



การกำหนดผลในทางกฎหมายของกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามคำร้องขอให้ตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (Normenkontrollverfahren) ในระบบกฎหมายเยอรมัน

วิชา เนตรหัสันย์*

รับบทความเมื่อ 26 เมษายน 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 15 สิงหาคม 2566

ตอบรับบทความเมื่อ 22 สิงหาคม 2566

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาอำนาจของศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับในคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลปกครองสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาว่าในคดีนั้น ศาลจะต้องกำหนดคำบังคับให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ในคำบังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้การตีความของหลักเกณฑ์ว่าด้วย “ความเป็นธรรมแห่งกรณี” ตามนัยมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน

เพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นหาหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้เขียนจึงได้ศึกษาหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองเยอรมันใช้ในการกำหนดผลในทางกฎหมายของกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (Normenkontrollverfahren) ทั้งนี้ จากการศึกษาเบื้องต้นพบว่า แม้ในทางวิชาการจะมีความเห็นไปในแนวทางที่ว่าในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น ศาลปกครองสามารถตีความบทบัญญัติมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) ในความหมายอย่างกว้าง เพื่อกำหนดให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผลตั้งแต่วันที่ระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งที่ศาลกำหนด หรือแม้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์จะได้เปิดช่องทางให้มีการกำหนดให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผลตั้งแต่วันที่ระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งที่ศาลกำหนด ในกรณีที่มี “สถานการณ์จำเป็น” (Notstand) ก็ตาม แต่ศาลปกครองก็ยังคงมีแนวโน้มที่จะกำหนดให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นกฎที่ไม่มีผลตั้งแต่วันที่ระยะเวลาที่มีการประกาศใช้กฎ (ex tunc) ดังกล่าว หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

*

LL.M. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ
สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ขอสงวนลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย โดยห้ามคัดลอก ทำซ้ำ ดัดแปลงหรือนำส่วนใดส่วนหนึ่งไปเผยแพร่สู่ภายนอก
โดยไม่ได้รับอนุญาต เว้นแต่เป็นการอ้างอิงในทางวิชาการ ต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง

อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองตามคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มรัฐไบเอิร์น (VGH München) ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2020 แล้วพบว่า “สถานการณ์จำเป็น” (Notstand) อย่างหนึ่งที่น่าจะใช้เป็นเหตุผลที่ทำให้ศาลกำหนดผลให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผลตั้งแต่วันที่ระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งที่ศาลกำหนดได้ ก็คือ ความจำเป็นในการปกป้องชีวิตและร่างกายของประชาชนในสถานการณ์โรคระบาด แต่เนื่องจากคำวินิจฉัยดังกล่าวมิใช่การพิจารณาในประเด็นหลักแห่งคดี จึงยังมีประเด็นต้องศึกษาต่อไปว่าหากมิใช่กรณีของการกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาแล้ว ศาลปกครองจะกำหนดผลของคำพิพากษาได้อย่างหลากหลายเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์มากยิ่งขึ้นได้เพียงใด โดยศึกษาเปรียบเทียบกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดผลในคดี เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย พร้อมทั้งศึกษาหลักการที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องต่อไป

คำสำคัญ : กฎ, เพิกถอน, สิ้นผล, นิติรัฐ, หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ, หลักเศรษฐกิจศาสตร์ในเชิงกระบวนการ, การก่อสร้าง, ผังเมือง, โรคระบาด, สถานการณ์จำเป็น, วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา



Abstract

This article was written as a part of a comprehensive research project aimed at studying the scope of the Thai Administrative Courts' power to issue a decree revoking a by-law or an order in any dispute under Section 9 paragraph one (1) of the Act on the Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999). The research project focuses on the legal principles that the Courts can apply to determine whether the effect of the decree revoking a by-law or an order should be retrospective, non-retrospective, or prospective to any specific time, and whether the Courts should prescribe any additional relevant conditions. Therefore, the primary emphasis of this research project is on interpreting the legal term "justice in a particular case" (ความเป็นธรรมแห่งกรณี) as stipulated in Section 72 paragraph two of the same Act.

In order to identify these legal principles, this article investigates how German Administrative Courts adjudicate cases involving proceedings to review the validity of a by-law or a legal provision (Normenkontrollverfahren). The preliminary study found that various scholars have asserted the possibility of a broader interpretation of Section 47 of the German Code of Administrative Court Procedure, through which the Administrative Courts could declare the invalidity of a by-law or a legal provision at any specific time. Moreover, the Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht) confirmed this possibility in the Judgment of 9 June 2010 and maintained that the Administrative Courts could declare the invalidity of a by-law or a legal provision at any specific time only if a state of emergency (Notstand) is present. Despite these presuppositions, the Administrative Courts-unless otherwise provided by any other specific laws-generally tend to restrict themselves by declaring any relevant by-law or legal provision null and void at the time in which the by-law or legal provision was published (ex tunc).

However, the High Administrative Court of Bavaria (VGH München) recently stated in the Decision of 27 April 2020 that one of the states of emergency (Notstand) which could allow the Administrative Courts to declare the invalidity of a by-law or a legal provision at any specific time was the necessity to protect one's life and limb resulting from a pandemic. As this decision dealt with proceedings to issue a temporary injunction, it remains to be studied how the Administrative Courts would apply this principle in regular proceedings. For a further investigation of this issue, it is essential to conduct a comparative study on German Constitutional Courts' power to declare the invalidity of a law.



Keywords : by-law, revocation, declaration of invalidity, null and void, legal state, legal certainty, cost effectiveness of procedure, construction law, planning law, pandemic, state of emergency, temporary injunction

วารสารวิชาการศาลปกครอง

ความเบื้องต้น

ในระบบกฎหมายไทย มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยการออกคำสั่งหรือกฎตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) นั้น ศาลปกครองสามารถสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีได้ และวรรคสองของมาตรา 72 ยังได้กำหนดต่อไปอีกว่า ในกรณีที่มีการกำหนดคำบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้การเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น “มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้” นอกจากนี้ ศาลปกครองยังสามารถ “กำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้” ซึ่งการที่ศาลจะกำหนดให้มีการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมสำหรับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองเช่นว่านั้นได้ ศาลจะต้องคำนึงถึง “ความเป็นธรรมแห่งกรณี” อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยพบว่า ถึงแม้ว่าศาลปกครองไทยจะได้มีโอกาสวินิจฉัยคดีโดยกำหนดคำบังคับเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ด้วยการกำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีผลไปในอนาคตก็ตาม¹ แต่ศาลก็ยังมิได้อธิบายหลักเกณฑ์และหลักคิดทางทฤษฎีสำหรับนำไปใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอื่นในรูปแบบเดียวกันไว้อย่างชัดเจนมากนัก ด้วยเหตุนี้ การศึกษาหลักเกณฑ์และหลักคิดทางทฤษฎีของต่างประเทศในการกำหนดคำบังคับของศาลปกครองในคดีที่มีการฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เช่น ประเทศเยอรมนี จึงจะเป็นประโยชน์ต่อศาลปกครองไทยในการสร้างหลักเกณฑ์และหลักคิดทางทฤษฎีที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น ผู้เขียนจะได้นำเสนอถึงลักษณะเบื้องต้นของคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (หัวข้อที่ 1) เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจถึงความสำคัญของคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาเพื่อรับและพิจารณาคำร้องประเภทดังกล่าว จากนั้น จึงจะได้นำเสนอหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการกำหนดคำบังคับของศาลปกครองในกรณีคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (หัวข้อที่ 2) และหลักการที่ศาลปกครองเยอรมันใช้ในการกรณีที่ศาลจะกำหนดคำบังคับให้แตกต่างออกไปจากหลักการทั่วไป พร้อมทั้งคำวินิจฉัยศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง (หัวข้อที่ 3) เพื่อที่จะวิเคราะห์และสรุปผลเบื้องต้นในตอนท้ายต่อไป

¹ เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 764/2558 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่า แม้คำสั่งลงโทษทางวินัยจะเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุที่มีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่ถูกต้องก็ตาม แต่ศาลได้กำหนดให้มีการเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยให้มีผลไปในอนาคต เพื่อให้หน่วยงานแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันและออกคำสั่งทางวินัยใหม่ให้ถูกต้อง

1. ลักษณะเบื้องต้นของคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (Normenkontrollverfahren)

เพื่อที่จะทำความเข้าใจลักษณะเบื้องต้นของคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ผู้เขียนจะเริ่มจากการนำเสนอถึงความสำคัญของคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (หัวข้อที่ 1.1) จากนั้น จึงจะได้ศึกษาถึงเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำร้อง (Zulässigkeitsvoraussetzungen) (หัวข้อที่ 1.2) และการวินิจฉัยในเนื้อหา (Begründetheit) (หัวข้อที่ 1.3) ในกรณีการวินิจฉัยคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเป็นลำดับถัดไป

1.1 การกิจของคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

ในระบบกฎหมายเยอรมัน อำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบกฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทที่สำคัญ ได้แก่ **ประเภทที่หนึ่ง** การตรวจสอบกฎหมายในฐานะที่เป็นประเด็นหลักแห่งคดี (prinzipale Normenkontrolle) ซึ่งการกำหนดคำบังคับของศาลจะมีผลต่อบุคคลเป็นการทั่วไป (erga omnes) การตรวจสอบกฎหมายในลักษณะนี้จึงเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “การตรวจสอบกฎหมายโดยตรง” (Direktprüfung) และ**ประเภทที่สอง** การตรวจสอบกฎหมายในฐานะที่เป็นประเด็นรองแห่งคดี (inzidente Normenkontrolle) โดยการตรวจสอบกฎหมายประเภทนี้เป็นการตรวจสอบกฎหมายที่มีผลต่อคู่กรณีในคดีดังกล่าวเป็นการเฉพาะราย (inter partes) เท่านั้น² ซึ่งในบทความฉบับนี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบกฎหมายในฐานะที่เป็นประเด็นหลักแห่งคดีเท่านั้น

บทบัญญัติที่สำคัญที่กำหนดอำนาจและหน้าที่ของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ในการตรวจสอบกฎหมายในฐานะที่เป็นประเด็นหลักแห่งคดี ได้แก่ มาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO)³ โดยกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎตามมาตรา 47 นี้ เป็นการผสมผสานกันระหว่างกระบวนการที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (Individualrechtsschutz) กับกระบวนการพิจารณาที่นำไปสู่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎอย่างเป็นภววิสัย (objektives Prüfungsverfahren)⁴ กล่าวคือ เป็นการสร้างกระบวนการพิจารณาที่ช่วยส่งเสริมความชัดเจนในทางกฎหมาย (Rechtsklarheit) ไปพร้อมกับความประหยัดในทางเศรษฐศาสตร์ (ökonomische Gestaltung des Prozessrechts) ด้วยการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกบุคคลหลายรายไปพร้อมกันในครั้งเดียว⁵ แต่ในขณะเดียวกัน ก็มีได้

² Wysk, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl., München 2020, § 47 Rn. 2.

³ คำแปลของบทบัญญัติดังกล่าวปรากฏในภาคผนวกของบทความฉบับนี้

⁴ BVerGE 68, 12 (14) = NJW 1984, 881 = JuS 1984, 650; BVerwGE 82, 225 (230) = NVwZ 1990, 157 (158).

⁵ BT-Drs. 3/1094, 6.



ปิดกั้นโอกาสให้ผู้ที่ได้รับการกระทบกระเทือนสิทธิในกรณีเดียวกันนั้น ใช้สิทธิฟ้องคดีในรูปแบบอื่น เพื่อคุ้มครองสิทธิของตนเป็นรายบุคคล (Inzidentkontrolle) แต่อย่างใด⁶

1.2 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของคำร้อง (Zulässigkeitsvoraussetzungen)

การที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์จะสามารถรับคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎไว้พิจารณาได้นั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไข 6 ประการ ดังต่อไปนี้ **ประการที่หนึ่ง** ต้องเป็นคำร้องที่ยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ (Zuständigkeit) **ประการที่สอง** วัตถุประสงค์แห่งการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Gegenstand) จะต้อง มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้ **ประการที่สาม** ผู้ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (Antragssteller) จะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ **ประการที่สี่** คำบังคับของศาลต้องเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล (Rechtsschutzbedürfnis) **ประการที่ห้า** ผู้ยื่นคำร้องจะต้องยื่นคำร้องภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (Antragsfrist) และ **ประการที่หก** การยื่นคำร้องต้องไม่เป็นการยื่นคำร้องซ้อน ยื่นคำร้องซ้ำ หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ (fehlende Rechtshängigkeit und Rechtskraft) โดยมีรายละเอียดของเงื่อนไขในการยื่นคำร้องในแต่ละประการ ดังต่อไปนี้

1.2.1 ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคำร้อง (Zuständigkeit)

หากมิได้มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น มาตรา 47 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง กำหนดให้ศาลผู้ที่มีอำนาจพิจารณาคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ได้แก่ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgericht, OVG หรือในบางมลรัฐ เรียกว่า Verwaltungsgerichtshof, VGH) เท่านั้น

1.2.2 วัตถุประสงค์แห่งการยื่นคำร้อง (Gegenstand)

มาตรา 47 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ได้กำหนดให้กฎที่สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ มี 3 ประเภท ได้แก่ **ประเภทที่หนึ่ง** ข้อบัญญัติท้องถิ่น (Satzung) ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญด้วยการก่อสร้าง **ประเภทที่สอง** กฎของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ (Rechtsverordnung) ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 246 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญด้วยการก่อสร้าง **ประเภทที่สาม** กฎที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญของมลรัฐ หากกฎหมายของมลรัฐกำหนดให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเช่นนั้น⁷ ทั้งนี้ กฎที่เป็นวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นกฎที่มีผลใช้บังคับ (in Kraft treten) แล้ว แต่อย่างน้อยที่สุด

⁶ BVerwGE 111, 276 = NJW 2000, 3584 = JuS 2001, 406 (407); ความเห็นที่เป็นไปในแนวทางตรงกันข้าม, โปรดดู VGH München, 2020, 1130.

⁷ Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., Heidelberg 2009, § 24 Rn. 876.

ต้องมีการประกาศใช้ (verkündet) กฎดังกล่าวแล้ว⁸ จึงจะเป็นวัตถุแห่งคดีของการยื่นคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้⁹ ด้วยเหตุนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมัน การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ในลักษณะของการ “ป้องกันไว้ก่อน” (vorbeugende Normenkontrolle) จึงไม่สามารถกระทำได้ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ยื่นคำร้องกล่าวอ้างว่ากฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ทั้งฉบับ ด้วยเหตุที่กฎฉบับดังกล่าวเป็นกฎที่ขัดต่อกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า และผู้ถูกร้อง (หน่วยงานที่ออกกฎ) ก็เห็นพ้องกับผู้ยื่นคำร้องว่ากฎฉบับดังกล่าวเป็นกฎที่ไม่มีผลใช้บังคับทั้งฉบับดังที่ผู้ยื่นคำร้องกล่าวอ้าง เพื่ออาศัยข้อกล่าวอ้างของผู้ยื่นคำร้องทำให้กฎฉบับดังกล่าวจึงไม่อาจเป็นวัตถุแห่งคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ เช่นนี้แล้วกฎฉบับดังกล่าวก็ยังคงเป็นวัตถุแห่งคดีที่ศาลปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะหากยึดถือเหตุผลตามข้อต่อสู้ของผู้ถูกร้องแล้ว ก็ไม่มีทางที่กฎฉบับดังกล่าวจะเป็นวัตถุในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองได้เลย¹⁰ ส่วนกฎที่สิ้นผลใช้บังคับไปแล้ว ไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งคดีเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้อีกต่อไป¹¹

1.2.3 ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง (Antragssteller)

ตามมาตรา 47 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ได้แก่ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าตนได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจเดือดร้อนเสียหายในระยะเวลาอันอาจคาดหมายได้ (in absehbarer Zeit zu erwartende Rechtsverletzung) จากกฎหรือผลจากการใช้กฎ¹² ผู้ยื่นคำร้องจึงต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีจะกระทบสิทธิเสรีภาพ

⁸ การที่กฎฉบับใดฉบับหนึ่งจะเป็นกฎที่ “ประกาศใช้แล้ว” และอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองได้นั้น จะต้องเป็นกฎที่ผ่านกระบวนการตราจนสิ้นสุดกระบวนการแล้วในสายตาของผู้ที่มีอำนาจในการประกาศใช้กฎฉบับดังกล่าว รายละเอียดเป็นไปตามคำสั่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 1992, BVerwG, Beschluß vom 02.06.1992 - 4 N 1/90 (München), NVwZ 1992, 1088 (1089), เข้าถึงเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2566 จาก <https://research.wolterskluwer-online.de/document/a80a4121-7a7b-4a00-8bf4-bede35fdf0fc>.

⁹ Schenke, Wolf-Rüdiger, *supra* note 7, § 24 Rn. 877; Eyermann, Erich, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., München 2019, § 47 Rn. 11; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 28. Aufl., München 2022, § 47 Rn. 135; BVerwG NVwZ 1992, 1088; NVwZ-RR 2002, 256.

¹⁰ BVerwG, NVwZ 1992, 1088 (1089).

¹¹ Hoppe, in: Eyermann, Erich, *supra* note 9, § 47 Rn. 12.

¹² *Ibid.*, 15. Aufl., München 2019, § 47 Rn. 41.



ของผู้ยื่นคำร้อง (Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Rechtsverletzung)¹³ พร้อมทั้งผลกระทบต่อผู้ยื่นคำร้องที่เป็นรูปธรรมตามสมควร (hinreichend substantiiert Tatsachen)¹⁴ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขในเรื่องผู้มีสิทธิยื่นคำร้องแสดงให้เห็นได้ว่า ผู้ร่างกฎหมายได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลไปพร้อมกับการสร้างกลไกในการป้องกันมิให้มีการฟ้องคดีโดยบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดี (Popularklage) จึงได้ใช้เงื่อนไขในการกำหนดผู้มีสิทธิยื่นคำร้องในลักษณะเดียวกันกับผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีในกรณีคำฟ้องเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และคำฟ้องเพื่อขอให้ศาลออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage)¹⁵

1.2.4 ประโยชน์จากการคุ้มครองสิทธิโดยศาล (Rechtsschutzinteresse)

หากการสิ้นผลใช้บังคับของกฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีไม่ทำให้นิติฐานะของผู้ยื่นคำร้องเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้น ผู้ยื่นคำร้องย่อมมิใช่ผู้ได้รับ “ประโยชน์จากการคุ้มครองสิทธิโดยศาล” (Rechtsschutzinteresse)¹⁶ ในมุมมองของศาลปกครองจึงไม่มีประโยชน์ที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาตามคำร้องดังกล่าว (nutzlos) และเป็นเหตุที่ทำให้ศาลต้องสั่งไม่รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา¹⁷ โดย 2 กรณีสำคัญที่จะทำให้การพิจารณาคดีไม่มีประโยชน์ต่อการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล คือ **กรณีที่หนึ่ง** ได้แก่ กรณีที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่ากฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีนั้น ไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อผู้ยื่นคำร้องทั้งในทางข้อเท็จจริงและในทางกฎหมาย¹⁸ และ**กรณีที่สอง** ได้แก่ กรณีที่แม้ผู้ยื่นคำร้องจะได้รับผลกระทบจากกฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีไปแล้ว แต่การสิ้นผลไปของกฎฉบับดังกล่าวมิได้ช่วยแก้ไขหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้อนุญาตให้ก่อสร้างตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในผังเมืองรวม และมีการก่อสร้างให้เป็นไปตามผังเมืองรวมฉบับดังกล่าวไปแล้ว¹⁹

1.2.5 ระยะเวลาในการยื่นคำร้อง (Antragsfrist)

ตามมาตรา 47 วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง คำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องจะต้องยื่นคำร้องภายใน 1 ปี

¹³ Redeker, in: Redeker/v. Oetzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 17. Aufl., München 2022, § 47 Rn. 29.

¹⁴ BVerwGE 140, 41 (42) = NVwZ 2012, 185 (186); VGH Mannheim, COVuR 2020, 322 (323).

¹⁵ BVerwG BRS 84, Nr. 185 Rn. 6.

¹⁶ BVerwG, NVwZ 1989, 653.

¹⁷ Hoppe, in: Eyermann, Erich, *supra* note 9, § 47 Rn. 55.

¹⁸ BVerwGE 82, 225.

¹⁹ OVG Münster, Urt. v. 17.5.2017 - 2 D 22/15.NE, KommJur 2017, 380; OVG Münster, Beschl. v. 3.1.2017 - 7 B 1273/16.NE, juris, und vom 9.5.2016 - 2 B 999/15.NE, BauR 2016, 1464 = juris; NVwZ 2011, 897, 903; OVG Lüneburg, Urt. v. 9.10.2008 - 12 KN 12/07, BRS 73 Nr. 53 = juris Rn. 18, 23; OVG Saarlouis, Urt. v. 18.5.2006 - 2 N 3/05, BRS 70 Nr. 56 = juris Rn. 24 ff.

นับแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎดังกล่าว²⁰ โดยระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาเด็ดขาด (echte Ausschlussfrist)²¹ ผู้ยื่นคำร้องจึงไม่สามารถอ้างเหตุจำเป็นใด ๆ เพื่อขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ตามมาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน²² แต่ระยะเวลาดังกล่าวไม่นำมาใช้บังคับในกรณีที่ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการประกาศใช้กฎดังกล่าวเมื่อวันใด²³ ทั้งนี้ หากมีการประกาศใช้กฎที่มีเนื้อหาเดิมใหม่อีกครั้ง เนื่องจากมีข้อผิดพลาดเล็กน้อยที่เกิดขึ้นจากกระบวนการจัดทำกฎหมาย การประกาศใช้กฎในลักษณะดังกล่าวก็มีได้ทำให้ต้องเริ่มนับระยะเวลา 1 ปีใหม่ นับแต่วันที่ประกาศใช้กฎในครั้งหลังแต่อย่างใด²⁴

1.2.6 ข้อห้ามในการยื่นคำร้องซ้อน ยื่นคำร้องซ้ำ และดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ

(fehlende Rechtshängigkeit und Rechtskraft)

เมื่อมีการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎแล้ว คดีนั้นย่อมเป็นคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาล (rechtshängig) และย่อมผูกพันคู่กรณีรายเดิมมิให้ยื่นคำร้องต่อศาลในเรื่องเดียวกันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผลของการที่คดีอยู่ในการพิจารณาของศาลนั้น ไม่ผูกพันผู้มีสิทธิยื่นคำร้องรายอื่นในการที่จะขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎฉบับเดียวกัน เนื่องจากการที่คดีอยู่ในการพิจารณาของศาลส่งผลทางกฎหมายต่อคู่กรณีในคำร้อง (inter-partes Rechtskraftwirkung) เท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 121 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง แต่หากศาลได้มีคำวินิจฉัยว่ากฎฉบับดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมาย (unwirksam) โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายฉบับเดียวกันไปแล้ว กฎฉบับดังกล่าวก็ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งคดีในการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้อีกต่อไป²⁵

1.3 การวินิจฉัยในเนื้อหา (Begründetheit)

ดังที่กล่าวไว้แล้วว่ากระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ เป็นกระบวนการที่มีส่วนผสมของ “กระบวนการในทางภาวีสัย” (objektives

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองฉบับก่อนที่จะมีการแก้ไขเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 2006 กำหนดให้ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องจะต้องยื่นคำร้องภายใน 2 ปี นับแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎที่ประสงค์ให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

²¹ Schenke, Wolf-Rüdiger, *supra* note 7, § 24 Rn. 912b.

²² OVG Frankfurt (Oder), LKV 1996, 208 (210); OVG NW NVwZ-RR 2005, 290; BayVG DVBl 2010, 861; OVG LSA NVwZ-RR 2012, 187; Ziekow, in: NKVwGO, Rn. 251e; Kopp/Schenke, Rn. 83; แนวคิดที่เห็นว่าสามารถนำการขยายระยะเวลาการยื่นคำร้องด้วยเหตุจำเป็นตามมาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองมาใช้ในการขยายระยะเวลาการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้, โปรดดู Panzer, in: Schoch/Scheider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 43. EL August 2022, § 47 Rn. 36.

²³ BVerwG, BayVBl. 2004, 475.

²⁴ SächsOVG, BauR 2014, 1767 m.n.N.

²⁵ Schenke, Wolf-Rüdiger, *supra* note 7, § 24 Rn. 912a.



Verfahren)²⁶ ส่วนผสมที่มีลักษณะในทางทวิสัยนั้นจะเห็นได้ชัดจากอำนาจของศาลปกครองในการวินิจฉัยคดีในเนื้อหา เนื่องจากในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น ศาลจะไม่ผูกพันต่อประเด็นที่ผู้ยื่นคำร้องกำหนดไว้ในคำร้อง แต่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีได้อย่างรอบด้าน (Grundsatz uneingeschränkt gerichtlicher Kontrolle)²⁷ โดยประเด็นในเชิงเนื้อหาที่ศาลสามารถตรวจสอบได้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเด็นหลักที่สำคัญ ได้แก่ **ประเด็นที่หนึ่ง** การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบของกฎ (formell-rechtliche Prüfung) ซึ่งเป็นการตรวจสอบอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการออกกฎ (Regelungskompetenz) รวมไปถึงกระบวนการและรูปแบบในการออกกฎ (Verfahren und Form) เป็นสำคัญ และ**ประเด็นที่สอง** การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาของกฎ (materiell-rechtliche Prüfung) ซึ่งเป็นการตรวจสอบความสอดคล้องกันระหว่างกฎกับกฎหมายลำดับสูงกว่า (inhaltliche Gesetzkonformität) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐธรรมนูญและกฎหมายต่าง ๆ ในระดับรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลตรวจสอบแล้วพบข้อบกพร่องของกฎในเชิงรูปแบบหรือในเชิงเนื้อหาประการใดประการหนึ่งตามที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ศาลจะต้องกำหนดคำบังคับตามหลักเกณฑ์ดังที่จะได้นำเสนอในหัวข้อถัดไป

2. หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดผลในทางกฎหมายของกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ศาลใช้ในการพิจารณากำหนดผลในทางกฎหมายของกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎสามารถพิจารณาโดยแบ่งออกเป็นหลักเกณฑ์ในแง่รูปแบบ หลักเกณฑ์ในแง่ปริมาณ และหลักเกณฑ์ในแง่ระยะเวลา ดังต่อไปนี้

2.1 พิจารณาในแง่รูปแบบ : การยืนยันความไม่มีผลของกฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดี (Unwirksamkeitserklärungen)

ตามมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น เมื่อศาลปกครองเห็นว่ากฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ “ไม่มีสภาพบังคับ” (ungültig) เนื่องจากเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุในเชิงรูปแบบหรือในเชิงเนื้อหาประการใดประการหนึ่ง ศาลปกครองจะต้องมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีนั้นเป็นกฎที่ “ไม่มีผลผูกพัน” (unwirksam) กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมัน กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุในเชิงรูปแบบหรือในเชิงเนื้อหาประการใดประการหนึ่งนั้น เป็นกฎที่ “ไม่มีผลในทางกฎหมาย”

²⁶ BVerwG NVwZ 1992, 567.

²⁷ ในกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ คำร้องจึงเป็นเพียง “จุดเริ่มต้น” (Ausgangspunkt) ของกระบวนการพิจารณานั้น หากคำร้องเป็นคำร้องที่ศาลรับไว้พิจารณาได้แล้ว ศาลก็สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้ในทุกประเด็น แม้มิได้เป็นประเด็นที่ปรากฏในคำร้องก็ตาม, รายละเอียดเป็นไปตาม Panzer, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 43. EL August 2022, § 47 Rn. 87 und 92.

(ungültig) หรือตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก (*ipso iure* Nichtigkeit *ex tunc*) ซึ่งความไม่มีผลหรือความเป็นโมฆะ เช่นว่านี้เป็นความไม่มีผลหรือความเป็นโมฆะที่ดำรงอยู่ในตัวกฎนั้นเอง (*eo ipso*) ศาลปกครองจึงมีหน้าที่เพียงประกาศ²⁸ ถึงความไม่มีผล (unwirksam) ของกฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเท่านั้น²⁹ ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาตามถ้อยคำตามมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองอย่างเคร่งครัดแล้ว ในคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น ศาลปกครองจะต้องมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพื่อยืนยันว่ากฎดังกล่าวไม่มีผลในทางกฎหมาย (Unwirksamkeitserklärungen)³⁰ โดยไม่อาจมีคำวินิจฉัยให้เป็นไปในแนวทางอื่น (keine anderen Entscheidungsmöglichkeiten)³¹ แต่อย่างใด ดังเช่นคดีในศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย³² อำนาจที่จำกัดของศาลในการกำหนดรูปแบบของคำบังคับนี้สัมพันธ์กับการพิจารณารับคำร้องอย่างใกล้ชิด กล่าวคือ หากผู้ยื่นคำร้องประสงค์จะให้ศาลมีคำบังคับอย่างอื่นนอกเหนือไปจากการยืนยันความไม่มีผลของกฎแล้ว ย่อมเป็นกรณีที่ศาลไม่อาจมีคำวินิจฉัยให้ตรงตามความประสงค์ของผู้ยื่นคำร้องได้ ศาลจึงไม่อาจรับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาได้ ดังเช่นตัวอย่างจากคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 2015 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 2015³³ คำร้องเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎตามมาตรา 47 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ที่มีได้มุ่งประสงค์ต่อการให้ศาลยืนยันความไม่มีผลใช้บังคับของกฎ แต่กลับมุ่งประสงค์ให้ศาลยืนยันถึงความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องไปออกกฎเพิ่มเติม นั้น เป็นคำร้องที่ศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาได้³⁴

²⁸ รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับลักษณะคำวินิจฉัยของศาลในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งเป็นเพียงการประกาศถึงความไม่มีผลของกฎ, โปรดดู Panzer, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 43. EL August 2022, § 47 Rn. 113.

²⁹ Wysk, in: Wysk, *supra* note 2, § 47 Rn. 68.

³⁰ Wysk, in: Wysk, *supra* note 2, § 47 Rn. 70; Panzer, in: Schoch/Schneider, *supra* note 28, § 47 Rn. 113.

³¹ Hoppe, in: Eyermann, Erich, *supra* note 9, § 47 Rn. 88.

³² รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญกับทางเลือกที่หลากหลายในการมีคำวินิจฉัยในคดีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะได้กล่าวต่อไปในบทความฉบับที่ 2 ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

³³ BVerwG, Urt. v. 16.4.2015 - 4 CN 2/14 (VGH Mannheim), NVwZ 2015, 984.

³⁴ ในคดีนี้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ยังวินิจฉัยต่อไปอีกว่า หากประสงค์จะให้ศาลปกครองยืนยันถึงความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองจะต้องไปออกกฎเพิ่มเติม ผู้ยื่นคำร้องจะต้องใช้วิธีฟ้องต่อศาลปกครองเป็นคดีประเภท “คำฟ้องเพื่อให้ศาลยืนยันความดำรงอยู่หรือความสิ้นผลไปของนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน” (Feststellungsklage) (มีต่อหน้าถัดไป)



เมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้กฎหมายซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและประกาศความไม่มีผลในทางกฎหมายของกฎหมายนั้นแล้ว คำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวย่อมผูกพันเป็นการทั่วไป (allgemein verbindlich) กล่าวคือ ในมุมมองของประชาชนทั่วไป คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองในคำร้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายย่อมมีผลไปยังบุคคลทุกคนที่ประสงค์จะกล่าวอ้างถึงความมีอยู่ของกฎหมายซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยไปแล้ว ส่วนในมุมมองของเจ้าหน้าที่นั้น คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองในคำร้องเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายไม่เพียงแต่จะมีผลผูกพันต่อหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่กรณีในคดีเท่านั้น แต่ยังคงมีผลไปยังหน่วยงานอื่นทั้งหมด ทั้งในระดับมลรัฐและระดับสหพันธรัฐมิให้กล่าวอ้างถึงความมีอยู่ของกฎหมายดังกล่าว³⁵ ส่วนหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่กรณีในคดีย่อมได้รับผลจากการที่เป็นคู่กรณีเพิ่มเติม ก็คือ หน่วยงานดังกล่าวจะต้องประกาศให้ประชาชนทราบถึงคำวินิจฉัยของศาลปกครอง³⁶ และหน่วยงานดังกล่าวจะไม่สามารถออกกฎหมายที่มีเนื้อความอย่างเดียวกับกฎหมายซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีได้อีกต่อไป³⁷

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลปกครองซึ่งยืนยันความไม่มีผลของกฎหมายจะทำให้คำสั่งทางปกครองที่เป็นภาระต่อผู้รับคำสั่ง (belastende Verwaltungsakte) ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีนั้น กลายเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (rechtswidrig) ซึ่งจะส่งผลต่อไปให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แม้คำสั่งนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อบุคคลภายนอกก็ตาม³⁸ และหากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามหน้าที่เช่นนั้น ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองย่อมมีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อให้ศาลเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้³⁹ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลปกครองซึ่งยืนยันความไม่มีผลของกฎหมายไม่มีผลกระทบต่คำสั่งที่เป็นที่สุด

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 34)

ตามมาตรา 43 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง รายละเอียดเป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 2015 BVerwG, Urt. v. 16.4.2015 - 4 CN 2/14 (VG Mannheim), NVwZ 2015, 984 (984), เข้าถึงเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2566 จาก <https://www.bverwg.de/160415U4CN6.14.0>, หรือทางเลือกที่เป็นไปได้ประการอื่น ก็คือ การฟ้องเป็นคดีประเภท “คำฟ้องเพื่อให้ศาลปกครองกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมาย” (Normerlassklage) แต่ในทางวิชาการก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันว่าศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคำฟ้องประเภทดังกล่าวหรือไม่

³⁵ Redeker/v. Oetzen, *supra* note 13, § 47 Rn. 45.

³⁶ เป็นผลมาจากมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง, รายละเอียดเป็นไปตาม Redeker/v. Oetzen, *supra* note 13, § 47 Rn. 43.

³⁷ Mannheim ESVG 29, 1; Redeker/v. Oetzen, *supra* note 13, § 47 Rn. 45.

³⁸ Hoppe, in: Eyermann, *supra* note 9, § 47 Rn. 98.

³⁹ Redeker/v. Oetzen, *supra* note 13, § 47 Rn. 46.

(unanfechtbare Verwaltungsakte)⁴⁰ หรือคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการยืนยันความชอบด้วยกฎหมายโดยคำวินิจฉัยของศาลปกครองซึ่งเป็นที่สุดแล้ว (durch rechtskräftiges gerichtliches Urteil bestätigte Verwaltungsakte) แต่อย่างไรก็ตาม⁴¹ อย่างไรก็ตามหน่วยงานย่อมไม่สามารถนำคำสั่งที่เป็นที่สุดหรือคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการยืนยันความชอบด้วยกฎหมายโดยคำวินิจฉัยของศาลปกครองซึ่งเป็นที่สุดเหล่านั้นมาบังคับทางปกครองได้⁴² ทั้งนี้ เป็นไปตามผลจากการนำมาตรา 183 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม⁴³ ส่วนคำสั่งที่ศาลไม่อาจกำหนดในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้เลย ได้แก่ คำบังคับในลักษณะที่กำหนดให้คำพิพากษาหรือคำสั่งมีผลผูกพันเฉพาะหน่วยงานทางปกครองที่เป็นคู่กรณี⁴⁴ หรือคำสั่งบังคับในลักษณะที่กำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่กรณีออกกฎหมายที่มีเนื้อความอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ศาลกำหนด⁴⁵

2.2 พิจารณาในแง่ปริมาณ : การยืนยันความไม่มีผลของกฎทั้งหมดหรือบางส่วน

ตามมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง กำหนดต่อไปอีกว่า เมื่อศาลปกครองวินิจฉัยว่ากฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ “ไม่มีผลผูกพัน” (unwirksam) แล้ว ศาลสามารถกำหนดให้กฎฉบับดังกล่าวสิ้นผลผูกพันไปทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่ากฎฉบับดังกล่าวสิ้นผลผูกพันบางส่วน (Teilunwirksamkeit) ศาลจะต้องนำหลักที่เกี่ยวข้องกับโมฆะกรรมแยกส่วน (Grundsatz der Teilnichtigkeit) ตามมาตรา 139 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง⁴⁶ (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) มาพิจารณาประกอบด้วย

⁴⁰ คำสั่งทางปกครองที่เป็นที่สุด (unanfechtbare Verwaltungsakte) ในระบบกฎหมายเยอรมัน หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจโต้แย้งได้อีกต่อไป ด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น คำสั่งทางปกครองที่พ้นระยะเวลาการอุทธรณ์แล้ว และกฎหมายของมลรัฐนั้นกำหนดให้การอุทธรณ์เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

⁴¹ BVerwGE 56, 172 (176).

⁴² Redeker/v. Oetzen, *supra* note 13, § 47 Rn. 46.

⁴³ มาตรา 183 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง

“ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐได้ยืนยันความเป็นโมฆะของรัฐบัญญัติของมลรัฐหรือประกาศว่ากฎของมลรัฐเป็นโมฆะ ความเป็นโมฆะเช่นนั้นไม่กระทบต่อคำวินิจฉัยที่เป็นที่สุดของศาลปกครองที่วินิจฉัยโดยอาศัยบทบัญญัติซึ่งเป็นโมฆะดังกล่าว เว้นแต่กฎหมายของมลรัฐจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ การบังคับทางปกครองจากคำวินิจฉัยเช่นนั้น ไม่สามารถกระทำได้ ในกรณีเช่นนี้ให้นำมาตรา 767 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

⁴⁴ BVerwG NuR 2002, 548 (522); VGH Kassel DÖV 1998, 343 (344); VGH Mannheim VBlBW 1992, 259.

⁴⁵ VGH Mannheim NVwZ-RR 2000, 529; VBlBW 2000, 474.

⁴⁶ มาตรา 139 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (โมฆะกรรมแยกส่วน, Teilnichtigkeit)

“ในกรณีที่ส่วนใดส่วนหนึ่งของนิติกรรมตกเป็นโมฆะ นิติกรรมดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะไปทั้งสิ้น หากไม่อาจสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า นิติกรรมจะยังสามารถดำรงอยู่ได้แม้ปราศจากส่วนที่ตกเป็นโมฆะไปแล้ว”



2.3 พิจารณาในแง่ระยะเวลา : ให้ยืนยันความไม่มีผลของกฎตั้งแต่นั้น (ex tunc) เป็นหลัก

ในแง่ของระยะเวลาที่กฎจะสิ้นผลไปโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองนั้น หากไม่มีการระบุไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีย่อมไม่มีผลตั้งแต่นั้น (ex tunc) ซึ่งหมายความว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งย่อมส่งผลทำให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีไม่มีผลย้อนหลังกลับไปนับแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎดังกล่าว (rückwirkend auf dem Zeitpunkt des Erlasses der Norm)⁴⁷ ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมัน หากศาลประสงค์จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งที่นอกเหนือไปจากการให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีไม่มีผลตั้งแต่นั้นแล้ว ศาลจะต้องระบุไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ชัดเจน⁴⁸

3. ประเด็นพิจารณา : ศาลปกครองเยอรมันสามารถกำหนดคำบังคับให้แตกต่างออกไปจากหลักการทั่วไปได้หรือไม่

เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าโดยหลักการทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ลักษณะของคำบังคับที่ศาลสามารถกำหนดได้ในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น ก็คือ การมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีทั้งหมดหรือบางส่วน เป็นกฎที่ไม่มีผลตั้งแต่วันที่ที่มีการประกาศใช้กฎ (ex tunc) ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม มีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า ศาลจะกำหนดคำบังคับในรูปแบบอื่นที่แตกต่างไปจากหลักการทั่วไปที่กล่าวไว้ข้างต้นได้หรือไม่ และหากการกำหนดคำบังคับเช่นนั้นเป็นไปได้ ศาลจะใช้เหตุผลใดประกอบคำวินิจฉัยที่แตกต่างออกไปจากหลักการทั่วไปเช่นนั้น โดยในการศึกษาถึงความเป็นไปได้ที่ศาลปกครองจะกำหนดคำบังคับในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎให้แตกต่างจากหลักการทั่วไปนั้น ผู้เขียนจะเริ่มจากการศึกษาถึงข้อพิจารณาเบื้องต้นในทางวิชาการที่มีต่อความเป็นไปได้ที่ศาลจะกำหนดคำบังคับให้แตกต่างออกไปจากหลักการทั่วไป (หัวข้อที่ 3.1) พร้อมทั้งวิเคราะห์ถึงแนวปฏิบัติของศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาดังกล่าวผ่านแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับคดีตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ทั้งในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ (หัวข้อที่ 3.2) และในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ (หัวข้อที่ 3.3) เป็นลำดับต่อไป

3.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นในทางวิชาการ

ในการพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่ศาลจะกำหนดคำบังคับในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎให้แตกต่างออกไปจากหลักการทั่วไปนั้น ต้องเริ่มจากการพิจารณาถึงเหตุผลในการตราและการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองเสียก่อน โดยในเอกสารประกอบร่างแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองฉบับที่เสนอโดยรัฐบาลแห่งสหพันธ์ ลงวันที่

⁴⁷ Kopp/Schenke, *supra* note 9, § 47 Rn. 144.

⁴⁸ Panzer, in: Schoch/Schneider, *supra* note 28, § 47 Rn. 109a.

21 พฤศจิกายน ค.ศ. 1975⁴⁹ ได้ยกตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าบังคับที่นอกเหนือจากการกำหนดให้กฎหมายซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีตกเป็นโมฆะไว้หลายคดี พร้อมทั้งกล่าวว่า “ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เองก็ควรและต้องคั่นหามาตรการเพื่อแก้ไขปัญหามาสอดคล้องกับทางปฏิบัติ (ได้ดั่งเช่นศาลรัฐธรรมนูญ) เช่นกัน”⁵⁰ ซึ่งข้อความในเอกสารประกอบร่างแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแสดงให้เห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายประสงค์จะให้ศาลปกครองมีทางเลือกในการกำหนดค่าบังคับในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่หลากหลายในระดับเดียวกันกับศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้คำวินิจฉัยสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ เมื่อศึกษาแนวความเห็นในทางวิชาการแล้วพบว่า นักวิชาการบางส่วนเห็นว่า ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์สามารถกำหนดค่าบังคับในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎให้แตกต่างจากหลักการทั่วไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดค่าบังคับเพื่อให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผลใช้บังคับตั้งแต่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีคำพิพากษาหรือตั้งแต่ระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งในอนาคตตามที่ศาลกำหนดไว้ในคำวินิจฉัยของตน⁵¹ ดังเช่นในกรณีการกำหนดค่าบังคับของศาลรัฐธรรมนูญในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย⁵² อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าบังคับที่แตกต่างไปจากกรณีทั่วไป นั้น ต้องนำไปใช้เป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่งเท่านั้น กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่หากศาลประกาศให้กฎไม่มีผลในทางกฎหมายตั้งแต่วันประกาศใช้กฎแล้ว จะทำให้เกิด “สถานการณ์อันไม่พึงประสงค์อย่างร้ายแรงที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ด้วยวิธีการอื่น” (erhebliche, anders nicht zu vermeidende Störung) จะก่อให้เกิด “ความเสียหายร้ายแรงต่อประโยชน์ส่วนรวมซึ่งไม่อาจแก้ไขให้กลับสู่สภาพเดิมได้ หรือการแก้ไขให้กลับสู่สภาพเดิมเป็นไปได้อย่างยากลำบาก” (sonst nicht oder nur schwere wiedergutzumachende Schäden für das Gemeinwohl) หรือการทำให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีสิ้นผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือในเวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคตนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

⁴⁹ Drucksache 7/4324.

⁵⁰ Drucksache 7/4324, 8; „Auch die Oberverwaltungsgerichte werden Lösungen, welche den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung tragen, finden können und auch finden müssen“

⁵¹ Posser/Wolf, BeckOK VwGO, 64. Edition, Stand: 01.01.2023, § 47 Rn. 81; Ziekow, Jan, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., Baden-Baden 2018, § 47 Rn. 357.

⁵² ตัวอย่างคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดผลไปยังอนาคต เช่น ZB BVerfG 26, 116; 59, 337; 68, 309; 71, 393; 78, 119 f.; 78, 287; 83, 16; 84, 274; 85, 87; 88, 309; BayVerfGH 41, 76 f.; 39 104 f.; BWStGH BWVPr 1979, 184; SaarlVerfGH DÖV 1993, 910 รายละเอียดในเรื่องดังกล่าวจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทความฉบับที่ 2 ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าบังคับของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย



ของปัจเจกบุคคล (zwingende Erfordernisse wirksamen Rechtsschutz) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง **การคุ้มครองความเชื่อถือของประชาชนในความดำรงอยู่ของกฎ**⁵³

ส่วนหลักการอื่น ๆ ที่ในทางวิชาการมีความเห็นว่าสามารถนำมาใช้กับการพิจารณาประกอบกำหนดคำบังคับในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น สามารถเรียงลำดับจากหลักการที่เป็นนามธรรมไปสู่หลักการที่เป็นรูปธรรมได้ ดังต่อไปนี้

(1) **หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)**⁵⁴ เป็นหนึ่งในหลักการที่เป็นพื้นฐานที่สุดของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แต่การกล่าวอ้างหลักนิติรัฐเพียงอย่างเดียวย่อมทำให้น้ำหนักในการให้เหตุผลประกอบนั้นไม่หนักแน่นเท่ากับการใช้หลักการอื่น ๆ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจหรือหลักเศรษฐศาสตร์ในเชิงกระบวนการ ประกอบด้วย

(2) **หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung)**⁵⁵ เป็นหลักการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งกับการกำหนดคำบังคับในการตรวจสอบกฎที่จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นหลัก

(3) **หลักเศรษฐศาสตร์ในเชิงกระบวนการ (Grundsatz der Prozessökonomie)**⁵⁶ เป็นหลักการที่มีที่มาจากหลักการคุ้มครองสิทธิในการได้รับการคุ้มครองจากองค์กรตุลาการตามมาตรา 19 วรรคสี่ ของกฎหมายพื้นฐาน โดยความเห็นในทางวิชาการมีมุมมองต่อหลักเศรษฐศาสตร์ในเชิงกระบวนการว่า คำบังคับของศาลในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะเป็นการขัดต่อหลักเศรษฐศาสตร์ในเชิงกระบวนการก็ต่อเมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพียงเพื่อยืนยันความไม่มีผลของกฎทั้งฉบับ ทั้งที่ความบกพร่องของกฎนั้นเป็นความบกพร่องที่อาจแก้ไขได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้หน่วยงานทางปกครองเริ่มกระบวนการออกกฎอีกครั้งตั้งแต่ต้น

3.2 การใช้อำนาจของศาลปกครองกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการกำหนดผลในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่แตกต่างจากหลักการทั่วไปไว้โดยเฉพาะนั้น ศาลปกครองสามารถอ้างถึงบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อกำหนดคำบังคับที่แตกต่างจากหลักการทั่วไปได้ โดยไม่จำเป็นต้องอ้างถึงหลักการทั่วไปประกอบการวินิจฉัยแต่อย่างใด โดยตัวอย่างสำคัญของกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดคำบังคับในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่แตกต่างจากหลักการทั่วไปไว้โดยเฉพาะนั้น ได้แก่ มาตรา 215a

⁵³ Kopp/Schenke, *supra* note 9, § 47 Rn. 135.

⁵⁴ Sodan/Ziekow, *supra* note 51, § 47 Rn. 357. ซึ่งอ้างถึง OVG Lüneburg NVwZ 2001, 742 (749).

⁵⁵ *Ibid.*, 5. Aufl., Baden-Baden 2018, § 47 Rn. 357. ซึ่งอ้างถึง J. Schmidt/A. Lange, FS für Mühl, 1981, 595 (606 f.).

⁵⁶ Kopp/Schenke, *supra* note 9, § 47 Rn. 136.

แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้าง (Baugesetzbuch, BauGB)⁵⁷ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมเข้ามาในรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้างเมื่อปี ค.ศ. 1998 โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองในการแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นกับข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกโดยอาศัยอำนาจของรัฐบัญญัติฉบับนี้ได้ แต่ข้อบกพร่องดังกล่าวต้องเป็นข้อบกพร่องในเชิงรูปแบบหรือในเชิงเนื้อหาที่รัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้างกำหนดให้เป็นข้อบกพร่องที่สามารถแก้ไขได้⁵⁸ อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่หน่วยงานทางปกครองยังมีได้แก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว ข้อบัญญัติซึ่งมีข้อบกพร่องเช่นว่านั้นก็ย่อมเป็นข้อบัญญัติที่ไม่มีผลใช้บังคับจนกว่าจะมีการแก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องให้เสร็จสิ้น กล่าวคือ ข้อบัญญัติดังกล่าวย่อมเป็น “กฎหมายที่ไม่มีผลทางกฎหมายชั่วคราว” (schwebend unwirksam)⁵⁹ โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีขึ้นก็เพื่อประโยชน์ในการรักษาผังเมืองที่มีข้อบกพร่องเพียงเล็กน้อยให้คงอยู่ต่อไปโดยไม่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม (Interesse der Planerhaltung)⁶⁰

เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติดังกล่าว ในคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 215a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้าง ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพื่อให้กฎหมายซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีที่ไม่มีผลใช้บังคับ (unwirksam) จนกว่าฝ่ายปกครองจะแก้ไขข้อบกพร่องซึ่งกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมาย โดยศาลจะต้องระบุถึงข้อบกพร่องซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้กฎหมายไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยของตนด้วย⁶¹ ทั้งนี้ ศาลจะต้องพิจารณาด้วยว่าข้อบกพร่องดังกล่าวเป็นข้อผิดพลาดที่ร้ายแรงถึงขนาดหรือไม่ หากข้อบกพร่องดังกล่าวเป็นข้อบกพร่องที่ร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้การวางผังเมืองโดยรวมเสียไป การแก้ไขข้อบกพร่องย่อมไม่สามารถกระทำได้⁶²

⁵⁷ มาตรา 215a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้าง (Baugesetzbuch, BauGB)

“(1) หากข้อบัญญัติท้องถิ่น (Satzung) ดังกล่าวมีข้อบกพร่อง ซึ่งเป็นข้อบกพร่องที่มาตรา 214 และมาตรา 215 กำหนดให้เป็นข้อบกพร่องที่สามารถแก้ไขให้ชอบด้วยกฎหมายได้ด้วยกระบวนการพิจารณาเพิ่มเติม (ergänzendes Verfahren) ข้อบกพร่องดังกล่าวไม่ทำให้ข้อบัญญัติท้องถิ่นตกเป็นโมฆะ (nichtig) แต่ในระหว่างที่ยังไม่มีการแก้ไขข้อบกพร่อง ข้อบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่มีผลใช้บังคับ (entfaltet keine Rechtswirkungen)

(2) ในกรณีที่ข้อบัญญัติท้องถิ่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 214 วรรคหนึ่ง หรือข้อบกพร่องในเชิงกระบวนการหรือรูปแบบประการอื่นที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติของมลรัฐ สามารถกำหนดให้แผนการใช้ประโยชน์ที่ดิน (Flächennutzungsplan) หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น (Satzung) มีผลใช้บังคับใหม่อีกครั้งตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้ครั้งแรก (mit Rückwirkung erneut in Kraft gesetzt werden) ได้”

⁵⁸ NVwZ 2004, 226 (228).

⁵⁹ Hüttenbrink, in: Kuhla/Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage 2002, München 2002, Rn. 409; Wysk, *supra* note 2, § 47 Rn. 68.

⁶⁰ Panzer, in: Schoch/Schneider, *supra* note 28, § 47 Rn. 109a.

⁶¹ Schmidt, Jörg, Möglichkeiten und Grenzen der Heilung von Satzungen nach § 215a BauGB, NVwZ 2000, 977 (982).

⁶² BVerwGE 119, 54; Panzer, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 43. EL August 2022, § 47 Rn. 109a.



อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไม่สามารถมีคำวินิจฉัยเพื่อให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีนั้นเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้มีผลย้อนหลังนับแต่วันที่ออกกฎฉบับดังกล่าวได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ศาลจะต้องมีคำบังคับในลักษณะที่ให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา โดยมีข้อสังเกตให้หน่วยงานทางปกครองผู้มีอำนาจในการออกกฎ ออกกฎฉบับใหม่เพื่อให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในอนาคตหลังจากวันที่ออกกฎเท่านั้น⁶³ โดยตัวอย่างของแนวคำวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าว ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมืองลือเนอบวร์ก (OVG Lüneburg) ฉบับลงวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 2000 และคำสั่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ. 2000 โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมืองลือเนอบวร์ก (OVG Lüneburg) ฉบับลงวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 2000⁶⁴ โดยในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผังเมืองซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นผังเมืองที่ประกาศใช้ไม่ถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมืองลือเนอบวร์กพิเคราะห์ว่า ผังเมืองฉบับดังกล่าวมีการประกาศใช้ไม่ถูกต้องตามวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายจริง อย่างไรก็ตาม ข้อบกพร่องดังกล่าวเป็นข้อบกพร่องที่แก้ไขได้ด้วยกระบวนการพิจารณาเพิ่มเติมตามนัยมาตรา 215a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้าง ศาลจึงมีคำวินิจฉัยให้ผังเมืองดังกล่าวเป็นผังเมืองที่ไม่มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา จนถึงวันที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวให้แล้วเสร็จ และเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการฟ้องคดีในเรื่องนี้สู่ศาลปกครองอีกครั้ง ศาลจึงได้ให้ข้อสังเกตแก่หน่วยงานในการคำนึงถึงการแก้ไขข้อบกพร่องที่ศาลได้วินิจฉัยแล้วให้ครบถ้วนด้วย

คำสั่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ. 2000⁶⁵ ซึ่งเป็นกรณีที่มีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของผังเมืองรวมในส่วนที่มีการกำหนดเขตเพื่อการประกอบพาณิชย์กรรม (Gewerbepark) เมื่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า ผังเมืองรวมฉบับดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ (nicht wirksam) และข้อบกพร่องของผังเมืองรวมฉบับดังกล่าวมิใช่ข้อบกพร่องที่สามารถแก้ไขได้ด้วยวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 215a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้าง ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงไม่อาจกำหนดคำบังคับให้กฎฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับย้อนหลังตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้ (rückwirkende Heilung) เพื่อแก้ไขสถานะทางกฎหมายที่เกิดขึ้นมาก่อนวันที่จะมีการแก้ไขข้อบกพร่องได้ แต่ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิที่ฝ่ายปกครองจะประกาศใช้กฎที่มีเนื้อความอย่างเดียวกัน เพื่อกำหนดนิติสัมพันธ์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นในอนาคต (หลังจากวันที่มีการประกาศใช้กฎฉบับใหม่) ได้

⁶³ Wysk, in: Wysk, *supra* note 3, § 47 Rn. 68.

⁶⁴ OVG Lüneburg, Urteil vom 12.04.2000 - 1 K 5694/98, BeckRS 2000, 21923.

⁶⁵ BVerwG, Beschluß vom 6.3.2000 - 4 BN 31/99 (München), NVwZ 2000, 808.

อย่างไรก็ตาม การนำบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวมาใช้บังคับกับการแก้ไขข้อบกพร่องของกฎ นั้น ก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ⁶⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาที่เกิดจากการแบ่งเส้นระหว่างข้อบกพร่องที่สามารถเยียวยาแก้ไขได้กับข้อบกพร่องที่ไม่สามารถเยียวยาแก้ไขได้ ทั้งการกำหนดให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผลใช้บังคับชั่วคราวนั้น ก่อให้เกิดความสับสนต่อบุคคลผู้ที่มีส่วนได้เสียกับกฎดังกล่าวเป็นอย่างมาก⁶⁷ ต่อมา ในปี ค.ศ. 2004 จึงได้มีการยกเลิกมาตรา 215a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้างและแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 214 วรรคสี่ เข้ามาแทนที่⁶⁸ โดยข้อแตกต่างของมาตรา 215a และมาตรา 214 วรรคสี่ ที่แก้ไขใหม่อยู่ตรงที่มาตรา 215a แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าว จะกำหนดผลให้กฎที่มีข้อบกพร่องเป็นกฎที่ไม่มีผลใช้บังคับชั่วคราวจนกว่าจะมีการแก้ไขข้อบกพร่องให้แล้วเสร็จ แต่มาตรา 214 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน กำหนดให้กฎที่มีข้อบกพร่องยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป หากมิใช่ข้อบกพร่องที่รุนแรงและเป็นสาระสำคัญของการใช้บังคับกฎเช่นนั้น

3.3 การใช้อำนาจของศาลปกครองกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

ส่วนในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการกำหนดค่าบังคับในคดีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่แตกต่างจากหลักการทั่วไปไว้โดยเฉพาะนั้น ศาลปกครองเยอรมันมีแนวโน้มที่จะไม่มีค่าบังคับใด ๆ ให้แตกต่างออกไปจากหลักการทั่วไป โดยตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ การกำหนดให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะถึงระยะเวลาที่ศาลกำหนด (befristete Weitergeltung der beanstandeten Norm) นั้น ไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ศาลปกครองจะสามารถประกาศความไม่มีผลผูกพัน (unwirksam) ของกฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีได้เท่านั้น⁶⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในระบบกฎหมายเยอรมัน การใช้อำนาจของศาลปกครองในลักษณะนี้มีใช้การเพิกถอนกฎเพื่อให้มีผลไปในอนาคตหรือเป็นการกำหนดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วยเหตุนี้ โดยหลักการแล้วการประกาศให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีมีผลใช้บังคับต่อไปตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด จึงไม่อยู่ในอำนาจที่ศาลปกครองจะสามารถกระทำได้ หากพิเคราะห์ถ้อยคำตามมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง

⁶⁶ รายละเอียดเป็นไปตาม Hoppe, in: Eyermann, Erich, *supra* note 9, § 47 Rn. 80.

⁶⁷ Schmidt, Jörg, *supra* note 61, NVwZ 2000, 977 (979).

⁶⁸ มาตรา 214 วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้าง (Baugesetzbuch, BauGB)

“ข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นในการใช้ประโยชน์ที่ดิน (Flächennutzungsplan) หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น (Satzung) สามารถแก้ไขได้ด้วยกระบวนการพิจารณาเพิ่มเติม (ergänzendes Verfahren) เพื่อให้การแก้ไขมีผลย้อนหลัง (rückwirkend in Kraft gesetzt werden) ได้”

⁶⁹ BeckRS 2020, 6630, Rn. 26.



หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้ยืนยันไว้ในคำพิพากษา ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (BVerwG) ลงวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 2010⁷⁰ โดยในคำพิพากษาศาลปกครอง ฉบับนี้ ศาลปกครองได้พิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของข้อบัญญัติท้องถิ่น เมืองบอยเซนเบิร์ก (Boizenburg) เพื่อเก็บภาษีจากเครื่องเล่นพนันอัตโนมัติ (Spielautomatensteuer) โดยศาลอุทธรณ์มลรัฐเมคเลินบวร์ก-พอร์พ้อมเมิร์น (OVG Greifswald)⁷¹ เห็นว่า ข้อบัญญัติดังกล่าว เป็นข้อบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006 เป็นต้นไป ศาลอุทธรณ์จึงมีคำวินิจฉัย ให้ข้อบัญญัติดังกล่าวเป็นข้อบัญญัติที่ไม่มีผลตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006 อย่างไรก็ตาม ศาลปกครอง แห่งสหพันธ์เห็นว่า ข้อบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นข้อบัญญัติที่ไม่มีผลตั้งแต่นั้น ทั้งโดยหลักการทั่วไปแล้ว (grundsätzlich) ศาลปกครองมีอาจใช้อำนาจให้แตกต่างจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 47 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศึปกครอง เพื่อกำหนดให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผล ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งตามที่ศาลกำหนด ดังเช่นในกรณีของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ ถึงกระนั้น ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ในคดีนี้ก็เปิดช่องไว้ว่า อาจมีกรณีที่ปรากฏ “สถานการณ์จำเป็น” (Notstand) ประการใดประการหนึ่งที่ศาลปกครองอาจกำหนดผลของคำวินิจฉัยให้แตกต่างไปจากหลักการทั่วไปได้⁷² แต่เนื่องจากประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ “สถานการณ์จำเป็น” มิได้มีผลกระทบต่อผลของคดีนี้ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์จึงมิได้วิเคราะห์ถึงรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับลักษณะหรือเงื่อนไขของ “สถานการณ์ จำเป็น” ต่อไป

หลักการว่าด้วย “สถานการณ์จำเป็น” (Notstand) ได้ปรากฏอีกครั้งในคำสั่งเกี่ยวกับ วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มลรัฐไบเอิร์น (VGH München) ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2020 โดยศาลปกครองในคดีนี้เห็นว่า หากเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าจำเป็น จะต้องให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีมีผลบังคับใช้อยู่ต่อไป เพื่อคุ้มครองชีวิตและร่างกายของบุคคลมิให้ได้รับ ผลกระทบจากการแพร่ระบาดของโรคติดต่อร้ายแรง กรณีเช่นนี้ย่อมเป็น “สถานการณ์จำเป็น” ตามหลักการ ที่ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษา ลงวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 2010 และเมื่อกฎซึ่งเป็น วัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่มีระยะเวลาสิ้นสุดไว้นานอน⁷³ ศาลจึงสามารถมีคำวินิจฉัยให้กฎฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ต่อไปจนสิ้นกำหนดเวลาได้ ทั้งนี้ ศาลอาจยืนยันถึงข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นในกฎฉบับดังกล่าว เพื่อให้หน่วยงาน ซึ่งเป็นคู่กรณีไม่สามารถประกาศใช้กฎซึ่งมีข้อบกพร่องแบบเดิมได้อีกต่อไป โดยตัวอย่างคำวินิจฉัยของ ศาลปกครองที่เป็นไปในแนวทางดังกล่าว มีดังต่อไปนี้

⁷⁰ BVerwG, Urteil vom 9.6.2010 - 9 CN 1/09 (OVG Greifswald), NVwZ 2011, 310.

⁷¹ OVG Greifswald Entscheidung vom 9.7.2008 - 4 K 27/06, BeckRS 2010, 51643.

⁷² BVerwG, Urteil vom 9.6.2010 - 9 CN 1/09 (OVG Greifswald), NVwZ 2011, 310, Rn. 29.

⁷³ VGH München (20. Senat), Beschluss vom 27.04.2020 - 20 NE 20.793, BeckRS 2020, 6630, Rn. 27-29.

ในคำสั่งศาลปกครองฉบับนี้ ศาลได้พิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของประกาศมลรัฐไบเอิร์น (Bayern) ว่าด้วยมาตรการป้องกันโรคระบาด ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2020⁷⁴ (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2020)⁷⁵ โดยผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองผู้ยื่นคำร้องชั่วคราว และได้กล่าวอ้างมาในคำร้องว่าผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ประกอบกิจการห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ในมลรัฐไบเอิร์น จึงเป็นผู้อยู่ภายใต้บังคับของข้อ 2 วรรคสี่⁷⁶ และวรรคห้า⁷⁷ ของประกาศฉบับดังกล่าว ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ห้างสรรพสินค้าเปิดทำการในขณะที่ประกาศฉบับนี้มีผลใช้บังคับ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะอนุญาตให้เปิดทำการได้เฉพาะราย โดยห้างสรรพสินค้าที่จะขออนุญาตเปิดทำการต่อเจ้าหน้าที่ได้นั้น จะต้องเป็นห้างสรรพสินค้าขนาดเล็ก (มีพื้นที่สำหรับการค้าขาย (Verkaufsräume) ไม่เกิน 800 ตารางเมตร) เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ผู้ยื่นคำร้องจึงไม่สามารถขออนุญาตเพื่อขอเปิดทำการเป็นการเฉพาะรายได้ การที่ผู้ยื่นคำร้องไม่สามารถประกอบกิจการได้ในระหว่างที่ประกาศฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับนั้น ทำให้ผู้ยื่นคำร้องต้องแบกรับค่าใช้จ่ายจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน

⁷⁴ Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - BayIfSMV - BayMBL. 2020 Nr. 158, GVBl. 2020 S. 196.

⁷⁵ Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - BayIfSMV - BayMBL. 2020 Nr. 162, GVBl. 2020 S. 194.

⁷⁶ ข้อ 2 วรรคสี่ ของประกาศมลรัฐไบเอิร์นว่าด้วยมาตรการป้องกันโรคระบาด (BayIfSMV) ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2020 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2020)

“ห้ามมิให้กิจการร้านค้า (Ladengeschäften) ทุกประเภทเปิดทำการ เว้นแต่เป็นร้านค้าขนาดเล็กที่จำหน่ายสินค้าที่จำเป็นในชีวิตประจำวัน ร้านจำหน่ายเครื่องดื่ม ธนาคาร เครื่องกวดเงินสดอัตโนมัติ ร้านขายยา ร้านจำหน่ายหรือซ่อมแซมอุปกรณ์ทางการแพทย์ สถานประกอบกิจการด้านสายตาและการได้ยิน ร้านจำหน่ายสิ่งพิมพ์ขนาดเล็ก สถานประกอบกิจการด้านโปรขนีย์และพัสดุ ร้านจำหน่ายอุปกรณ์ก่อสร้างและอุปกรณ์ทำสวน ร้านจำหน่ายต้นไม้และดอกไม้ สถานรับดูแลต้นไม้ ร้านจำหน่ายอาหารและอุปกรณ์สำหรับสัตว์เลี้ยง สถานประกอบกิจการน้ำมันเชื้อเพลิง อยู่ซ่อมรถ อยู่ซ่อมจักรยาน ร้านซักรีด และร้านค้าออนไลน์ เจ้าหน้าที่สามารถอนุญาตให้กิจการร้านค้าอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์เปิดทำการเป็นรายกรณีได้ หากการเปิดกิจการเช่นนั้นไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงในการแพร่ระบาดของเชื้อโรคเกินสมควร อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ไม่สามารถอนุญาตให้ร้านขายหนังสือ ร้านจำหน่ายรถยนต์ หรือร้านจำหน่ายจักรยานเปิดทำการได้ ทั้งนี้ ในการอนุญาตให้ศูนย์การค้าหรือห้างสรรพสินค้าเปิดทำการนั้น ให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรคถัดไป”

⁷⁷ ข้อ 2 วรรคห้า ของประกาศมลรัฐไบเอิร์นว่าด้วยมาตรการป้องกันโรคระบาด (BayIfSMV) ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2020 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2020)

“ภายใต้บังคับของวรรคสี่ ประโยคที่หนึ่งและประโยคที่ห้า เจ้าหน้าที่จะอนุญาตให้กิจการร้านค้าประเภทอื่น ศูนย์การค้า หรือห้างสรรพสินค้าเปิดทำการได้ก็ต่อเมื่อ

1. กิจการร้านค้า ศูนย์การค้า หรือห้างสรรพสินค้ามีพื้นที่สำหรับการค้าขาย (Verkaufsräume) ไม่เกิน 800 ตารางเมตร และ

2. ผู้ประกอบกิจการได้ใช้มาตรการเพื่อจำกัดมิให้มีผู้เข้าใช้บริการหนาแน่นเกินกว่า 1 คน ต่อ 20 ตารางเมตร ของพื้นที่ค้าขาย”



และค่าใช้จ่ายเพื่อการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาต่าง ๆ โดยในคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นเมืองมิวนิเชนพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ข้อกำหนดที่กำหนดให้กิจการประเภทห้างสรรพสินค้าจะสามารถขออนุญาตเปิดทำการต้องเป็นห้างสรรพสินค้าที่มีพื้นที่ค้าขายไม่เกิน 800 ตารางเมตร นั้น เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อห้างสรรพสินค้าขนาดเล็กและขนาดใหญ่ให้แตกต่างกันโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทั้งที่สามารถใช้มาตรการที่กระทบต่อห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่น้อยกว่าการให้ปิดทำการแบบเด็ดขาดได้ นั่นก็คือ การจำกัดพื้นที่ค้าขายของห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ให้เหลือเพียง 800 ตารางเมตร ด้วยเหตุนี้ ประกาศมลรัฐไบเอิร์นว่าด้วยมาตรการป้องกันโรคระบาด ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2020 จึงเป็นระเบียบที่ขัดต่อหลักประกันความเสมอภาคตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz, GG)⁷⁸

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะเห็นว่าประกาศฉบับดังกล่าวเป็นประกาศที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของการกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราว (einstweilige Anordnung) ตามมาตรา 47 วรรคหก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษาปกครอง⁷⁹ ซึ่งกำหนดให้ศาลจะมีมาตรการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวได้ก็ต่อเมื่อการกำหนดมาตรการเช่นนั้นจำเป็นต่อการป้องกันอันตรายร้ายแรงหรือด้วยเหตุจำเป็นเร่งด่วนประการอื่น (Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringen geboten) ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าประกาศซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีจะมีผลใช้บังคับถึงแต่วันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 2020 เท่านั้นแล้ว ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มลรัฐไบเอิร์นจึงเห็นว่ากรณีเช่นนี้ยังไม่มีเหตุจำเป็นต่อการป้องกันอันตรายร้ายแรงหรือด้วยเหตุจำเป็นเร่งด่วนประการอื่นที่จะต้องมีคำสั่งเพื่อกำหนดให้ประกาศฉบับดังกล่าวสิ้นผลบังคับใช้ไปในทันที ศาลจึงมีเพียงคำสั่งเพื่อยืนยันว่าประกาศมลรัฐไบเอิร์นว่าด้วยมาตรการป้องกันโรคระบาด ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2020 เป็นประกาศที่ขัดต่อมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น

เมื่อพิเคราะห์ถึงบริบทที่ปรากฏในคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มลรัฐไบเอิร์น (VGH München) ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2020 ฉบับดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า ในการวินิจฉัยคดีดังกล่าวนี้ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มลรัฐไบเอิร์นได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์ในการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และความเสมอภาคระหว่างปัจเจกบุคคลกับประโยชน์ในการคุ้มครองชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล และเห็นว่ากรณีที่ให้ประกาศมลรัฐไบเอิร์น (Bayern) ว่าด้วยมาตรการป้องกันโรคระบาด ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2020 มีผลใช้บังคับต่อไปจนถึงวันที่ประกาศฉบับดังกล่าว

⁷⁸ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz, GG)

“มนุษย์ทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย”

⁷⁹ มาตรา 47 วรรคหก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษาปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO)

“ในกรณีที่มีคำขอเพื่อให้ศาลสามารถกำหนดมาตรการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวให้แก่ผู้ยื่นคำขอได้ หากมาตรการดังกล่าวจำเป็นต่อการป้องกันอันตรายร้ายแรงหรือด้วยเหตุจำเป็นเร่งด่วนประการอื่น”

สิ้นผลใช้บังคับนั้น มิได้กระทบต่อการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพและความเสมอภาคระหว่างปัจเจกบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ทั้งการมีประกาศฉบับดังกล่าวยังคงเป็นมาตรการที่ยังคงจำเป็นต่อการป้องกันมิให้เกิดการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนาในวงกว้าง นอกจากนี้ ประกาศฉบับดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับต่อไปอีกไม่นาน และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องทบทวนกำหนดมาตรการใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในขณะนั้น เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมืองมิวนิคจึงเห็นว่า ศาลไม่อาจมีคำพิพากษาเพื่อประกาศให้กฎดังกล่าวไม่มีผลมาตั้งแต่วันที่ประกาศใช้กฎได้ แต่ต้องให้กฎดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะถึงวันที่กฎดังกล่าวสิ้นผลไปตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มรัฐไบเอิร์นก็ยังเห็นความจำเป็นที่จะต้องยืนยันว่าข้อ 2 ของประกาศมรัฐไบเอิร์น (Bayern) ว่าด้วยมาตรการป้องกันโรคระบาด ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 2020 เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักการคุ้มครองความเสมอภาคตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่กรณีประกาศใช้กฎในลักษณะเดียวกันอีกครั้ง

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการวินิจฉัยของศาลในกรณีนี้เป็นการวินิจฉัยในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีตามคำร้องเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎตามมาตรา 47 วรรคหก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ซึ่งนอกจากจะต้องพิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ที่กฎแห่งคดีจะเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลยังต้องพิจารณาว่าการกำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น จำเป็นต่อการป้องกันภัยอันตรายร้ายแรงหรือด้วยเหตุจำเป็นเร่งด่วนประการอื่น (Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringen geboten) หรือไม่ ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ต่างออกไปจากการกำหนดผลของกฎในประเด็นหลักแห่งคดี จึงมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า มาตรฐานในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยเช่นนี้จะสามารถนำไปใช้กับการกำหนดผลของกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในประเด็นหลักแห่งคดีได้หรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาที่ต้องศึกษาเปรียบเทียบกับหลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการกำหนดผลของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อพิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ที่จะนำหลักการเช่นนั้นมาใช้ในการกำหนดผลของกฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีของคำร้องเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในศาลปกครองต่อไป

บทวิเคราะห์และสรุปผลเบื้องต้น

จากการศึกษาการกำหนดคำบังคับของศาลในกรณีคำร้องเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน พบว่า แม้ในทางวิชาการจะมีความเห็นไปในแนวทางที่ว่า ในคดีเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น ศาลปกครองสามารถกำหนดให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผลตั้งแต่วันที่ศาลกำหนด หรือแม้ศาลปกครองแห่งสหพันธ์จะได้เปิดช่องทางให้มีการกำหนดให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผลตั้งแต่วันที่ศาลกำหนดในกรณีที่มี “สถานการณ์จำเป็น” (Notstand) ก็ตาม แต่ศาลปกครองก็ยังคงมีแนวโน้มที่จะมีการกำหนดให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีทั้งหมดหรือบางส่วน เป็นกฎที่ไม่มีผลตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎ (ex tunc) ดังกล่าว หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น



อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครอง คำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มรัฐไบเอิร์น (VGH München) ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2020 แล้วพบว่า “สถานการณ์จำเป็น” (Notstand) อย่างหนึ่งที่น่าจะใช้เป็นเหตุผลที่ทำให้ศาลกำหนดผลให้กฎซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีเป็นกฎที่ไม่มีผลตั้งแต่ระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งที่ศาลกำหนดได้ ก็คือ ความจำเป็นในการปกป้องชีวิตและร่างกายของประชาชนในสถานการณ์โรคระบาด แต่เนื่องจากคำวินิจฉัยดังกล่าวมิใช่การพิจารณาในประเด็นหลักแห่งคดี จึงยังมีประเด็นต้องศึกษาต่อไปว่า หากมิใช่กรณีของการกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาแล้ว ศาลปกครองจะกำหนดผลของคำพิพากษาได้อย่างหลากหลายเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์มากยิ่งขึ้นได้เพียงใด โดยศึกษาเปรียบเทียบกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับในคดีเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย พร้อมทั้งศึกษาหลักการที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องต่อไป



บรรณานุกรม

Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl., München 2016

Dolde, Klaus-Peter, Das ergänzende Verfahren nach § 215a I BauGB als Instrument der Planerhaltung, NVwZ 2001, 976.

Eyermann, Erich, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., München 2019

Gaentzsch, Günter, Zur Entwicklung des Bauplanungsrechts in der Rechtsprechung des BVerwG, NVwZ 2000, 993.

Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 28. Aufl., München 2022

Kuhla/Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage 2002, München 2002

Posser/Wolf, BeckOK VwGO, 64. Edition, Stand: 01.01.2023

Redeker/v. Oetzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 17. Aufl., München 2022

Rieger, Wolfgang, Bedeutung und Rechtsfolgen der Regelung in § 215a I BauGB über das ergänzende Verfahren zur Behebung von Satzungsängeln, UPR 2003, 161.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., Heidelberg 2009

Schmidt, Jörg, Möglichkeiten und Grenzen der Heilung von Satzungen nach § 215a BauGB, NVwZ 2000, 977.

Schoch, Friedrich, Der Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab im Normenkontroll-Eilverfahren, NVwZ 2022, 1.

Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 43. EL August 2022

Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., Baden-Baden 2018. Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl., München 2020

ภาคผนวก

คำแปลมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง

(Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO)

(1) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคำร้องเกี่ยวกับความมีผลทางกฎหมาย (Gültigkeit)⁸⁰ ของ

1. ข้อบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้าง หรือกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 246 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการก่อสร้าง

2. กฎที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐบัญญัติของมลรัฐ หากกฎหมายของมลรัฐกำหนดให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจเช่นนั้น

(2) ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง ได้แก่ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่กล่าวอ้างว่าสิทธิของตนได้รับการกระทบกระเทือนหรือจะได้รับการกระทบกระเทือนในระยะเวลาอันคาดหมายได้จากกฎหรือการใช้บังคับของกฎ รวมไปถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้ยื่นคำร้องภายในระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่มีการประกาศใช้กฎฉบับดังกล่าว โดยหน่วยงานทางปกครอง สมาคม หรือมูลนิธิที่ออกกฎดังกล่าว ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อาจให้โอกาสแก่มลรัฐหรือนิติบุคคลทางมหาชนอื่นซึ่งได้รับการกระทบกระเทือนการใช้อำนาจจากกฎดังกล่าวในการชี้แจงข้อเท็จจริงภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ให้นามตรา 65 วรรคหนึ่งและวรรคสี่ รวมไปถึงมาตรา 66 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(3) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความสอดคล้องกันของกฎกับรัฐบัญญัติของมลรัฐ หากมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเป็นของศาลรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแต่เพียงผู้เดียว

(4) หากคดีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความมีผลทางกฎหมายของกฎของมลรัฐยังคงอยู่ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์สามารถกำหนดให้มีการพิจารณาด้วยวาจาได้จนถึงก่อนสิ้นสุดการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(5) ให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์วินิจฉัยโดยทำเป็นคำพิพากษา หรือทำเป็นคำสั่งในกรณีที่ไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาด้วยวาจา หากศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เห็นว่ากฎดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ ให้ศาลประกาศให้กฎนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้ คำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมมีผลบังคับผูกพันเป็นการทั่วไป และให้เผยแพร่คำวินิจฉัยดังกล่าวด้วยรูปแบบที่คู่กรณีในคำขอใช้และโดยวิธีเดียวกันกับที่ประกาศใช้กฎดังกล่าว สำหรับผลของคำวินิจฉัยให้นามตรา 183 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁸⁰ การแบ่งข้อในลักษณะดังกล่าวมิใช่การแบ่งบทบัญญัติของกฎหมายออกเป็นอนุมาตราดังเช่นในระบบกฎหมายไทย แต่เป็นการแบ่งบทบัญญัติที่เทียบเคียงได้กับ “วรรค” ในระบบกฎหมายไทย



(6) ในกรณีที่มีคำขอเพื่อให้ศาลสามารถกำหนดมาตรการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราว ศาลสามารถกำหนดมาตรการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวให้แก่ผู้ยื่นคำขอได้ หากมาตรการดังกล่าวจำเป็นต่อการป้องกันภัยอันตรายร้ายแรงหรือด้วยเหตุจำเป็นเร่งด่วนประการอื่น

วารสารวิชาการศาลปกครอง