

## บทที่ 2

### ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง

“นิติกรรมทางปกครอง” เป็นสถาบันทางกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อประกันสิทธิหรือคุ้มครองสิทธิในทางกฎหมายปกครองให้แก่ประชาชน นอกจากนี้ยังเป็นศูนย์กลางของความคิดทางทฤษฎีกฎหมายปกครองภาคทั่วไป ทำนองเดียวกับนิติกรรมในกฎหมายเอกชน<sup>1</sup> ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปกระทบสิทธิของประชาชนภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง และการกระทำนั้นครบองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธินั้นสามารถโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นต่อองค์กรผู้บังคับบัญชาฝ่ายปกครองภายในอำนาจบริหารและฟ้องเป็นคดีต่อองค์กรตุลาการได้ ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองจึงเป็นพื้นฐานสำคัญในการฟ้องคดีปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการกำหนดเขตอำนาจของศาลในคดีปกครอง โดยกำหนดว่าลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบควบคุม เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาความหมายของนิติกรรมทางปกครอง ประเภทของนิติกรรมทางปกครอง และเงื่อนไขความสมบูรณ์แห่งนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้

#### 2.1 ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง<sup>2</sup> ซึ่งในหลาย ๆ

---

<sup>1</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2537), หน้า 130.

<sup>2</sup> การกระทำทางปกครองคือการกระทำของรัฐที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติ ตูลาการหรือการเมืองและมีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ เปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของประชาชน การกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน รวมถึงการวางแผนต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย รายละเอียดโปรดดู กมลชัย รัตนสกววงศ์, กฎหมายปกครอง. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2540), หน้า 15.

ประเทศได้กำหนดความหมายที่แตกต่างกันออกไป แต่อาจมีสาระสำคัญบางอย่างที่เหมือนกัน ดังนั้น จึงควรพิจารณาความหมายเฉพาะของนิติกรรมทางปกครองในบางประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แนวความคิดเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นต้นแบบของระบบศาลคู่ แนวความคิดเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองของประเทศไทย และความหมายทั่วไปของนิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นลักษณะสำคัญร่วมกันของนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้

### 2.1.1 ความหมายในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

นิติกรรมทางปกครอง (Rechtsgeschäft des Verwaltungsrechtes หรือ Verwaltungsakt) เป็นสถาบันทางกฎหมายที่เกิดขึ้นปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดย Otto Mayer เป็นผู้ให้ลักษณะของนิติกรรมทางปกครองว่า เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือต่อประชาชนในกรณีเฉพาะรายอันชอบด้วยกฎหมาย<sup>3</sup> และในปัจจุบัน ความหมายของนิติกรรมทางปกครองก็ได้ชัดเจนขึ้น โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง 1976 มาตรา 35 วรรคแรก ได้กำหนดนิยามไว้ ดังนี้ “นิติกรรมทางปกครอง คือ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องเฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก”<sup>4</sup>

จากบทนิยามดังกล่าว อาจกำหนดองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้

(1.1) เป็นคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งอาจเป็นวาจา หรือลายลักษณ์อักษร หรือวิธีการใด ๆ โดยไม่รวมถึงการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นเพียงการเตรียมการเพื่อที่จะออกคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการต่าง ๆ

(1.2) ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายที่จะออกคำสั่งหรือออกโดยองค์กรของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่งที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐ

<sup>3</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 121.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน.

(1.3) มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นข้อกำหนดเฉพาะรายอันมีผลทางกฎหมายที่มีเนื้อหาในการก่อให้เกิดสิทธิ หรือกำหนดหน้าที่ การเปลี่ยนแปลงหรือการพิสูจน์สิทธิและหน้าที่ การแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองนี้ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชนที่อยู่ในรูปของกฎหมายที่มีลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปและเป็นนามธรรมเปลี่ยนมาเป็นรูปของนิติกรรมทางปกครองที่เป็นกฎเกณฑ์เฉพาะรายเจาะจงตัวบุคคลและเป็นรูปธรรม

(1.4) ต้องเป็นกฎเกณฑ์ในทางปกครอง กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่อยู่ในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งมีอำนาจเหนือกว่า ภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง ไม่ใช่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนอื่น ๆ

(1.5) มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก กล่าวคือ ไม่ใช่คำสั่งหรือหลักปฏิบัติซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ภายในหน่วยงานของรัฐ อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหน้าที่ของรัฐออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่เอกชนโดยอาศัยคำสั่งหรือหลักปฏิบัติภายใน เอกชนก็อาจโต้แย้งคำสั่งนั้นได้ และศาลก็สามารถตรวจสอบหลักปฏิบัตินั้นได้

(1.6) เป็นกรณีเฉพาะเรื่อง กล่าวคือ เป็นการออกคำสั่ง ใบอนุญาตให้แก่เอกชน คนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง และเฉพาะข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

นิติกรรมทางปกครองตามความหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะมีลักษณะเป็นคำสั่ง คำวินิจฉัยหรือมาตรการของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวกล่าวคือ ฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนาฝ่ายเดียวกำหนดสิทธิหน้าที่ให้เอกชนได้โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอมด้วย นอกจากนี้ นิติกรรมทางปกครองยังเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย ซึ่งเป็นรูปธรรม ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมันจึงไม่รวมถึงสัญญาทางปกครองและกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการวางปทัสสถาน ( Norms) อันมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ทั่วไป

### 2.1.2 ความหมายในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) มีความหมายกว้าง โดยครอบคลุมถึงการสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ที่มุ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิหน้าที่หรือสถานภาพทางกฎหมายทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายหรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป อันมีลักษณะเป็นการวางกฎ ข้อบังคับที่จะใช้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง

กับกฎหรือข้อบังคับนั้น ทั้งในขณะที่กฎหรือข้อบังคับนั้นมีผลบังคับและต่อไปในอนาคต เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาร์แดร์ (De Laubadère) ได้อธิบายความหมายของ “นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif)” โดยเปรียบเทียบกับคำว่า “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte législatifs)” และ “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล (acte juridictionnel)” ไว้ว่า<sup>5</sup> รัฐมีอำนาจหน้าที่ทางกฎหมายอยู่ 3 ประการ คือ อำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่ทางปกครองและอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ นิติกรรมที่รัฐกระทำไปในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าวอาจแบ่งแยกกันได้โดยคำนึงถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่หรือโดยคำนึงถึงเนื้อหาของของนิติกรรมนั้น ดังนี้

- การใช้องค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ นิติกรรมที่กระทำโดยองค์กรนิติบัญญัติก็จะเป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” และนิติกรรมที่กระทำโดยองค์กรปกครองก็จะเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” ซึ่งนิติกรรมทางปกครองย่อมอยู่ในอำนาจของศาลที่จะตรวจสอบได้ว่านิติกรรมนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลมีอำนาจที่จะเพิกถอนได้ แต่หากนิติกรรมนั้นเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ ศาลไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบและเพิกถอน เป็นต้น ซึ่งการแบ่งแยกองค์กรนิติบัญญัติกับองค์กรทางปกครองนั้นจะไม่มีปัญหายุ่งยาก เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้ระบุไว้ชัดเจนว่า องค์กรทางนิติบัญญัติคือรัฐสภา อันประกอบไปด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา แต่องค์กรทางตุลาการกับองค์กรทางปกครองนั้นแยกออกจากกันได้ยากเนื่องจากองค์กรเดียวกันในบางกรณีอาจดำเนินการในฐานะที่เป็นองค์กรทางปกครอง แต่บางกรณีอาจดำเนินการในฐานะที่เป็นองค์กรทางตุลาการ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากเนื้อหาของของนิติกรรมที่กระทำโดยองค์กรนั้นประกอบด้วยว่านิติกรรมนั้นมีเนื้อหาสาระเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล (acte juridictionnel)

- การใช้เนื้อหาของของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานั้น อาจแยกนิติกรรมออกเป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป คือ ข้อกำหนดที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น และมีผลเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ ส่วน

<sup>5</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดีและมานิตย์ วงศ์เสวี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพ ฯ : วิญญูชน, 2541), หน้า 25-27.

นิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย คือ คำสั่งคำวินิจฉัยเฉพาะรายที่กำหนดขึ้นในรูปของนิติกรรมเฉพาะบุคคล เป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาสาระแล้ว นิติกรรมที่กระทำโดยองค์กรทางปกครองอาจมีเนื้อหาสาระเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติได้ เช่น กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ( le règlement administratif) มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะเดียวกับรัฐบัญญัติซึ่งตราโดยองค์กรนิติบัญญัติ

สำหรับเกณฑ์ในการพิจารณาว่า อย่างไรเป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล (acte juridictionnel) นั้น นอกจากศาลฝรั่งเศสจะพิจารณาว่า องค์กรที่ออกคำวินิจฉัยหรือคำสั่งนั้นจะต้องเป็นองค์กรตุลาการ ซึ่งกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้นมีเจตนารมณ์ที่จะให้องค์กรนั้นมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยคำวินิจฉัยนั้นเป็นที่สุด ศาลฝรั่งเศสยังต้องพิจารณาว่าคำวินิจฉัยหรือคำสั่งนั้นเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือไม่ด้วย

นอกจากนั้น นิติกรรมทางปกครองและคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล (acte juridictionnel) ยังมีข้อแตกต่างในแง่วัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมาย กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองมีจุดมุ่งหมายเพื่อตอบสนองความต้องการหรือความจำเป็นต่าง ๆ ของสาธารณชน แต่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล (acte juridictionnel) มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทระหว่างคู่ความหรือโดยการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมาย ดังนั้น สถานภาพทางกฎหมายย่อมแตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองมีจุดมุ่งหมายที่จะตอบสนองความต้องการของสาธารณชนในชีวิตประจำวัน จึงต้องมีความยืดหยุ่น โดยสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อให้อุปกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา แต่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล (acte juridictionnel) นั้น ต้องการความแน่นอน เมื่อวินิจฉัยคดีถึงที่สุดแล้วก็จะต้องยึดตามนั้น ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงกำหนดให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีอำนาจที่เรียกว่า "la force de la chose jugée (res judicata)" ซึ่งอำนาจนี้เองเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างนิติกรรมทั้งสองประเภทได้อย่างแท้จริง<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Micheal Strassinopoulos, Traite des actes administratif, Athenes . 1954. P.48 อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์และมานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. หน้า 27.

กล่าวโดยสรุป นิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสมีความหมายในสาระสำคัญอยู่ 4 ประการ ดังนี้<sup>7</sup>

(1) ต้องออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจกระทำในนามนิติบุคคลมหาชน แต่ในบางกรณีนิติกรรมทางปกครองอาจออกโดยองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่บริการสาธารณะ

(2) ต้องก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่เปลี่ยนแปลงสภาพการณ์ทางกฎหมาย

(3) เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีเจตนาก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง

(4) อาจอยู่ในรูปของนิติกรรมที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (acte réglementaire) หรือนิติกรรมที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะ (acte individuel) ก็ได้

### 2.1.3 ความหมายในประเทศไทย

ก่อน พ.ศ.2539 คำว่า "act administratif หรือ administrative act" ยังไม่เป็นที่ชัดเจนในทางวิชาการกฎหมายมหาชนของไทย ทั้งในการกำหนดถ้อยคำเป็นภาษาไทยและการกำหนดความหมายของคำดังกล่าว ประกอบกับในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เพื่อพิจารณาคำร้องทุกข์ของประชาชนเกี่ยวกับความเดือดร้อนหรือความเสียหายที่ตนได้รับอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่ได้มีการกำหนดคำและความหมายหรือแนวความคิดในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมนุญณ์ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ใช้คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ในบันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการของนายกรัฐมนตรี้เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์<sup>8</sup> และได้กล่าวถึงลักษณะของนิติกรรมทางปกครองไว้โดยสังเขปว่า

<sup>7</sup> อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธุ์กุล, "การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลไทย", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 14-15.

<sup>8</sup> คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 89/2527 ที่ 1/2528 และที่

นิติกรรมทางปกครองได้แก่ การสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (บริหาร) ที่ก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง ๙ ซึ่งสิทธิและหรือหน้าที่แก่เอกชนคนหนึ่งหรือหลายคน<sup>๑</sup> แต่ในปัจจุบันก็ยังไม่มีความหมายฉบับใดกำหนดคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" และความหมายไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ได้กำหนดคำว่า "คำสั่งทางปกครอง" และกำหนดความหมาย ซึ่งเป็นความหมายในทำนองเดียวกับความหมายของคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ของต่างประเทศตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนี้

"คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ \*

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง "

จากบทนิยามดังกล่าว อาจแยกองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองได้ดังนี้

- เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ ซึ่งคำว่า "เจ้าหน้าที่" หมายความว่า บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม
- เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการใช้เฉพาะอำนาจในทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงอำนาจทางนิติบัญญัติและอำนาจทางตุลาการ
- มุ่งประสงค์ต่อผลทางกฎหมายในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล

<sup>๑</sup> อมร จันทรมบูรณ์ , "บทบรรณาธิการ",วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 3 ตอน 2, (สิงหาคม 2527) : 9.

\* พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 กำหนดนิยามคำว่า "กฎ" หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพ สิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

- มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก กล่าวคือ ไม่ใช่คำสั่งหรือหลักปฏิบัติ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ภายในหน่วยงานของรัฐ
- ไม่รวมถึงการออกกฎ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย เป็นรูปธรรมและระบุตัวผู้รับนิติกรรมเฉพาะราย ซึ่งอาจเป็นบุคคลเดียวหรือกลุ่มบุคคลเฉพาะเจาะจงก็ได้ และเฉพาะข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น

สำหรับความหมายของคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้ตามความหมายของคำว่า "คำสั่งทางปกครอง" ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดความหมายทำนองเดียวกับนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครอง หมายถึง การกระทำฝ่ายเดียวขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีเจตนาในการก่อตั้งข้อกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับบุคคลอื่นที่รับการแสดงเจตนา นั้น เพื่อก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่หรือสถานภาพทางกฎหมายของบุคคล ภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ซึ่งแตกต่างจากนิติกรรมทางปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มีความหมายกว้างรวมถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (acte réglementaire) หรือ กฎหมายลำดับรองด้วย

## 2.2 ประเภทของนิติกรรมทางปกครอง

การแบ่งประเภทของนิติกรรมทางปกครองอาจทำได้หลากหลาย ขึ้นอยู่กับว่าจะเอาเรื่องใดมาเป็นหลักในการพิจารณา หรือเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาเรื่องใด<sup>10</sup> ดังนี้

- การแบ่งโดยใช้เกณฑ์เรื่องสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) ของปัจเจกชนอาจแบ่งนิติกรรมทางปกครองได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมทางปกครองที่ไปกระทบหรืออาจกระทบ

<sup>10</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน: หน้า 134.

ต่อเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ของของเอกชน และนิติกรรมทางปกครองที่เป็นการบริการให้คุณแก่ประชาชน

- การแบ่งโดยใช้เกณฑ์เรื่องดุลพินิจ อาจแบ่งนิติกรรมทางปกครองได้เป็น 3 ประเภท คือ นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ นิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ และนิติกรรมทางปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมาย

- การแบ่งเพื่อประโยชน์ในการบอกล้างนิติกรรมทางปกครอง อาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์แก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง และนิติกรรมทางปกครองที่เป็นคุณประโยชน์และเป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง

- การแบ่งโดยใช้เกณฑ์เรื่องเนื้อหาของสาระของนิติกรรมทางปกครองตามแนวทางของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส<sup>11</sup> อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และนิติกรรมที่มีผลบังคับเฉพาะราย

## 2.3 ความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับการกระทำทางปกครองรูปแบบต่าง ๆ

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า นิติกรรมทางปกครองเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครอง ซึ่งไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ ทางตุลาการ หรือทางการเมือง และเป็นกรกระทำที่มีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของประชาชน การกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน รวมถึงการวางแผนต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง<sup>12</sup> อันเป็นการกระทำที่หลายหลาก เนื่องจากการกระทำในทางกฎหมายทั้งหมดอาจเป็นการกระทำทางแพ่ง หรือทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเกินหรือปราศจากอำนาจ การกระทำนั้นต้องถูกยกเลิกเพิกถอน และถ้ามีผู้เสียหายเขาก็อาจฟ้องร้อง ขอให้ลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญา หรือให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งด้วยก็ได้<sup>13</sup> การกระทำทางปกครองแบ่งได้

<sup>11</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, หน้า 27.

<sup>12</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2540), หน้า 15.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

4 รูปแบบ คือ นิติกรรมทางปกครอง ที่ได้กล่าวในตอนต้นแล้ว ปฏิบัติการทางปกครอง คำสั่งทั่วไปทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง<sup>14</sup> ซึ่งนิติกรรมทางปกครองจะมีความแตกต่างจากการกระทำทางปกครองอีก 3 รูปแบบ ดังนี้

### 2.3.1 นิติกรรมทางปกครองกับปฏิบัติการทางปกครอง

การกระทำของรัฐโดยองค์กรทางปกครองนั้นสามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ นิติกรรมทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครอง (Realakt) เป็นการกระทำทั่ว ๆ ไปของฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครอง ซึ่งไม่มีผลกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง รวมทั้งการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น การตรวจตราว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เช่น ตรวจโรงงาน แรงงาน อาคาร ฯลฯ จึงไม่เป็นคดีชั้นศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาท แต่อาจมีการร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาได้ แต่หากปฏิบัติการทางปกครองนั้นเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชน ก็อาจมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบโดยการใช้ค่าเสียหายหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ไม่ใช่กรณีที่จะต้องฟ้องคดีการกระทำทางปกครองนั้น เช่น กรณีตำรวจจราจรใช้รถยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด แต่ได้กระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้รถยนต์เสียหาย

ส่วนนิติกรรมทางปกครอง เป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีเจตนาในการก่อตั้งข้อกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับบุคคลอื่นที่รับการแสดงเจตนา นั้น เพื่อก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ดังนั้น จึงอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐที่ว่า การกระทำทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองใดที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดจะมีปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครอง ศาลสามารถยกเลิกฟ้องคดีนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

### 2.3.2 นิติกรรมทางปกครองกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครอง (Verwaltungsvertrag) เป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีเจตนาที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างกันทั้งนี้ เนื้อหาสาระของสัญญาจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวม

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-30 .

และจะต้องมีข้อกำหนดให้สิทธิพิเศษอย่างมากแก่ฝ่ายปกครอง สัญญาทางปกครองแบ่งได้เป็น 2 แบบ<sup>15</sup> คือ

- สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้ามีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนกิจการของรัฐ ไม่ใช่สัญญาทางปกครองแต่เป็นสัญญาทางแพ่ง

- สัญญาที่หน่วยงานของรัฐด้วยกันทำกันเอง เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม

ลักษณะของสัญญาทางปกครองที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง คือ สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือเท่านั้น แต่สัญญาทางแพ่งอาจทำได้ด้วยวาจา เว้นแต่มีกฎหมายบังคับให้ทำตามแบบ สัญญาทางปกครองไม่ได้ยึดหลัก "สัญญาต้องเป็นสัญญา" อย่างเคร่งครัด เหมือนกับสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น หากมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป ฝ่ายปกครองก็สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาได้ หรือเอกชนสามารถยื่นคำร้องขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน เพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐสามารถบังคับคดีได้ทันทีโดยไม่ต้องไปฟ้องศาล ซึ่งต่างจากสัญญาทางแพ่งที่คู่กรณีต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลก่อน จึงจะบังคับคดีได้ อย่างไรก็ตาม สัญญาทางปกครองมีวิวัฒนาการมาน้อยกว่าสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น จึงอนุโลมให้นำหลักของกฎหมายแพ่งมาใช้ได้ เช่น หลักคุ้มครองผู้สุจริต หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หลักอายุความและการนับระยะเวลา เป็นต้น

ส่วนนิติกรรมทางปกครองมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ในทางปกครอง กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่อยู่ในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครองซึ่งมีอำนาจเหนือกว่า มีลักษณะเป็นคำสั่ง คำวินิจฉัยหรือมาตรการของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนาฝ่ายเดียวกำหนดสิทธิหน้าที่ให้เอกชนได้โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอมด้วย

### 2.3.3 นิติกรรมทางปกครองกับกฎ

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส "กฎ" ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองหมายถึง ข้อกำหนดสิทธิหน้าที่ให้กับบุคคลทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจง (general) และข้อกำหนดนั้นมีลักษณะ

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 29 .

เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปเป็นนามธรรม (abstract) กฎจึงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งถือเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่งด้วย

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ.1976 มาตรา 35 วรรคแรก กำหนดให้นิติกรรมทางปกครองมีความหมายเฉพาะถึงนิติกรรมเฉพาะเรื่องเฉพาะบุคคลเท่านั้น กล่าวคือ จะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม (concrete) และระบุตัวบุคคลผู้ได้รับสิทธิหรือบุคคลผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งให้กระทำการ ละเว้นกระทำการ หรือจ่ายอมต่อสิ่งใดโดยเฉพาะเจาะจง (specific) ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมันจึงไม่รวมถึงกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการวางปทัสสถาน (Norms) อันมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ทั่วไป

นอกจากนั้น ยังมีการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งเรียกว่า "คำสั่งทั่วไปในทางปกครอง" ซึ่งมีลักษณะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแต่ไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า เช่น ป้ายจราจร ซึ่งไม่ใช่กฎที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่ใช่นิติกรรมในทางปกครองที่มีลักษณะเจาะจงตัวผู้รับนิติกรรมทางปกครอง แต่ผู้ที่พบป้ายจราจรจะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น คำสั่งทั่วไปจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองในตัวเองแต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิกหรือเพิกถอน เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครอง<sup>16</sup>

## 2.4 ความชอบด้วยกฎหมายและการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

### 2.4.1 ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

โดยหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง องค์การฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองภายใต้หลัก "ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง" ดังนั้น องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรแต่ละคนอย่างเท่าเทียมกันได้ก็ต่อเมื่อมี

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

กฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย<sup>17</sup> ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นทั้ง "ที่มา" และ "ข้อจำกัด" ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และการกระทำการทางปกครองเป็นเพียงการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น<sup>18</sup> ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งจะชอบด้วยกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

โดยหลักทฤษฎีทั่วไปทางปกครอง นิติกรรมทางปกครองจะมีผลบังคับใช้เมื่อบุคคลที่ระบุไว้ในนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่ง ได้รับนิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งนั้น และหากนิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย ก็มีผลบังคับถูกต้องตามกฎหมาย แต่หากนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องมีองค์กรวินิจฉัยชี้ขาด ตราบใดที่ยังไม่มีองค์กรชี้ขาดว่านิติกรรมทางปกครองนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว นิติกรรมทางปกครองนั้นจะได้รับการปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้ หรืออาจใช้ดุลพินิจไม่ยกเลิกเพิกถอนก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐได้รับผลกระทบหรือผลเสียหายหรือไม่เพียงใด และองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดโดยหลักได้แก่เจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งนั่นเอง หรือผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่งนั้น ซึ่งจะตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายและการใช้ดุลพินิจ แต่หากนิติกรรมทางปกครองนั้นออกโดยองค์กรผู้บังคับบัญชาสูงสุด อำนาจในการตรวจสอบก็จะเป็นอำนาจขององค์กรตุลาการที่มีอำนาจตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น เพราะดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจของฝ่าย

---

<sup>17</sup> R.Carré de Malberg. "Contribution à la Théorie générale de l'Etat", Paris,CNRS, 1962 tome 1, p.489 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. (กรุงเทพฯ: นิติธรรม),2540, หน้า 77.

<sup>18</sup> Micheal Strassinopoulos, "Traité des actes administratif'Athenes .", Paris, L.G.D.J. 1973, pp.18-19 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 77.

บริหาร ไม่ใช่อำนาจฝ่ายตุลาการ เว้นแต่ดุลพินิจนั้นจะก้าวล่วงขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดของฝ่ายปกครองมีผลทำให้นิติกรรมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>19</sup>

#### 2.4.2 การยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจแยกได้เป็นสองประเภทโดยพิจารณาจากระดับความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้<sup>20</sup>

1.) นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะ ผู้ใดจะยกขึ้นกล่าวอ้างโมฆะกรรมดังกล่าวก็ได้ นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะนี้ไม่มีผลบังคับตามกฎหมายตั้งแต่เริ่มแรกของการออกนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น ไม่ว่าฝ่ายปกครองหรือศาลก็ไม่จำเป็นต้องยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว แต่ผู้รับนิติกรรมทางปกครองอาจร้องขอให้ศาลพิสูจน์ความเป็นโมฆะของนิติกรรมได้

2.) นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะ เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ยังคงมีผลใช้บังคับทางกฎหมาย แต่อาจมีการอุทธรณ์หรือฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ตรวจสอบ เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติกรรมดังกล่าวได้

การยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง คือการทำให้ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดลงโดยการอุทธรณ์ต่อองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมายหรือการฟ้องคดีปกครองต่อศาลภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดซึ่งนิติกรรมทางปกครองที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนนั้นจะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเท่านั้น

การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง (Ruecknahme) และการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (Widerruf) มีความหมายที่แตกต่างกัน ดังนี้<sup>21</sup>

<sup>19</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, กฎหมายปกครอง, หน้า 31-33.

<sup>20</sup> รายละเอียดโปรดดู กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 132 -163.

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 133.

(1) การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง

คือการบอกล้างนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ถึงระดับโมฆะ หรืออาจเรียกว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะ ซึ่งเป็นการแก้ไขข้อผิดพลาดในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งหากไม่บอกล้างแล้ว นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวจะมีผลบังคับกับผู้รับนิติกรรมทางปกครองนั้น

เดิมหลักกฎหมายมหาชนถือว่านิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกยกเลิกได้เสมอโดยอาศัยหลักกฎหมายปกครองเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมา ศาลปกครองเยอรมันได้มีการวินิจฉัยไว้ว่า การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เหมาะสมและเป็นธรรมควรมีหลักเกณฑ์ที่ยึดหยุ่นระหว่างหลักกฎหมายปกครองเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายกับหลักเรื่องความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของประชาชนต่อนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองเยอรมันจะยึดหลักกฎหมายเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิและหลักสุจริตมาเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญในการยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง โดยวางแนววินิจฉัยไว้ดังนี้

- การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆียะที่เป็นคุณแก่ผู้รับอาจกระทำได้ แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงความเชื่อถือหรือความไว้วางใจต่อประชาชนที่มีต่อนิติกรรมทางปกครอง และเมื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์มหาชนแล้ว ประโยชน์ในการคุ้มครองความเชื่อถือของประชาชนมีความสำคัญยิ่งกว่า
- การยกเลิกนิติกรรมทางปกครองจะต้องพิจารณาถึงความเป็นธรรมตามแต่ลักษณะคดี กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับอย่างต่อเนื่อง จะต้องให้มีผลการยกเลิกตั้งแต่วันที่คำสั่งยกเลิกเป็นต้นไป แต่หากผู้รับนิติกรรมทางปกครองได้ดำเนินการตามสิทธิที่ได้รับจากนิติกรรมไปแล้วและไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็ไม่อาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้

(2) การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

คือ การบอกล้างนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการในขณะที่ยังออกนิติกรรมทางปกครองนั้น แต่ต่อมาภายหลังขณะที่นิติกรรมทางปกครองยังมีผลบังคับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งเป็นเงื่อนไขในการออกนิติกรรมทางปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเปลี่ยนแปลงนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เริ่มแรกดังกล่าวให้สอดคล้อง

คล้องกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในภายหลังหรือสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในส่วนของผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่ได้เปลี่ยนแปลงไปในภายหลังนี้จะต้องกระทำโดยการบอกกล่าวโมฆียะกรรมดังกล่าวด้วยวิธีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง และต้องแจ้งให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองทราบล่วงหน้า ทั้งนี้ การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลในอนาคต และในกรณีที่การเพิกถอนนิติกรรมนั้นกระทบความเชื่อถือหรือความไว้วางใจของผู้รับนิติกรรมทางปกครองที่มีต่อนิติกรรมทางปกครอง รัฐต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้นั้นด้วย อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายแพ่งเมื่อมีผลบังคับแล้ว ไม่อาจเพิกถอนได้