสิทธิ สิทธิเกิดขึ้นโดยอำนาจกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองแล้ว กรณีจึงเป็นแต่เพียงปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น คำสั่งดังกล่าวไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่อันมีอยู่เดิมตามกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง⁴³

(ข) พิจารณาแบ่งประเภทจากผลของคำสั่งที่ให้ประโยชน์และการสร้างภาระ

เป็นการพิจารณาแบ่งประเภทจากผลของคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยเกณฑ์ผลของคำสั่งว่าเป็นไปในทางให้คุณหรือเป็นโทษแก่ผู้รับคำสั่ง สามารถแบ่งประเภทได้ ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ ได้แก่ คำสั่งที่ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ให้เงินชดเชย ให้ทุน ให้เงินอุดหนุน ให้อนุญาตดำเนินการต่างๆ เป็นต้น การให้ประโยชน์นี้มีหลักในการตีความแตกต่างออกไปในแต่ละประเทศ เช่น ในประเทศเยอรมัน และอังกฤษ “ลักษณะเป็นการให้ประโยชน์” หมายความว่ารวมถึงการก่อให้เกิดประโยชน์ที่เป็นคุณไม่ว่าทางหนึ่งทางใดแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ส่วนในประเทศฝรั่งเศสจะมุ่งหมายจำกัดเฉพาะกรณีเป็นการก่อให้เกิดสิทธิเท่านั้น โดยจะไม่ตีความรวมถึงคำสั่งในลักษณะที่เป็นการยืนยันสิทธิหรือแสดงสิทธิหน้าที่ อย่างไรก็ตาม มีความเห็นทางวิชาการว่า กรณี

⁴² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ครั้งที่ 2, หน้า 110.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

คำสั่งยื่นยันสิทธิหรือแสดงสิทธิหน้าที่ไปในทางให้ประโยชน์เท่านั้นที่จัดว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์⁴⁴

(2) คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระ ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง และในบางกรณีอาจก่อให้เกิดโทษแก่ผู้รับคำสั่ง โดยปกติแล้วคำสั่งทางปกครองประเภทนี้มักมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก้าวล่วงแดนสิทธิของผู้รับคำสั่งในทางใดทางหนึ่ง หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งเรียกเก็บภาษีอากร ฯลฯ อนึ่ง คำสั่งปฏิเสธการออกคำสั่งทางปกครองในทางที่เป็นคุณก็ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้เช่นกัน⁴⁵

(3) คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์และสร้างภาระ หรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลสองทาง คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลสองคนในลักษณะที่เป็นคุณแก่บุคคลหนึ่งและเป็นการสร้างภาระแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เช่น คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ข่อมมีผลในทางที่เป็นประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง แต่เป็นการสร้างภาระให้แก่เจ้าของอาคารหรือเจ้าของที่ดินที่อยู่บริเวณใกล้เคียง⁴⁶ เป็นต้น

(ค) พิจารณาแบ่งประเภทจากที่มาของอำนาจที่ใช้ในการออกคำสั่งทางปกครอง

(1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจผูกพันตามกฎหมาย(Mandatory Power) คือ กรณีที่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงเข้าองค์ประกอบตามที่ปรากฏในเนื้อหาแล้ว ฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่สามารถปฏิบัติหรือเลือกมาตรการทางปกครองอื่นได้ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายบัญญัติว่าเมื่อคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตครบถ้วนตามที่กำหนดแล้ว ให้ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขออนุญาต กรณีเช่นนี้เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อฝ่ายปกครองว่าผู้ขออนุญาตมีคุณสมบัติครบถ้วน ฝ่ายปกครองต้องออกใบอนุญาตให้โดยจะพิจารณาใช้อำนาจเป็นอื่นไม่ได้ กรณีเช่นนี้อาจ

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 297

⁴⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, ครั้งที่ 1, หน้า 124-125.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 125.

กล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจ(Discretionary Power) ดังนั้น ในการตรวจสอบทบทวนความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล(Judicial Review) จึงสามารถทำได้เต็มที่

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจดุลพินิจ(Discretionary Power) คือกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถเลือกมาตรการที่จะใช้และตัดสินใจได้ด้วยตนเองภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนั้นเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจใช้อำนาจได้ในหลายแนวทาง และไม่ว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวในทางใดภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองย่อมชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น โดยที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลจะเข้ามาทบทวนความชอบด้วยกฎหมาย(Judicial Review) ได้เพียงว่าฝ่ายปกครองได้เลือกใช้มาตรการภายในขอบเขตแห่งกฎหมายหรือไม่เท่านั้น แต่จะไม่ก้าวล่วงไปถึงความเหมาะสม(merit) ซึ่งเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลไม่อาจก้าวล่วงไปทบทวนความเหมาะสม(Merit) ของการใช้อำนาจดุลพินิจ แต่เพื่อสนองตอบต่อข้อเรียกร้องแห่งหลักนิติรัฐ(The Rule of Law) ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจกระทำการใดๆ ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ หากได้มีความเป็นอิสระตามอำเภอใจ หรือเสรีภาพไร้ขอบเขตแต่อย่างใด โดยฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมาย ดังนี้

1) สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจกระทำการใดๆ ต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วย เช่น สิทธิว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการก่อตั้งพรรคการเมือง ฯลฯ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่มักถูกนำมาพิจารณาเสมอในการใช้อำนาจดุลพินิจคือ “หลักความเสมอภาค” กล่าวคือ กรณีที่ข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกัน หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจเรื่องใดเรื่องหนึ่งในลักษณะใดไปแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมผูกพันที่จะวินิจฉัยในลักษณะเดียวกันอีก โดยหากจะมีการเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยใหม่นั้นฝ่ายปกครองจะต้องให้เหตุผลพิเศษ อย่างไรก็ตาม ความผูกพันนี้มีต่อกำวินิจฉัยก่อนหน้านั้น คำวินิจฉัยดังกล่าวจะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญมิได้ประกันสิทธิที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำในสิ่งที่ผิดพลาดซ้ำอีก

2) หลักความสมควรแก่เหตุ เป็นหลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากหลักนิติรัฐ โดยมีสาระสำคัญคือ ในการที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจออกมาตรการหรือวิธีการใดๆ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น จะต้องเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสม จำเป็น และได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ ยกตัวอย่างได้เช่น หากฝ่ายปกครองต้องการสลายการชุมนุมของประชาชนที่มีลักษณะจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมสามารถบรรลุผลที่ตั้งใจไว้ได้คือ สามารถสลายการชุมนุมของประชาชน และฝ่ายปกครองจะต้องเลือกใช้มาตรการสลายการชุมนุมเท่าที่จำเป็น ไม่ส่งผลกระทบต่อร้ายแรงเกินสมควรแก่ประชาชนผู้ชุมนุมชนเหล่านั้น

นอกจากนี้ การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของปัจเจกชนซึ่งเป็นสาระสำคัญของหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (Security of Right) และหลักความแน่นอนของกฎหมาย (Legal Certainty) ซึ่งเป็นหลักการอันเป็นรากฐานของ “นิติรัฐ” ด้วย เพราะหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชนย่อมอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม (Unfair) ขึ้นแก่ปัจเจกชนและอาจถือว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดอันส่งผลให้การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายอันสามารถนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาคำสั่งทางปกครองดังกล่าวโดยศาลปกครองได้

3.2.3 ข้อกำหนดประกอบในคำสั่งทางปกครอง

ข้อกำหนดประกอบในคำสั่งทางปกครอง คือ การที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยมีเนื้อหาในลักษณะเป็นข้อกำหนดหรือเงื่อนไขประกอบไปกับเนื้อหาหลักด้วย เช่น กำหนดให้บุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองต้องกระทำการบางประการหรืองดเว้นกระทำบางประการ หรือกำหนดให้ผลของคำสั่งทางปกครองอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางอย่าง ทั้งนี้ เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ออกไปนั้นมีความยืดหยุ่น สอดคล้องกับสภาพการณ์ของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่ละเรื่องให้มากที่สุด⁴⁷ รูปแบบของข้อกำหนดประกอบในคำสั่งทางปกครองสามารถแบ่งได้ดังนี้

⁴⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและ
การกระทำทางปกครอง, ครั้งที่ 1, หน้า 133-134.

(ก) เงื่อนไขในคำสั่งทางปกครอง เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องการกำหนดผลของคำสั่งทางปกครองว่าให้มีผลหรือสิ้นสุดลง ณ เวลาใดเวลาหนึ่งที่ชัดเจนแน่นอนในอนาคต

(ข) เงื่อนไขในคำสั่งทางปกครอง เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องการกำหนดผลของคำสั่งทางปกครองว่าให้มีผลหรือสิ้นสุดลงภายใต้เงื่อนไขเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน

(ค) ข้อสงวนสิทธิที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องการสงวนสิทธิในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ตนได้ออกไป มักปรับใช้กับกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งโดยปกติจะได้รับความคุ้มครองจากหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง แต่หากมีการสงวนสิทธิเช่นนี้ไว้ในคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ดังกล่าว ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมไม่อาจมีความเชื่อถือและความไว้วางใจในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ เพราะผู้รับคำสั่งสามารถคาดหมายได้ถึงโอกาสที่คำสั่งทางปกครองซึ่งตนได้รับอาจถูกเพิกถอนได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อสงวนสิทธิดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ถึงแม้มีการกำหนดข้อสงวนสิทธิที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้ ก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามอำเภอใจ ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมแต่ละกรณี หลักความพอสมควรแก่เหตุ ตลอดจนหลักนิติรัฐด้วย มิฉะนั้น อาจส่งผลให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันสามารถถูกเพิกถอนได้⁴⁸

(ง) ข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครอง กรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองในลักษณะที่เป็นประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ฝ่ายปกครองอาจกำหนดข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครองประกอบไปในคำสั่งด้วย อาจมีลักษณะเป็นการให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง มีความแตกต่างจากเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาตรงที่มีลักษณะเป็นเอกเทศแยกออกได้จากคำสั่งทางปกครองหลัก และไม่มีผลกระทบต่อกรณีผลหรือสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองหลักโดยตรง กล่าวคือ มีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง จึงถือได้ว่าข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครอง มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครองโดยตัวของตัวเอง เพียงแต่การดำรงอยู่ของข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครองขึ้นอยู่กับคำสั่งทางปกครองหลักเป็นสำคัญ ยกตัวอย่างได้เช่น ฝ่ายปกครองได้อนุมัติให้ทุนการศึกษาแก่นาย ก. โดยกำหนดไว้ใน

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 138.

คำสั่งว่าให้นาย ก. มีหน้าที่รายงานผลการศึกษาทุกๆ หกเดือน เป็นต้น กรณีนี้หน้าที่ในการรายงานผลการศึกษาทุกๆ หกเดือน เป็นข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครอง⁴⁹ อย่างไรก็ตาม หากข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ได้รับการปฏิบัติตามอาจส่งผลให้ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นๆ ได้

(จ) ข้อสงวนสิทธิในการจัดให้มีข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองมีความหลากหลายและซับซ้อนมาก จึงเป็นความยากลำบากอย่างยิ่งที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาครอบคลุมข้อเท็จจริงเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองในสภาพการณ์ที่ไม่ชัดเจนแน่นอนได้ ดังเช่นในกรณีของข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครองบางครั้งฝ่ายปกครองอาจไม่แน่ใจในขณะกำหนดข้อเรียกร้องว่ามีความจำเป็นเพียงใด และจะก่อให้เกิดภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองเกินสมควรหรือไม่ ครั้นจะไม่กำหนดข้อเรียกร้องใดๆ ไว้เลยก็อาจเกิดปัญหาในภายหลังได้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและเป็นธรรมในแต่ละกรณี และก่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ของเอกชน ฝ่ายปกครองจึงอาจกำหนดข้อสงวนสิทธิในการจัดให้มีข้อเรียกร้องในคำสั่งทางปกครองไว้ในคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้⁵⁰

3.2.4 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลในทางกฎหมาย โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นอาจทำได้โดยฝ่ายปกครองเอง หรืออาจกระทำโดยกระบวนการวิธีการทางศาล ซึ่งอาจมีผลกระทบโดยตรงต่อความเชื่อถือและความไว้วางใจในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของปัจเจกชนผู้รับคำสั่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้มุ่งเน้นศึกษาถึงแนวทางการให้ความคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอันเป็นการทำลายความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของปัจเจกชนผู้รับคำสั่ง โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการให้ความคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจในประเทศต่างๆ ดังจะกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 139-140.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 141

หลักการพื้นฐานอันเป็นเหตุให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ประการแรกมีที่มาจากหลักนิติรัฐ กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) ดังนั้น หากคำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย(Unlawful) คำสั่งดังกล่าวย่อมถูกเพิกถอนได้ ประการที่สองมีที่มาจากหลักประโยชน์สาธารณะ(Public Interest) กล่าวคือ ด้วยเหตุที่ฝ่ายปกครองดำเนินกิจกรรมทางปกครองก็เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น จึงต้องมีความยืดหยุ่นทำให้แม้คำสั่งทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วอาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนได้ ทั้งนี้ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดและต้องคำนึงถึงความเชื่อถือและความไว้วางใจของผู้รับคำสั่งประกอบกันไปด้วย

(ก) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในทางทฤษฎีแรกเริ่ม คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะถูกพิจารณาว่าเป็นโมฆะเสมือนหนึ่งไม่เคยมีอยู่เลยตั้งแต่แรก แนวคิดดังกล่าวมีที่มาจากข้อสมมติฐานว่า “เมื่อไม่มีการกระทำใดๆที่ดำรงอยู่ ก็ไม่มีข้อสงสัยในการใช้อำนาจเพิกถอนการกระทำดังกล่าว เพราะเราไม่สามารถเปลี่ยนแปลงในสิ่งที่ไม่มีอยู่ได้” กล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการออกคำสั่งใหม่ได้เลยเสมือนว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่เคยมีอยู่⁵¹

(1) กรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการไม่ให้ประโยชน์ โดยหลักทั่วไปแล้วการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁵² ดังนั้น ด้วยเหตุเพียงคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่มีผลเป็นการบังคับฝ่ายปกครองให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม บุคคลผู้รับคำสั่งที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีสิทธิอุทธรณ์โต้แย้งตามกฎหมายเฉพาะและพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และหากยังไม่พอใจผลอุทธรณ์โต้แย้งดังกล่าว บุคคลผู้รับคำสั่งย่อมสามารถฟ้องคดีเพื่อให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นๆ ได้

⁵¹ SØren SchØnberg, *Legitimate expectations in administrative law*, 1st, p.89.

⁵² ดังเช่น มาตรา 50 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้ผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดก็ได้....”

(2) กรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ กรณีนี้ในทางทฤษฎีแล้วเป็นการเผชิญหน้ากันระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมาย(Legality) และ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชน(Legitimate Expectation)ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง (Legality) แล้ว การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ผูกพันฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ด้วยความซับซ้อนของกฎหมายปกครองในปัจจุบัน ปัจเจกชนไม่อยู่ในสถานะที่จะทราบได้ว่าคำสั่งทางปกครองใดเป็นคำสั่งที่มีไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵³ และไม่อาจเป็นไปได้ที่จะให้ปัจเจกชนได้สอบถามถึงความชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณีที่ต้องเกี่ยวกับกับการกระทำของฝ่ายปกครอง ปัจเจกชนมีแต่เพียงความเชื่อถือและไว้วางใจในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองและประโยชน์ที่ตนได้รับจากคำสั่งดังกล่าว ดังนั้น กรณีที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์จะต้องคำนึงถึงความเชื่อถือและไว้วางใจ(Legitimate Expectations)ของปัจเจกชนผู้ที่ได้รับผลกระทบ และพิจารณาดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่ปัจเจกชนได้รับกับผลประโยชน์สาธารณะประกอบการตัดสินใจด้วย เนื่องจากหากยินยอมให้ฝ่ายปกครองมีอิสระในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองแล้ว จะเป็นการทำลายความไว้วางใจของปัจเจกชนที่มีต่อรัฐ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชนอย่างมาก อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชน(Legitimate Expectation) เป็นหลักการที่มีเนื้อหาสาระเป็นการจำกัดหลักความชอบด้วยกฎหมาย(Legality) เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม(Fairness) ในบางกรณี อย่างไรก็ตาม มีแนวคิดที่ว่าปัจเจกชนที่จะได้รับการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ แนวทางการให้ความคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ(Legitimate Expectation)ในประโยชน์ที่ตนได้รับจากคำสั่งทางปกครองก็ต่อเมื่อได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้⁵⁴

⁵³ เว้นแต่ กรณีเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยชัดแจ้ง

⁵⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, ครั้งที่ 1, หน้า 188.

(ข) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

(1) กรณีคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะไม่เป็นการให้ประโยชน์ แม้คำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะไม่เป็นการให้ประโยชน์จะชอบด้วยกฎหมาย แต่หากฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าผลบังคับจากคำสั่งทางปกครองไม่เหมาะสมแก่สถานการณ์ หรือมีเหตุสำคัญ หากการคงคำสั่งไว้ต่อไปจะเกิดความไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ อาจเป็นเหตุมาจากการเปลี่ยนแปลงในสภาพทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ได้หรือเป็นเงื่อนไขในลักษณะของนิติกรรมนั้นเองก็ได้ กรณีจึงมีเหตุอันชอบธรรมที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น มีกฎหมายบัญญัติห้ามคนเป็นโรคเรื้อนประกอบอาชีพเป็นพ่อครัว เจ้าหน้าที่จึงออกคำสั่งห้ามบุคคลผู้หนึ่งประกอบอาชีพพ่อครัว ต่อมาปรากฏว่าคนผู้นั้นหายจากโรคเรื้อนแล้ว เจ้าหน้าที่ก็อาจเพิกถอนคำสั่งทางเดิมที่ห้ามประกอบอาชีพพ่อครัวนั้นได้ เพราะข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป อนึ่ง การยกเลิกคำสั่งทางปกครองกรณีนี้จะต้องยกเลิกให้มีผลในปัจจุบัน หรือในอนาคตเท่านั้น จะยกเลิกย้อนหลังไปในอดีตไม่ได้ และหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าแม้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ฝ่ายปกครองยังคงต้องทำคำสั่งในทำนองเดียวกันนั้นอีก หรือปรากฏเหตุอื่นอันแสดงให้เห็นว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่สามารถถูกเพิกถอนได้

(2) กรณีคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์นั้น การยกเลิกเพิกถอนคำสั่งลักษณะนี้ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัด เพราะการเพิกถอนดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นแก่ผู้รับผลกระทบ และอาจเป็นการทำลายความเชื่อถือและความไว้วางใจในความคงอยู่ของคำสั่ง ซึ่งเป็นการขัดแย้งกับหลักกฎหมายเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิ ดังนั้น หากจะเพิกถอนคำสั่งลักษณะนี้ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ เช่น การเพิกถอนสามารถทำได้โดยมีกฎหมายให้อำนาจ หรือมีข้อสงวนสิทธิในการเพิกถอนคำสั่งไว้, เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีเงื่อนไขแต่ผู้รับประโยชน์จากคำสั่งไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว, ปรากฏสภาพข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปถึงขนาดว่าหากมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ดังกล่าวในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองจะไม่ทำคำสั่งนั้น, หรือกรณีบทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป, เป็นกรณีที่อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม

ก็ตาม การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์นั้น ต้องยกเลิกให้มีผลตั้งแต่ปัจจุบัน หรือให้มีผลในอนาคต แต่จะยกเลิกให้มีผลย้อนหลังกลับไปในอดีตไม่ได้ เว้นแต่ กรณีประโยชน์ที่ได้รับอยู่ในลักษณะของเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์แบ่งแยกได้ หากผู้รับคำสั่งไม่ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในอันที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง หรือไม่ปฏิบัติหรือปฏิบัติล่าช้าในเงื่อนไขที่กำหนดโดยฝ่ายปกครอง

3.3 กฎ

กฎ คือ การกระทำของฝ่ายปกครองที่มุ่งประสงค์ต่อผลในทางกฎหมายปกครองในลักษณะที่เป็นการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน โดยมีผลภายนอกฝ่ายปกครองและส่งผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนในลักษณะเป็นการทั่วไป ทั้งนี้ กฎทั้งหลายจะต้องมีรากฐานที่มาจากกฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าเสมอ เช่น กฎกระทรวง(ฉบับที่ 3) พ.ศ.2521 ออกตามความในพระบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 กำหนดเงื่อนไขการขออนุญาตตั้งสถานบริการ หรือการแจ้งการตั้งสถานบริการรวมตลอดถึงกำหนดเวลาเปิดปิดของสถานบริการ ซึ่งมีผลบังคับใช้กับสถานบริการทั่วไปที่เปิดบริการอยู่แล้ว หรือจะขอเปิดต่อไปในอนาคต เป็นต้น

เหตุผลและความจำเป็นที่กำหนดให้มีการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปแบบของ “กฎ” คือ ข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อาจตรากฎหมายครอบคลุมในกิจกรรมของรัฐที่มีความหลากหลายและซับซ้อนได้ทุกกรณี และในบางกรณีเป็นประเด็นปัญหาทางเทคนิคเฉพาะด้านหรือต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะทางอันเป็นการเกินวิสัยของฝ่ายนิติบัญญัติในการตราบทบัญญัติกฎหมายเช่นนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องและมีความรู้ความเชี่ยวชาญในกิจกรรมของรัฐนั้นๆ ไปออกกฎเกณฑ์ในลำดับรอง หรือที่เรียกว่า “กฎ” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความยืดหยุ่นและสามารถปรับใช้ในกิจกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครองได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ กฎเหล่านี้สามารถ ยกตัวอย่างได้เช่น พระบรมราชโองการ,พระราชกฤษฎีกา,พระราชกำหนด,ประกาศ,ข้อบัญญัติท้องถิ่น,มติคณะรัฐมนตรี เป็นต้น

การที่ฝ่ายปกครองจะตรากฎขึ้นมานั้นสิ่งสำคัญที่ต้องคำนึงถึงเช่นเดียวกับการกระทำอื่นๆ ของฝ่ายปกครอง ได้แก่ ความมั่นคงแน่นอนทางกฎหมาย กล่าวคือ ผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งสิทธิของปัจเจกชนที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎ ซึ่งกระทำโดยวิธีการบัญญัติเนื้อหาที่เรียกว่า

“บทบัญญัติเฉพาะกาล” มีเนื้อหาเป็นการรับรองคุ้มครองไม่ให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ปัจเจกชนผู้ ที่เชื่อถือและไว้วางใจในความคงอยู่แห่งสิทธิของตน นอกจากนี้ “บทบัญญัติเฉพาะกาล” ยังช่วย ให้การดำเนินการของฝ่ายปกครองในช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงนโยบาย หรือตรากฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ให้ เป็นไปอย่างราบรื่นอีกด้วย

3.4 สัญญาทางปกครอง

“สัญญาทางปกครอง” เป็นเครื่องมืออันหนึ่งของฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจการ ของรัฐ แม้ว่ากรณีเช่นนั้นฝ่ายปกครองจะมีอำนาจเหนือในอันที่จะออกคำสั่งทางปกครองก็ตาม ถือเป็น คุณพินิจของฝ่ายปกครองในการเลือกจะออกคำสั่งทางปกครองหรือจะเลือกทำสัญญาทาง ปกครองก็ได้ สิ่งที่สัญญาทางปกครองแตกต่างไปจากคำสั่งทางปกครอง คือ ในการทำสัญญาทาง ปกครองนั้น ฝ่ายปกครองต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายเอกชน แต่จะมีความ แตกต่างจากการทำสัญญาทั่วไปคือ สัญญาทางปกครองไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน แต่ อยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายมหาชน โดยสถานะของคู่สัญญาจะมีลักษณะพิเศษ คือฝ่าย ปกครองมีสถานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน นอกจากนี้ สัญญาทางปกครองนั้นต้องมี วัตถุประสงค์เกี่ยวกับการทำกิจกรรมของรัฐ ซึ่งโดยปกติจะเป็นงานบริการสาธารณะ แต่จะเป็นงาน อื่นของรัฐก็ได้⁵⁵

อย่างไรก็ตาม ในส่วนนี้ได้มีการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของคู่สัญญา ดังปรากฏในคำวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 12/2524 (กรณีบริษัท สิลมเซียงไฮ้เฟอร์นิเจอร์และก่อสร้างจำกัด ร้องทุกข์กรมวิชาการ) โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ฝ่ายความเห็นแย้งได้ให้ความเห็นว่า “สัญญาระหว่างรัฐบาลกับเอกชนจะต้องดีความไปตามความเข้าใจโดยสุจริตของคู่กรณี และต้องไม่ ดีความไปในทางเอารัดเอาเปรียบประชาชน เพราะรัฐบาลย่อมจะไม่ประสงค์เช่นนั้น” ซึ่งเป็นการที่ คณะกรรมการได้นำเอาหลักการบริหารราชการที่ดี(Good Administrative) มาคุ้มครองความเชื่อถือ และไว้วางใจอันชอบด้วยกฎหมาย(ความเข้าใจโดยสุจริต)ของคู่กรณี กล่าวคือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ย่อมคาดหมายได้ว่าจะได้รับการตีความสัญญานั้นอย่างเป็นธรรม และโดยสุจริต

⁵⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, ครั้งที่ 2, หน้า 150-151.

นอกจากนี้ในระบบสัญญาทางปกครองยังมีหลักกฎหมายพิเศษที่นำมาปรับใช้อันมีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาตามระบบกฎหมายเอกชน เช่น หลักการที่ว่ารัฐสามารถยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้โดยอาศัยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ โดยรัฐจะต้องชดเชยความเสียหายแก่เอกชน เป็นต้น