

บทที่ 3

การทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ

หลักการพื้นฐานของการทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจะให้ความสำคัญกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เนื่องจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปด้วยความเรียบร้อยและต่อเนื่อง กฎหมายประเทศฝรั่งเศสจึงไม่อาจยอมให้เอกชนขัดขวางการดำเนินการดังกล่าวด้วยการนำการกระทำทางปกครองนั้นไปฟ้องต่อศาลแล้วมีผลให้การกระทำทางปกครองที่ออกมาเพื่อดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้นถูกระงับไปโดยอัตโนมัติ เพราะหากยอมให้เอกชนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองโดยการนำคดีมาฟ้องอ้างว่าการกระทำทางปกครอง นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และห้ามมิให้ฝ่ายปกครองบังคับการตามคำสั่งเหล่านั้นแล้ว กิจกรรมทุกอย่างของฝ่ายปกครองก็จะเป็นไปไม่ได้เลย หลักการดังกล่าว จึงเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานซึ่งมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของการบริการสาธารณะ และเพื่อให้การบริการสาธารณะมีความต่อเนื่อง ทำให้เกิดข้อสันนิษฐานตามกฎหมายไว้ก่อนว่า การกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจึงไม่มีผลเป็นการทูลเกล้าการบังคับตามการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีการบังคับตามการกระทำทางปกครอง อีกครั้ง

ส่วนในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนี การยื่นคำฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองมีผลเป็นการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นโดยอัตโนมัติ โดยไม่จำเป็น ที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องมีคำร้องขอให้ทูลเกล้าการบังคับแต่อย่างใด¹ เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมนีมุ่งคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองเป็นสำคัญ ดังนั้น การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะมีผลเป็นการระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราวทันที แต่การระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนี้จะไม่นำมาใช้ หากเป็นการกระทำต่อ

¹ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมนี* (น. 159), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ข, 2547, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประโยชน์มหาชนซึ่งจะต้องบังคับทางปกครองในทันที² รวมถึงกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลใช้บังคับทันทีด้วย

สำหรับประเทศไทยใช้ระบบการทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองตามแบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส โดยข้อ 69 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีการพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 บัญญัติให้การฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่มีผลเป็นการทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ดังนั้น แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองก็ตาม กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น ก็ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป ผู้ฟ้องคดีจึงต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองนั้น เพื่อกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดผลไปชั่วคราว จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนา จึงต้องอาศัยการบริหารงานภาครัฐและการขับเคลื่อนของบริการสาธารณะต่าง ๆ เป็นสำคัญ หากยอมให้ประชาชนที่ไม่พอใจในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนำคดี มาฟ้องต่อศาลเพื่อให้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นระงับการมีผลใช้บังคับเป็นการชั่วคราว ย่อมทำให้การบริหารงานภาครัฐและการจัดทำบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ หยุดชะงักลง ส่งผลกระทบต่อประเทศชาติและสังคมส่วนรวม อย่างไรก็ตามกฎหมายก็มีได้ละทิ้งการคุ้มครองสิทธิของผู้ฟ้องคดีจากการกระทำของฝ่ายปกครอง จึงบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดวิธีการทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองแก่ผู้ฟ้องคดีภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด และเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การมีคำสั่งทูลเกล้าการบังคับตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 72 ปรากฏว่าการกำหนดมาตรการหรือวิธีชั่วคราวนั้นจำต้องคำนึงอุปสรรคแก่การบริหารงานภาครัฐและแก่บริการสาธารณะด้วย บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายไทยมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและการคุ้มครองสิทธิของบุคคลด้วย โดยให้เงื่อนไขดังกล่าวเป็นดุลพินิจของศาลปกครอง

² จาก *หลักกฎหมายปกครองเยอรมนี* (น. 192), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2544, กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

3.1 การทูลเกล้าการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส

3.1.1 ความเป็นมา

ศาลปกครองฝรั่งเศสมีภารกิจที่เน้นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Le contrôle de légalité) ตามหลักการนี้ เห็นว่า แม้การกระทำทางปกครองเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า “ประโยชน์มหาชน” แต่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น อันอาจเรียกได้ว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หรือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการบางอย่างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะด้วยความตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ตามซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน กรณีนี้จึงจำเป็นจะต้องมีมาตรการที่นำมาใช้เพื่อควบคุมการกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษฝ่ายปกครองที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย หรือ เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าว อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ ระบบควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ได้แก่ การควบคุมบังคับบัญชาและการกำกับดูแลภายในฝ่ายปกครอง ส่วนอีกระบบหนึ่ง คือ การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมโดยรัฐสภาและการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล

ในบรรดาการควบคุมการกระทำทางปกครองนั้น การควบคุมโดยองค์กรตุลาการให้หลัก ประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าระบบอื่น ๆ สำหรับประเทศฝรั่งเศสเองก็ได้มีการแยกระบบศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม เพื่อทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาททางปกครองเป็นการเฉพาะ โดยเอกชนผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองอาจฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกินขอบเขตอำนาจ (Le recours pour excès de pouvoir) ได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ทำเกินอำนาจ (Le recours pour excès de pouvoir) จะเป็น “อาวุธสำคัญในการควบคุมการกระทำทางปกครอง แต่กระบวนดังกล่าว ก็มีข้อบกพร่องในตัวเอง ทั้งในเรื่องความล่าช้าของการพิจารณาคดี และเรื่องการค้างออยู่อย่างต่อเนื่องของคำสั่งทางปกครองที่นำมาฟ้องในตลอดเวลาที่พิจารณาคดี อันเป็นไปตามทฤษฎีที่ว่า คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้ทันที (La décision exécutoire) ซึ่งศาสตราจารย์ Hauriou ได้กล่าวถึงทฤษฎีนี้ว่า “คำสั่งทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีผลเป็นการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของบุคคลและมีผลในทันที ประชาชนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งเคารพต่อมาตรการและปฏิบัติ

ตามคำสั่งดังกล่าวด้วย โดยที่การฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับตามคำสั่งดังกล่าว อันถือเป็นหลักการหนึ่งของกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส ซึ่งข้อบกพร่องทั้งสองประการนี้ ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายอยู่ตลอดเวลาที่คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลใช้บังคับ³ จากข้อบกพร่องดังกล่าว ทำให้เกิดหลักการเกี่ยวกับการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครอง อย่างไรก็ตาม วิธีการดังกล่าวยังคงไม่ใช่วิธีการเร่งด่วน ในแง่ของกฎหมาย Tribunaux Administratifs & Cours Administratives d'Appel (TA & CAA)⁴ หรือ Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CSTACAA) เนื่องจากผู้พิพากษาจะสามารถกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครองได้ก็ต่อเมื่อได้มีการร้องขอให้ใช้วิธีการดังกล่าว ทั้งนี้ เพราะวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีปกครองถือว่าอยู่ในกระบวนการแทรกแซงทางตุลาการ

สำหรับการขู่อการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองของฝรั่งเศสนั้น หมายถึงการระงับใช้ชั่วคราวของการกระทำทางปกครอง ในระหว่างที่รอการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล เพราะเหตุที่ได้มีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวต่อศาล มาตรการดังกล่าวถือเป็นข้อยกเว้นของหลักที่ว่า การฟ้องคดีปกครองไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับการของการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี (La règle du caractère non suspensif des recours devant la juridiction administrative)⁵ กรณีจึงเห็นได้ว่าการขู่อการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น มุ่งหมายที่จะให้ศาลมีคำสั่งไปยังฝ่ายปกครองให้ประวิงการบังคับการตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไว้จนกว่าศาลจะพิจารณาในเนื้อหาของคดี⁶

3.1.2 หลักการพื้นฐานของมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาตามกฎหมายฝรั่งเศส

หลักที่ว่า การฟ้องคดีปกครองไม่มีผลเป็นการระงับการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น มีที่มาจากมาตรา 3 แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 1806 ซึ่งบัญญัติว่า “การฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับของการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี เว้นแต่สภาแห่งรัฐสั่งการเป็นอย่างอื่น” และต่อมา มาตรา 48 แห่งรัฐกำหนด ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1945 ได้นำมาบัญญัติอีกครั้งหนึ่งว่า “เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ การฟ้องคดีต่อ

³ จาก *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (น. 172), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ค, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴ แหล่งเดิม.

⁵ จาก *มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา* (รายงานผลการวิจัย) (น. 51), โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ และคณะ, 2545, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง.

⁶ จาก *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (น. 188), โดย ชงยุทธ อนุกุล และคณะ, 2547, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

สภาแห่งรัฐไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับการกระทำที่เป็นเหตุแห่งคดี หากสภาแห่งรัฐโดยองค์คณะใดองค์คณะหนึ่งหรือโดยที่ประชุมใหญ่มิได้มีคำสั่งเป็นอย่างอื่น” ปัจจุบันหลักการนี้กำหนดในมาตรา L 4 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองว่า “เว้นแต่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยพิเศษ การยื่นฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น” ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้มีเหตุผลสนับสนุนทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ⁷

หลักการฟ้องคดีปกครองไม่มีผลเป็นการระงับการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายสำคัญ 2 หลัก⁸ คือ

(1) หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครอง (La separation des autorités administratives et la juridictions administrative) และ

(2) หลักการเกี่ยวกับลักษณะของคำสั่งทางปกครองที่สำคัญ คือ การเป็นคำสั่งที่สามารถใช้บังคับได้ทันที (La décision exécutoire)

สำหรับหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายปกครองกับศาลปกครองนั้น ได้แก่ การที่ถือว่าศาลปกครองเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการ (jurisdiction) ในขณะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจในทางปกครองหรือในทางบริหาร (exécution) ดังนั้น แต่ละองค์กรจึงไม่ควรก้าวล่วงซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องไม่มีอำนาจตัดสินใจขาด ในขณะที่ศาลปกครองก็ไม่อาจใช้อำนาจของฝ่ายปกครองก้าวล่วงฝ่ายปกครอง ด้วยการสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากให้การฟ้องคดีต่อศาลมีผลเป็นการระงับการกระทำทางปกครองก็เท่ากับว่าศาลปกครองเข้าไปก้าวล่วงอำนาจฝ่ายปกครองซึ่งขัดกับหลักดังกล่าว

ส่วนที่ว่าคำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับได้ทันที (La décision exécutoire) นั้น เป็นทฤษฎีของศาสตราจารย์ Hauriou แห่งมหาวิทยาลัยตุลูลส์⁹ ซึ่งมีสาระสำคัญว่า คำสั่งทางปกครองเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีผลเป็นการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของบุคคล และมีผลในทันที ประชาชนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวรวมทั้งต้องเคารพ ต่อมาตรการและปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวด้วย การร้องเรียนหรือการฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับตามคำสั่งดังกล่าว เพราะมีข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น แม้จะมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง คำสั่งทางปกครองยังคงรักษาอำนาจบังคับไว้จนกว่าศาลจะสั่งเพิกถอนคำสั่งนั้น และด้วยเหตุที่การฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการระงับการ

⁷ วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ (รายงานผลการวิจัย) (น. 160). เล่มเดิม.

⁸ มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา (รายงานผลการวิจัย) (น. 52-53). เล่มเดิม.

⁹ แหล่งเดิม.

บังคับตามคำสั่งนี้เองที่ทำให้อำนาจบังคับของคำสั่งทางปกครองไม่สิ้นสุดลงตามความต้องการของเอกชน (ผู้ฟ้องคดี) โดยลักษณะที่ว่า การฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น เกิดจากหลักทั่วไป คือ อภิสิทธิ์ในการที่จะดำเนินการตามคำสั่งได้เอง (Le privilège d'office) และอภิสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ที่ให้คำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับได้โดยไม่ต้องขอให้ศาลออกคำสั่ง (Le privilège du préalable) ซึ่งเป็นผลและเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่บังคับใช้ได้ทันทีของคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้มีนักวิชาการบางส่วนไม่เห็นด้วย แต่นักวิชาการส่วนใหญ่แล้วยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสภาแห่งรัฐถึงกับให้ระบุว่า หลักเรื่องคำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้ทันทีนี้เป็นกฎพื้นฐานของกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส (La règle fondamentale du droit public)

แม้ว่าหลักการฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีจะมีเหตุผลสนับสนุนทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ แต่หลักนี้ก็มิมีข้อเสียเช่นกัน¹⁰ กล่าวคือการปล่อยให้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับต่อไป แม้จะมีการฟ้องคดีต่อศาล อาจทำให้การฟ้องคดีเป็นการเปล่าประโยชน์ เนื่องจากกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ส่งผลจนเสร็จสิ้นไปแล้วทั้ง ๆ ที่เป็นกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีค่าเท่ากับทำให้คำสั่งเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองของศาล เป็นแต่เพียงการเพิกถอนในทางทฤษฎีเท่านั้น นอกจากนี้แม้ในทางกฎหมายคำสั่งเพิกถอนจะเป็นการลบล้างทุกสิ่งทุกอย่างที่เกิดขึ้นจากกฎหมายหรือคำสั่งที่ถูกเพิกถอน แต่ในความเป็นจริง สิ่งที่ส่งผลไปแล้วไม่อาจลบล้างได้ จะกระทำได้อีกคือ การกระทำการขึ้นใหม่ ที่เป็นการกระทำให้ทุกอย่างกลับคืนสู่สภาพเดิมเท่าที่จะกระทำได้ ซึ่งในบางกรณีอาจทำให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมได้หรือด้วยการชดเชยค่าเสียหาย แต่ในบางกรณีผลของการดำเนินการตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ไม่อาจทำให้สิ่งที่เกิดขึ้นไปแล้วกลับคืนสู่สภาพเดิมได้ เช่น การทำลายโบราณสถาน ซึ่งได้มีคำกล่าวของศาสตราจารย์ Hauriou ว่า “ไม่มีค่าทดแทนใดในโลกที่จะมาชดเชยการทำลายโบราณสถานได้อีก” ด้วยเหตุนี้ หลักในเรื่องการฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง จึงต้องมีกลไกเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งกลไกที่สำคัญก็คือการใช้อำนาจศาลในการกำหนดมาตรการชั่วคราว โดยสั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง¹¹

¹⁰ แหล่งเดิม.

¹¹ จาก *วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ* (รายงานผลการวิจัย) (น. 162), โดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และคณะ, 2549, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สนับสนุนสำนักงานศาลปกครอง.

อนึ่ง หลักการฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น นอกจากจะมีข้อยกเว้นด้วยการให้ศาลมีอำนาจสั่งทุเลาการบังคับฯ และยังมีข้อยกเว้นอีกประการหนึ่ง คือ ข้อยกเว้นตามกฎหมาย กล่าวคือ มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า การฟ้องคดีบางอย่างมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง¹² เช่น

1. การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งอนุญาตหรือปฏิเสธการใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อการเกษตร ซึ่งสั่งโดยฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหลังจากที่ได้หารือกับคณะกรรมการจังหวัดว่าด้วยโครงสร้างทางเกษตรกรรมแล้ว

2. การฟ้องคดีโดยผู้ที่มีความเชื่อทางศาสนา หรือตั้งมั่นในมโนธรรมสำนึกในการไม่ใช้อาวุธ (Les objecteurs de conscience) เพื่อโต้แย้งคำสั่งปฏิเสธคำขอที่จะไม่ไปอยู่ในหน่วยงานทหารที่ใช้อาวุธ ที่สั่งโดยรัฐมนตรีซึ่งรับผิดชอบทางด้านกองทัพ

3. การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต (agrément) ที่ให้ไว้แก่บริษัทประกันภัย (การเพิกถอนดังกล่าวมีผลทำให้เป็นการเลิกบริษัทได้)

4. การฟ้องคดีโต้แย้งข้อกำหนดของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ยอมให้มีการยกเว้นหลักการที่ว่า วันอาทิตย์เป็นวันหยุดประจำสัปดาห์

5. การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม ที่เตือนให้เจ้าหน้าที่ของอาคารที่จัดให้เป็นโบราณสถาน (Un monument historique) ดำเนินการบำรุงรักษา หรือซ่อมแซมอาคารดังกล่าว อย่างไรก็ดี แม้การฟ้องคดีจะมีผลเป็นการระงับการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวเป็นการชั่วคราว แต่ฝ่ายปกครองยังคงสามารถเข้าดำเนินการซ่อมแซมอาคารนั้นได้ หากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ที่จะต้องทำให้อาคารดังกล่าวมีความมั่นคงแข็งแรง

6. การฟ้องคดีโต้แย้งรัฐกฤษฎีกาที่อนุญาตให้เปลี่ยนชื่อ

7. การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตในการหาผลประโยชน์จากกิจการวิทยุโทรทัศน์ ในกรณีที่คำสั่งดังกล่าวมิได้มีการตั้งเดือนก่อน และมีได้มีเหตุผลเพื่อความสงบเรียบร้อยความปลอดภัยหรือการสาธารณสุข

8. การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดที่สั่งขับไล่ชาวต่างชาติที่เข้าเมือง โดยผิดกฎหมายออกนอกประเทศ

3.1.3 ประเภทของมาตรการชั่วคราวหรือมาตรการฉุกเฉินตามกฎหมายฝรั่งเศส

ในปี ค.ศ. 2000 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการก่อนการพิพาทฯ โดยการออกรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ซึ่งกำหนดให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2001 เพื่อปฏิรูประบบมาตรการก่อนการพิพาทฯ ในคดีปกครองทั้งระบบ โดยการจัดให้

¹² มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพาทฯ (รายงานผลการวิจัย) (น. 53-54). เล่มเดิม.

เป็นหมวดหมู่และใช้ชื่อรวมกันว่า “référé” ตลอดจนปรับปรุงเงื่อนไขมาตรการก่อนการพิพากษา บางประเภทที่มีปัญหาในทางปฏิบัติ แต่เดิมนั้นมาตรการ “référé” เป็นมาตรการชั่วคราวที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แต่ปัจจุบันมาตรการดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง¹³ สำหรับมาตรการก่อนการพิพากษาของประเทศฝรั่งเศสที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันแบ่งออกเป็น 6 ประเภท ดังนี้

1) การทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองในกรณีปกติ (Le régime normal du sursis) เนื่องจากหลักกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสนั้น การยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น แม้ว่าศาลปกครองจะรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาแล้วก็ตาม แต่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณานั้น คำสั่งทางปกครองก็ยังคงมีผลบังคับอยู่ต่อไป กล่าวคือ ฝ่ายปกครองยังคงสามารถใช้มาตรการบังคับกับเอกชนเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ผู้ฟ้องคดีจึงต้องยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ชั่วคราวก่อน จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาในคดีนั้น การมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอของผู้ฟ้องคดีของศาล จึงเป็นมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา เรียกว่า มาตรการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองไว้ชั่วคราว¹⁴

มาตรการดังกล่าวนำมาใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ที่มีผลบังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อที่จะบังคับให้เป็นไปตามกฎหรือคำสั่งนั้นโดยทันที ทำให้สถานการณ์อยู่ในภาวะฉุกเฉิน และมีเหตุให้เชื่อได้ว่ากฎหรือคำสั่งนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาตรการนี้เป็นมาตรการที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้นเพื่อนำมาใช้แทนวิธีการเดิมที่เรียกว่า sursis à exécution เพราะกระบวนการวิธีพิจารณาคดีเดิมเป็นกระบวนการที่ใช้เวลายาวนานและศาลสนใจเฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย และการแก้ไขปัญหาคือเป็นรูปธรรมนั้นไม่ค่อยมีประสิทธิภาพ สภาแห่งรัฐได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว และต้องการปรับปรุงพัฒนากระบวนการวิธีพิจารณาโดยฉุกเฉินให้เป็นกระบวนการที่ทรงประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นจึงได้ตั้งคณะทำงาน โดยมีประธานฝ่ายคดี (Président de la section du contentieux) เป็นประธานคณะทำงานและนักกฎหมายระดับสูงในสภาแห่งรัฐ

¹³ แผ่นเสียงการบรรยายทางวิชาการครั้งที่ 1/2554 หัวข้อมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา (Les référés) (Nathalie Jacquino) ณ สำนักงานศาลปกครอง วันอังคารที่ 22 กุมภาพันธ์ 2554.

¹⁴ บางตำราเรียกมาตรการดังกล่าวว่า “การห้ามกระทำการไว้ก่อน” เนื่องจากมาตรการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้นเพื่อนำมาใช้แทนมาตรการเดิมที่เรียกว่า sursis à exécution ซึ่งมีการแปลเป็นภาษาไทยว่าการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เมื่อมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายจึงหลีกเลี่ยงการใช้คำว่า “มาตรการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง” เพื่อป้องกันมิให้เกิดความสับสนกับมาตรการตามกฎหมายเดิม แต่ในการศึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียน ขอใช้คำว่า “มาตรการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง” เนื่องจากผู้เขียนได้ทำการศึกษาเฉพาะบทบัญญัติกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสภายหลังที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 2000 แล้วเท่านั้น.

เป็นคณะทำงาน คณะทำงานได้ทำการศึกษาความล้มเหลวของกระบวนการทูลเกล้าการบังคับที่มีอยู่ เพื่อกำหนดกระบวนการใหม่ที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น

2) มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Le référé liberté)

มาตรการก่อนการพิพากษาในเรื่องเสรีภาพ (référé liberté) ถือเป็นมาตรการที่มีขึ้นใหม่ ของกฎหมายในเรื่องมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยการใช้มาตรการดังกล่าวนี้ ศาลปกครอง สามารถออกคำสั่งกำหนดมาตรการทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของ ประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรงจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่ชอบด้วย กฎหมาย¹⁵ เช่น เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการประกอบการค้าหรืออุตสาหกรรม เป็นต้น มาตรการดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา L 521-2¹⁶ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรม ทางปกครอง โดยกำหนดว่า ในกรณีที่มีคำขอและเห็นว่าเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ผู้พิพากษานายเดียวสามารถกำหนดมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นต่อการคุ้มครองเสรีภาพขั้นพื้นฐานของ บุคคลที่ได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงและไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้ อำนาจของ นิติบุคคลทางกฎหมายมหาชน หรือหน่วยงานเอกชนที่จัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ ศาลจะต้องมีคำสั่งกำหนดมาตรการฉุกเฉินภายในระยะเวลา 48 ชั่วโมง นับแต่มีคำขอ

เงื่อนไขสำคัญที่ศาลจะมีคำสั่งกำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาในเรื่องเสรีภาพ (référé liberté) ประกอบด้วย

ก) เป็นกรณีที่มีความเร่งด่วน

ผู้ร้องจะต้องแสดงให้เห็นว่ากรณีดังกล่าวมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องได้รับความ คุ้มครองจากศาลในทันที ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ศาลจะต้องพิจารณาเรื่องดังกล่าว ภายใน 48 ชั่วโมง โดยความจำเป็นเร่งด่วนนี้จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ๆ ไป เช่น ในคดี Cons. Marcel ศาลเห็นว่า กรณีผู้ร้องถูกยึดบัตรประจำตัวประชาชนถือว่ามี ความเร่งด่วนที่จะต้องคืนบัตร ดังกล่าวให้ เพื่อที่เจ้าของบัตรจะสามารถนำไปใช้ในชีวิตประจำวันได้ แต่ในคดี La Mosquée

¹⁵ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 37). เล่มเดิม.

¹⁶ Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale, Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante – huit heures.

ศาลเห็นว่า คำสั่งของเทศบาลที่ห้ามมิให้เข้าไปทำพิธีกรรมทางศาสนาในอาคารที่อันตรายนั้น ไม่ถือเป็นกรณีเร่งด่วน เพราะมีการเสนอที่อื่นที่เหมาะสมให้แล้ว

ข) เสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้ฟ้องคดีกำลังจะถูกกระทบกระเทือน

สิทธิเสรีภาพในที่นี่อ้างอิงไปถึงหลักรัฐธรรมนูญและหลักการได้รับการรับรองคุ้มครองโดยคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง เช่น เสรีภาพในการเดินทางเมื่อมีการปฏิเสธออกหนังสือเดินทางให้กับบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือสิทธิในการลี้ภัยเมื่อมีการปฏิเสธรับผู้ลี้ภัยเข้าประเทศ หรือสิทธิในครอบครัวเมื่อมีการเนรเทศชาวต่างประเทศซึ่งบุตรของเขาเป็นชาวฝรั่งเศส และสิทธิเสรีภาพนี้ยังรวมถึงสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายอื่น ๆ และสิทธิเสรีภาพที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ได้แก่ ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาล เป็นต้น ซึ่งที่ผ่านมามีคำพิพากษาของศาลปกครอง (สภาแห่งรัฐ) ไว้ในกรณี ดังต่อไปนี้¹⁷ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการแต่งงาน เสรีภาพในการถือครองทรัพย์สิน เสรีภาพในการหยุดงานประท้วง เสรีภาพในการใช้ชีวิตครอบครัวอย่างปกติ เสรีภาพในการให้ความยินยอมให้แพทย์ในการรักษา อนึ่ง ตามแนวคำพิพากษาถือว่า สิทธิในที่อยู่อาศัย สิทธิในการประกอบอาชีพของชาวต่างชาติที่เข้าเมืองโดยไม่ถูกต้อง สิทธิในการเล่นและเข้าร่วมแข่งขันกีฬา สิทธิในการศึกษาต่อในระดับปริญญาเอก ไม่ถือเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีใดจะถือว่าเสรีภาพถูกกระทบอย่างร้ายแรงหรือไม่นั้น ก็จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี ๆ ไป มิใช่ว่าเมื่อเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ถูกกระทบแล้วจะเข้าใจเอนใจในการที่ศาลจะมีคำสั่งทุเลาการบังคับทุกกรณี โดยคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจศาลและสภาแห่งรัฐถือว่า กรณีร้ายแรงต้องเป็นกรณีที่เป็นการอุปสรรคต่อการใช้เสรีภาพดังกล่าวของบุคคล มิใช่เป็นเพียงแต่การรบกวนการใช้สิทธิเท่านั้น

ค) ได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรง จากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำร้องของผู้ฟ้องคดีต้องปรากฏว่า การกระทำที่เป็นเหตุกระทบกระเทือนเสรีภาพนั้น เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เห็นได้ชัดว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะแตกต่างกับกรณีของการทุเลาการบังคับที่เป็นแต่เพียงมีเหตุอันควรเชื่อหรือสงสัยก็เพียงพอแล้ว

¹⁷ วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ (รายงานผลการวิจัย) (น. 167). เล่มเดิม.

3) มาตรการใด ๆ เพื่อการฉุกเฉิน (Le référé conservatoire)¹⁸

มาตรการใด ๆ เพื่อการฉุกเฉินนี้ เป็นมาตรการที่อนุญาตให้ร้องขอต่อศาลกรณีฉุกเฉิน เพื่อให้กำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิและรักษาสถานะของกลุ่มความ โดยที่มาตรการที่ขอใช้นั้น จะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งเป็นคดีกันอยู่ มาตรการดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา L.521-3¹⁹ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการทางปกครอง ดังนี้ “ในกรณีเร่งด่วน เมื่อได้รับการร้องขอ ตุลาการนายเดี่ยวอาจสั่งกำหนดมาตรการใด ๆ ที่จะประโยชน์ และไม่ใช่อุปสรรคต่อการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองก็ได้แม้ว่าจะยังมีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้น” มาตรการดังกล่าว มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นมีระยะเวลาและระดับความรุนแรงเพิ่มมากขึ้น และเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของกลุ่มหรือปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ ซึ่งอาจอยู่ในรูปของการออกคำสั่งให้กระทำการใด หรือ กำหนดเงื่อนไขให้กระทำการหรือเว้นการกระทำใด ๆ โดยการสั่งต่อกรณีซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว เป็นคำสั่ง ที่กระทำต่อกรณีที่เป็นเอกชน เช่น

1. การสั่งให้ผู้ก่อสร้างอาคารดำเนินการก่อสร้างงานอย่างใดโดยเฉพาะ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายที่ร้ายแรงยิ่งขึ้นต่ออาคาร
2. การสั่งให้ผู้รับเหมาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะส่งคืนวัสดุที่เอาไปจากสถานที่ก่อสร้าง
3. การสั่งให้ผู้รับสัมปทานขนขยะซึ่งหยุดดำเนินการส่งมอบรถขนถ่ายขยะให้แก่เทศบาล
4. การสั่งให้ผู้เข้าไปครอบครองในที่สาธารณะสมบัติของแผ่นดินออกไปจากที่ดินดังกล่าว

แต่ในบางกรณีศาลก็อาจสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งได้ เช่น สั่งให้ฝ่ายปกครองแจ้งคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับผู้ขอให้ผู้ขอทราบ รวมทั้งเอกสารอื่นเกี่ยวกับการออกคำสั่งดังกล่าว เพื่อที่ผู้ขอจะสามารถนำคำสั่งหรือข้อมูลดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลปกครองได้ภายใน

¹⁸ มาตรการใด ๆ เพื่อการฉุกเฉิน หรือ Le référé conservatoire นี้ ในทางวิชาการแปลชื่อมาตรการนี้ จากภาษาฝรั่งเศส มาเป็นภาษาไทย จึงเกิดชื่อเรียกในทางภาษาไทยที่มีความแตกต่างกันหลายชื่อ เช่น มาตรการก่อนการพิพาทษาเพื่อคุ้มครองสิทธิของกลุ่มความ มาตรการก่อนการพิพาทษากรณีสั่งห้ามทำการต่อไป และ มาตรการป้องกันความเสียหาย เป็นต้น แต่ในที่นี้ผู้เขียนขอใช้คำว่า “มาตรการใด ๆ เพื่อการฉุกเฉิน”

¹⁹ En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative.

ระยะเวลาที่เหมาะสม หรือเพื่อนำไปใช้ในการปกป้องผลประโยชน์ของตนในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งถือว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นของหลักการที่ว่า “ศาลปกครองไม่มีอำนาจสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ” โดยอาศัยเหตุผลของความจำเป็นเร่งด่วน ดังนั้น ความจำเป็นเร่งด่วนจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญต่อการที่ศาลจะกำหนดมาตรการดังกล่าว สำหรับกรณีใดจะถือว่าเป็นความจำเป็นเร่งด่วนนั้น ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป²⁰

เงื่อนไขในการพิจารณามีคำสั่งกำหนดมาตรการใด ๆ เพื่อการฉุกเฉิน มีดังต่อไปนี้

ก) กรณีความจำเป็นเร่งด่วนนั้น ต้องปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่ามีลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอันยากที่จะเยียวยาให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้หรือมีลักษณะที่จะก่อให้เกิดอันตราย ตัวอย่างเช่น ในกรณีน้ำท่วม อาจมีการสั่งให้ทำการก่อสร้างเพื่อป้องกันน้ำท่วม หรือกรณีการพังทลายของตึก อาจมีการออกคำสั่งให้ขับไล่ผู้ที่ครอบครองตึกโดยมิชอบออกไป เป็นต้น และความจำเป็นอย่างเร่งด่วนนั้น มีความจำเป็นจะต้องคงไว้ซึ่งการดำเนินงานของบริการสาธารณะ หรือการดำเนินการก่อสร้างงานนโยบายสาธารณะ นอกจากนี้ ยังรวมถึงความจำเป็นเร่งด่วนกรณีความจำเป็นในการ ยื่นฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดด้วย

ข) การกำหนดมาตรการนี้จะต้องเป็นมาตรการที่ “เป็นประโยชน์” ด้วย เช่น ในกรณีขอให้ศาลสั่งให้ขับไล่ผู้บุกรุกที่สาธารณะ ซึ่งนายกเทศมนตรีสามารถใช้อำนาจกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อความปลอดภัยและสุขลักษณะของสถานที่โดยการขับไล่ผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งได้เอง ศาลจะไม่กำหนดมาตรการให้ตามคำขอ เพราะเป็นมาตรการที่ไม่เป็นประโยชน์ เงื่อนไขเรื่องประโยชน์ของมาตรการที่จะขอให้ศาลสั่งนั้น ส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการฟ้องคดีในโอกาสต่อไป ซึ่งศาลเห็นว่ามาตรการดังกล่าวจะไม่ใช่ประโยชน์ หากได้มีการฟ้องคดีไปแล้ว หรือเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หรือเป็นเรื่องที่ศาลปกครองจะไม่รับไว้พิจารณา

ค) มาตรการใด ๆ เพื่อการฉุกเฉินที่กำหนดนี้จะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง กรณีที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นมาตรการที่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ การสั่งเพิกถอน (l'annulation) หรือสั่งให้ทุเลาการบังคับ (sursis à exécution) ดังนั้น ผู้พิพากษานายเดียวจึงไม่อาจมีคำสั่งทุเลาการบังคับ หรือกำหนดมาตรการอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกันได้ เช่น ไม่สามารถสั่งให้ปล่อยตัวผู้ที่ถูกสั่งให้กักตัวอยู่ที่โรงพยาบาลโรคจิตตามคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัด หรือไม่อาจสั่งให้บุคคลที่ได้รับคำสั่งให้ออกจากงานกลับเข้ารับราชการได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ ตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ในกรณีนี้ไม่รวมถึงคำสั่งที่เป็นการอนุญาต เนื่องจากคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่มีลักษณะเป็นการบังคับ

²⁰ วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ (รายงานผลการวิจัย) (น. 169). เล่มเดิม.

ดังนั้น ผู้พิพากษานายเดี่ยวอาจกำหนดมาตรการโดยการสั่งให้ระงับการก่อสร้างในกรณีที่ได้รับใบอนุญาตแล้วไว้ก่อนเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีคำพิพากษาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

แต่เดิมนั้นการใช้มาตรการนี้มีเงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คือ มาตรการที่กำหนดขึ้นจะมีผลกระทบต่อการวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีนั้นไม่ได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษานายเดี่ยวก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาขององค์คณะซึ่งรับฟ้องคดีนั้นไว้ ด้วยเหตุนี้ผู้พิพากษานายเดี่ยวจึงไม่สามารถมีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งใด ๆ หรือสั่งให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดชดใช้ค่าเสียหายได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่สามารถสั่งการเกี่ยวกับประเด็นข้อโต้แย้งแห่งคดี อันเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจพิจารณาขององค์คณะได้ นอกจากนี้ ศาลยังไม่อาจกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยมีพื้นฐานจากการพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายหรือสถานะทางกฎหมายของเอกสาร สถานการณ์ หรือลักษณะของการกระทำใดได้ เช่น จะออกมาตรการชั่วคราวให้ขับไล่ผู้บุกรุกออกจากที่สาธารณะประโยชน์โดยพิจารณาว่าการครอบครองดังกล่าวเป็นการครอบครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ และสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า “ผู้พิพากษานายเดี่ยวไม่มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐว่า แม้จะเป็นประเด็นในเนื้อหาของคดี แต่หากไม่มีกรณีโต้แย้งที่มีน้ำหนัก (Le contestation sérieuse) ผู้พิพากษานายเดี่ยวก็มีอำนาจกำหนดมาตรการชั่วคราวในประเด็นดังกล่าวได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการกำหนดมาตรการชั่วคราวที่มีผลกระทบต่อการวินิจฉัยในเนื้อหาของคดี ดังเช่นในกรณีการกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยมีคำสั่งให้ขับไล่ผู้บุกรุกออกจากที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินเพราะเห็นว่าเป็นการครอบครองโดยไม่ถูกต้องนั้นสามารถกระทำได้ หากผู้บุกรุกไม่ได้มีข้อโต้แย้งที่หนักแน่นเพียงพอ สำหรับการพิจารณาว่าอะไรเป็นข้อโต้แย้งที่มีน้ำหนักหรือไม่นั้นเป็นสิ่งที่กระทำได้ แม้ว่าต่อมาศาลอาจจะมีคำพิพากษาไปในทิศทางอื่นก็ตาม

4) มาตรการวางเงินเพื่อประกันหนี้ก่อนมีคำพิพากษา (Le référé provision)²¹

มาตรการนี้ได้บัญญัติให้มีขึ้นเพื่อใช้ในกรณีเกี่ยวกับการสั่งให้คู่กรณีจ่ายเงินเป็นการชั่วคราวแก่บุคคลที่น่าคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้จ่ายค่าสินไหมทดแทน โดยมาตรการดังกล่าวได้มี

²¹ ในทางวิชาการมาตรการดังกล่าวมีชื่อเรียกอีกอย่างว่า “มาตรการให้วางเงินเป็นหลักประกันก่อนการพิพากษา” หรือ “มาตรการให้ชำระหนี้ไว้ก่อน”

การนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา R.531-2²² แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ประกอบด้วยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1988 ในกรณีนี้ศาลปกครองจะมีคำสั่งได้ต่อเมื่อปรากฏว่า มูลหนี้เป็นมูลหนี้ที่มีอยู่อย่างแน่นอนและบุคคลนั้นสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่า ตนมีหลักประกันเพียงพอที่จะจ่ายเงินก่อนนั้นคืนให้ภายหลัง หากในที่สุดศาลพิพากษาให้ตนเป็นฝ่ายแพ้คดี มาตรการดังกล่าวนี้ผู้ที่ไม่พอใจสามารถอุทธรณ์ไปยังประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปยังสภาแห่งรัฐได้ ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา L.511-1²³ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ดังเช่นคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่เคยอนุญาตให้มีคำขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ที่เป็นเจ้าของหนี้ได้รับชำระหนี้ไว้ก่อนเป็นการล่วงหน้า ซึ่งอาจจะเป็นร้อยละ 50 หรือมากกว่านั้น ในระหว่างรอให้ประเมินยอดเงินโดยรวมทั้งหมด ซึ่งอาจมีการบวกเพิ่มหรือหักลดค่าประกันต่าง ๆ ในชั้นที่สุด²⁴

มาตรการชั่วคราวประเภทนี้เป็นการนำแบบอย่างของวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ถือว่าเป็นมาตรการใหม่ในคดีปกครอง โดยเริ่มมีการใช้มาตรการดังกล่าวใน ค.ศ. 1988 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา R 129 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และมาตรา 27 วรรคท้ายแห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 2000 มาตรการนี้เป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ ที่ยื่นฟ้องคดีสามารถได้รับเงินที่ตนเรียกร้องในคดีล่วงหน้าได้ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีการพิพากษาเสียก่อน เนื่องจากการมีคำพิพากษาอาจจะใช้ระยะเวลาาน สำหรับเงื่อนงำในการพิจารณามีคำสั่งกำหนดมาตรการดังกล่าว มีดังต่อไปนี้

(ก) ต้องมีคำร้องขอจากเจ้าหนี้ เนื่องจากการตีความถ้อยคำที่ว่า “การกำหนด ให้วางหลักประกันนั้น ศาลมีอำนาจสั่งได้เองแม้ไม่มีคำขอ” ดังนั้น ในส่วนของการกำหนดมาตรการวางเงินเพื่อชำระหนี้ก่อนมีคำพิพากษานั้น เมื่อไม่ได้บัญญัติว่าศาลสามารถกำหนดได้เองก็ย่อม ต้องตีความว่าการมีคำสั่งกำหนดมาตรการดังกล่าวของศาลต้องมีคำขอของเจ้าหนี้ แต่ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องมีคำฟ้องในคดีหลักเสียก่อน ผู้ที่เป็นเจ้าหนี้ของหน่วยงานของรัฐอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้หน่วยงาน

²² Les dispositions des articles R.621 – 3 à R.621 – 11, à l’exception du second alinéa de l’article R.621 – 9, ainsi que des articles R. 621 -13 et R. 621 – 14 sont applicables aux constats mentionnés à l’article R.531 – 1.

²³ Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n’est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais.

²⁴ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 40-41). เล่มเดิม.

ของรัฐชำระเงินตามมาตรานี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐนั้น ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติบังคับไว้

(ข) หนี้ที่นำมาฟ้องต้องเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นแล้ว และไม่เป็นหนี้ที่มีข้อโต้แย้งที่มีน้ำหนักอย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าหากลูกหนี้หรือผู้ถูกฟ้องคดีโต้แย้งแล้ว จะต้องถือว่าศาลไม่สามารถกำหนดมาตรการนี้ได้ เพราะเป็นเพียงการโต้แย้งเท่านั้น และไม่ใช่ว่าการโต้แย้งที่มีน้ำหนักสำหรับการพิจารณาว่าการโต้แย้งใดมีน้ำหนักหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป

อย่างไรก็ตาม แม้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจะเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาล ก็อาจใช้ดุลพินิจปฏิเสธการกำหนดมาตรการนี้ได้ หากการกำหนดมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและการบริหารงานยุติธรรมที่ดี นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ขอเป็นหน่วยงานของรัฐ แม้ข้อเท็จจริงจะครบเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด แต่ศาลก็ต้องมีคำสั่ง ยกคำขอ หากปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐสามารถใช้วิธีการบังคับทางปกครองได้ หรือคำขอดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หรือผลเป็นการลบล้างการดูแลการบังคับตามมาตรการบังคับทางปกครอง ซึ่งถูกโต้แย้ง เมื่อศาลมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าวนี้ มาตรา R 541-2²⁵ กำหนดให้ศาลต้องรีบแจ้งคำร้องไปให้ผู้ที่เป็นผู้ถูกฟ้องคดีโดยด่วน พร้อมทั้งกำหนดวันที่ให้ทำบันทึกคำให้การด้วย ตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ โดยการสั่งการในเรื่องนี้ต้องเคารพต่อหลักการฟังความทั้งสองฝ่าย แต่ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการนั่งพิจารณาเพื่อไต่สวน

5) การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อค้นหาและพิสูจน์ข้อเท็จจริงรวมทั้งการสืบและเก็บรักษาพยานหลักฐานโดยเร่งด่วนก่อนเปิดกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริง (Le référé constat)²⁶

มาตรการนี้ใช้ในกรณีร้องขอให้มีการพิสูจน์สภาพข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ก่อนเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีต่อไป ทั้งนี้ กฎหมายได้บัญญัติมาตรการดังกล่าวไว้ในมาตรา R.531-1²⁷ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง โดยสามารถร้องขอได้ แม้ไม่มีเหตุฉุกเฉินใด ๆ แต่ต้องเป็นกรณีที่ปรากฏว่ามีความเสี่ยงที่ข้อเท็จจริงบางอย่างอาจเปลี่ยนแปลง

²⁵ Notification de la requête présentée au juge des référés est immédiatement faite au défendeur éventuel, avec fixation d'un délai de réponse.

²⁶ มาตรการชั่วคราวประเภทนี้ในทางวิชาการมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันไป เช่น มาตรการให้สืบพยานไว้ก่อนพิพากษา มาตรการเร่งด่วนเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงไว้ก่อน เป็นต้น.

²⁷ S'il n'est rien demandé de plus que la constatation de faits, le juge des référés peut, sur simple requête qui peut être présentée sans ministère d'avocat et même en l'absence d'une décision administrative préalable, désigner un expert pour constater sans délai les faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction. Avis en est donné immédiatement aux défendeurs éventuels. Par dérogation aux dispositions des articles R.832-2 et R. 832-3, le délai pour former tierce opposition est de quinze jours.

สภาพไป หรืออาจถูกแก้ไข หรืออาจสูญหายไปได้ โดยศาลปกครองสามารถมีคำสั่งให้ผู้เชี่ยวชาญ เข้าสืบพยานข้อเท็จจริงหรือสถานะบางอย่างซึ่งจะมีผลทางกฎหมายต่อไป เพื่อทำความเข้าใจเสนอ ต่อศาล (procès-verbal)²⁸ กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ร้องมีคำขอให้ตรวจสอบข้อเท็จจริง ศาลอาจแต่งตั้ง ผู้เชี่ยวชาญเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงที่อาจเป็นข้อพิพาทในศาลปกครองซึ่งเกิดขึ้นในเขตอำนาจของ ศาลปกครองชั้นต้นนั้นได้

หลักเกณฑ์เงื่อนไขการพิจารณามีคำสั่งกำหนดมาตรการดังกล่าวที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

(ก) ผู้ขอต้องยื่นคำขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ซึ่งได้แก่ ศาลปกครองในท้องที่ที่มี ข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้น และข้อเท็จจริงนั้นต้องอาจนำไปสู่ข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งในการยื่นคำขอนี้ผู้ขอต้องระบุให้ชัดเจนว่าต้องการร้องขอให้มีการตรวจสอบข้อเท็จจริงใด

(ข) การมีคำสั่งแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงนั้น ไม่จำเป็นต้องกระทำโดย เคารพต่อหลักการฟังความทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ เพียงแค่มีการแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ เพื่อที่จะสามารถเข้าร่วมตรวจสอบหรือสังเกตการณ์ได้ก็เพียงพอแล้ว เนื่องจากเป็นเพียงการ ตรวจสอบข้อเท็จจริง ประกอบกับเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน

(ค) ไม่จำเป็นต้องมีทนาย

(ง) ไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งทางปกครองเสียก่อน

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาออกคำสั่ง ศาลค่อนข้างจะเคร่งครัด กล่าวคือ แม้ในตัวเองท จะไม่กำหนดไว้ แต่ศาลจะไม่ออกคำสั่งหากไม่ปรากฏว่ามีความจำเป็น หรือเป็นกรณีที่ขอมากไป กว่าตรวจสอบข้อเท็จจริง

6) มาตรการใด ๆ เพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงให้สมบูรณ์ (Le référé instruction)²⁹

มาตรการดังกล่าวมีที่มาจากมาตรา R 128 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการ ยุติธรรมทางปกครอง และมาตรา 27 วรรคท้าย ของรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 1963 ซึ่ง ปัจจุบันได้มีการบัญญัติรวมกันไว้ในมาตรา R 532-1³⁰ ของประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการ

²⁸ จาก การดูแลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (เอกสารประกอบการบรรยายของ Mme. Célia Verot Maitres des requêtes สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส วันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2547 ณ ห้องประชุม 1 ชั้น 37 สำนักงานศาลปกครอง) (น. 272), โดย บุษผา อัครพิมาน ก แปลและเรียบเรียง, 2547, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

²⁹ มาตรการชั่วคราวประเภทนี้มีชื่อเรียกในทางวิชาการอีกชื่อว่า “มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง” และ “มาตรการเร่งด่วนเพื่อสืบข้อเท็จจริงโดยผู้เชี่ยวชาญ.”

³⁰ Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence d'une décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction.

ยุติธรรมทางปกครอง โดยให้อำนาจตุลาการนายเดี่ยวแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญหรือมีคำสั่งกำหนด มาตรการใด ๆ ในการสอบสวนที่จะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาคดีได้ แม้ว่าจะยังไม่มีการออก คำสั่งทางปกครองในเรื่องดังกล่าว

ศาลปกครองสามารถออกคำสั่งกำหนดให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเข้ามาเพื่อสืบข้อเท็จจริง ในบางกรณีซึ่งส่งผลในทางกฎหมาย โดยทำความเข้าใจต่อศาล (procès-verbal) เพื่อที่จะเป็น ประโยชน์ต่อการพิจารณาคดี ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา L.521-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วย กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง เช่น ให้ตรวจสอบสถานะทางกฎหมาย หรือเพื่อประเมิน ค่าเสียหาย ประเมินลักษณะงานที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องดำเนินการก่อน เป็นต้น

มาตรการในการแสวงหาข้อเท็จจริงสามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภทหลัก ๆ คือ

- 1) มาตรการใด ๆ ก็ตาม ซึ่งเป็นมาตรการที่องค์คณะที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา สามารถกำหนดขึ้นในการแสวงหาข้อเท็จจริงของคดี และ
- 2) การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเป็นมาตรการที่ศาลใช้มากที่สุด และมีการขอให้ศาลมีคำสั่ง มากที่สุด

ในกรณีของมาตรการอื่นที่ไม่ใช่การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ อาจเป็นการรับฟังพยานเกี่ยวกับ สถานการณ์ของสิ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหาย เช่น การมีคำสั่งให้คลังจังหวัดรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ จากผู้รับสัมปทานจำหน่ายน้ำประปา อันเป็นข้อมูลที่จะสามารถนำไปกำหนดจำนวนการใช้น้ำได้ หรือการสั่งให้เปิดเผยคำสั่งข้อมูลข่าวสารของทางราชการ เป็นต้น

สำหรับการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญนั้น โดยปกติแล้วศาลจะกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้โดยจำกัด ตามคำขอ แต่ผู้เชี่ยวชาญก็สามารถดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ เช่น ในการขอให้แต่งตั้ง ผู้เชี่ยวชาญเพื่อกำหนดและประเมินงานที่จะต้องทำเพื่อขจัดความบกพร่องของอาคารแห่งหนึ่งนั้น ผู้เชี่ยวชาญย่อมต้องมีหน้าที่ไปตรวจสอบยังอาคารดังกล่าว รวมทั้งบันทึกรายละเอียดและสาเหตุ ของข้อบกพร่องนั้นด้วย อาจกล่าวได้ว่าโดยทั่วไปแล้ว ผู้เชี่ยวชาญมีอำนาจหน้าที่ที่กว้างกว่าในกรณี ของการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อค้นหาและพิสูจน์ข้อเท็จจริง ๆ โดยศาลอาจมอบให้ผู้เชี่ยวชาญทำการ รวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ รวมทั้งความเห็นที่เป็นประโยชน์แก่การปฏิบัติหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญให้ แต่ศาลไม่อาจกำหนดให้ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมาย เช่น ผลทางกฎหมาย

Il peut notamment charger un expert de procéder, lors de l'exécution de travaux publics, à toutes constatations relatives à l'état des immeubles susceptibles d'être affectés par des dommages ainsi qu'aux causes et à l'étendue des dommages qui surviendraient effectivement pendant la durée de sa mission.

Les demandes présentées en application du présent chapitre sont dispensées du ministère d'avocat si elles se rattachent à des litiges dispensés de ce ministère.

ที่เกิดจากผลการสอบสวนของผู้เชี่ยวชาญ ข้อกล่าวอ้างใดรับฟังได้หรือไม่ขอบเขตของสิทธิหรือหน้าที่หรือสถานะในทางกฎหมายของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้เชี่ยวชาญจะไม่สามารถให้ความเห็นในข้อกฎหมายได้ แต่ก็มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบ เช่น ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวอาคาร นอกจากผู้เชี่ยวชาญจะเป็นผู้กำหนดลักษณะและความหนักเบาของความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ยังมีอำนาจที่จะค้นหาสาเหตุของความเสียหายและแบ่งส่วนความเสียหายที่มากขึ้นหรือบรรเทาความเสียหายได้ด้วย นอกจากนี้ยังสามารถศึกษาว่าวันที่เกิดจากโรงวานมีลักษณะที่เป็นอันตรายต่อผู้ที่อยู่อาศัยข้างเคียงหรือไม่ หรือแจ้งให้ศาลทราบถึงสภาพของงานก่อสร้างว่าเป็นไปตามหลักสถาปัตยกรรม ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้หรือไม่ รวมทั้งชี้แจงการก่อสร้างที่ไม่ถูกต้อง (ถ้ามี) ได้³¹

อนึ่ง ความจำเป็นเร่งด่วนมิได้เป็นเงื่อนไขในการที่ศาลจะกำหนดมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง คงมีแต่เงื่อนไข “ความเป็นประโยชน์” ของมาตรการที่จะกำหนดขึ้นเท่านั้น ดังนั้นหากมาตรการที่ขอให้ศาลกำหนดเป็นสิ่งทำเกินความจำเป็น เช่น ข้อเท็จจริงครบถ้วนหรือเป็นที่ทราบดีอยู่แล้ว หรือมีมาตรการอื่นที่เหมาะสมอยู่แล้ว เป็นต้น ศาลก็จะไม่กำหนดมาตรการดังกล่าวให้ นอกจากนี้ แม้ตามตัวบทจะไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผลกระทบที่มีต่อเนื้อหาของคดีและการเป็นอุปสรรคต่อการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ ดังเช่นกรณีของมาตรการป้องกันความเสียหาย (référé conservatoire) แต่ตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐก็ยังคงกำหนดให้การไม่มีผลกระทบต่อกรณีวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีเป็นเงื่อนไขของการกำหนดมาตรการของการแสวงหาข้อเท็จจริงด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา R 532-2³² แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองกำหนดให้ศาลแจ้งให้ผู้ที่อาจจะต้องเป็นผู้ที่ถูกฟ้องคดีทราบถึงการยื่นคำขอมาตรการนี้โดยด่วน พร้อมทั้งแจ้งกำหนดวันที่จะทำบันทึกตอบไปด้วย

นอกจากมาตรการชั่วคราวที่กล่าวมาข้างต้นทั้ง 6 ประเภทนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังมีมาตรการอื่น ๆ กำหนดไว้เป็นพิเศษ ซึ่งมาตรการเหล่านี้เป็นมาตรการที่ให้อำนาจตุลาการนายเดี่ยวสั่งการในคดีพิเศษบางประเภท ดังนี้

1) มาตรการในคดีสัญญาและพัสดุ (Le référé en matière de passation de contrats et marchés) มีที่มาจากข้อบังคับของประชาคมยุโรป และมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นมาตรการสำหรับการฝ่าฝืนหลักในเรื่องการประกาศและการแข่งขันในการเข้าทำสัญญากับรัฐ โดยกำหนดมาตรการ

³¹ วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ (รายงานผลการวิจัย) (น. 176). เล่มเดิม.

³² Notification de la requête présentée au juge des référés est immédiatement faite au défendeur éventuel, avec fixation d'un délai de réponse.

เกี่ยวกับขั้นตอนก่อนทำสัญญา (Le référé précontractuel) ซึ่งเป็นไปตามมาตรา L 511-1 แห่งประมวลกฎหมายศาลปกครองด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

2) มาตรการเกี่ยวกับสัญญาพัสดุและสัญญามอบให้เอกชนดำเนินการแทนรัฐ ในเรื่องทรัพยากรน้ำ พนักงาน การขนส่ง และการโทรคมนาคม (Le référé concernant les marchés et delegation dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications) ตามมาตรา L 551-2

3) มาตรการในเรื่องเกี่ยวกับโทรคมนาคม (Le référé en matière de communication audiovisuelle) เป็นไปตามมาตรา L 553-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองที่กำหนดให้มาตรการชั่วคราวในคดีเกี่ยวกับการโทรคมนาคมเป็นไปตามมาตรา 42-10 แห่งรัฐธรรมนูญฯ เลขที่ 86-1067 ลงวันที่ 30 กันยายน 1986

4) มาตรการชั่วคราวภายใต้ระบบพิเศษ (Les régimes spéciaux) เป็นมาตรการเกี่ยวกับการทะเลาะหรือระงับมติหรือคำสั่งที่ถูกฟ้องคดีในกรณีต่าง ๆ

3.1.4 มาตรการทะเลาะการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง และการพัฒนากระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉิน³³

การทะเลาะการบังคับเป็นกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉิน (procédure d'urgence) ซึ่งมีผลให้ชะลอการบังคับตามคำวินิจฉัยทางปกครอง (décision administrative) ไว้ก่อน กระบวนการวิธีพิจารณานี้มีความสำคัญและจำเป็นเพราะคำวินิจฉัยทางปกครองจะมีสภาพบังคับ (exécutoire) โดยทันทีและการฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่เป็นการทะเลาะการบังคับ ซึ่งบางครั้งคำวินิจฉัยทางปกครองอาจส่งผลกระทบต่ออย่างป็นรูปธรรมที่รุนแรง จึงจำเป็นต้องระงับผลดังกล่าวไว้ก่อนที่ศาลจะพิพากษาว่าคำวินิจฉัยทางปกครองนั้น ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างคำร้องขอทะเลาะการบังคับและคำฟ้องอย่างชัดเจน ซึ่งการยื่นคำร้องขอทะเลาะการบังคับจะทำได้เมื่อมีการยื่นฟ้องคดีด้วย และเนื่องจากคำสั่งเกี่ยวกับการทะเลาะการบังคับเป็นเพียงคำสั่งศาลชั่วคราว (judgement provisoire) ที่มีผลบังคับในระหว่างรอคำพิพากษาในเนื้อหาของคดี จึงอาจกล่าวได้ว่า คำสั่งทะเลาะการบังคับยังมิได้เข้าไปกระทบเนื้อหาของคดี แต่เป็นเพียงคำสั่งที่มีผลชั่วคราวเท่านั้น ซึ่งมาตรการนี้เป็นมาตรการที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้นเพื่อนำมาใช้แทนวิธีการเดิม ที่เรียกว่า sursis à execution

การพัฒนากระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินเป็นการพัฒนาในเชิงบวกสำหรับศาลปกครอง ถือเป็นการพัฒนาที่จำเป็นเพราะความล้มเหลวของกระบวนการวิธีพิจารณาโดยฉุกเฉิน

³³ จาก *Le Sursis à execution* (เอกสารประกอบการบรรยาย ของนางสาวเซลีอา เวโร ณ สำนักงานศาลปกครอง วันที่ 7 ตุลาคม 2547), โดย นุปผา อัครพิมาน ข แปลและเรียบเรียง, 2547, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

แบบเดิม ซึ่งได้ส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และต่อภาพลักษณ์ของศาลปกครองในมุมมองของราษฎร เพราะกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินเดิมให้ภาพว่ากระบวนการวิธีพิจารณาในศาลเป็นกระบวนการวิธีพิจารณาที่ยาวนาน และศาลสนใจเฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย แต่การแก้ปัญหาที่เป็นรูปธรรมนั้น ไม่ค่อยมีประสิทธิภาพ สภาแห่งรัฐได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว และต้องการปรับปรุงพัฒนากระบวนการวิธีพิจารณาโดยฉุกเฉินให้เป็นกระบวนการที่ทรงประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นจึงได้ตั้งคณะทำงาน โดยมีประธานฝ่ายคดี (Président de la Section du Contentieux) เป็นประธานคณะทำงานและนักกฎหมายระดับสูงในสภาแห่งรัฐเป็นคณะทำงาน คณะทำงานได้ทำการศึกษาความล้มเหลวของกระบวนการทุเลาการบังคับที่มีอยู่เพื่อกำหนดกระบวนการใหม่ที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น

1) ความล้มเหลวของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินแบบเดิม

จากที่ผ่านมาแต่เดิม กระบวนการพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินในศาลปกครองดำเนินการโดยต้องศึกษาเอกสารจำนวนมากอย่างลึกซึ้ง และไม่สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว โดยสภาแห่งรัฐจะเร่งตัดสินใจภายในระยะเวลาไม่กี่สัปดาห์ เมื่อมีกรณีจำเป็นเท่านั้น ซึ่งก็เฉพาะในกรณีพิเศษ และในคดีที่มีความสำคัญมากเท่านั้น ศาลไม่ได้ใช้วิธีการนี้ในลักษณะทั่วไป โดยสาเหตุหลักที่ทำให้การบังคับใช้มาตรการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายเดิมขาดประสิทธิภาพนั้น เนื่องจาก³⁴

(ก) กระบวนการพิจารณาซับซ้อนเกินไป ทำให้ศาลปกครองไม่สามารถพิจารณาได้ภายในเวลาอันรวดเร็ว เนื่องจากกระบวนการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ได้ยุ่งยากน้อยไปกว่ากระบวนการวิธีพิจารณาปกติแต่อย่างใด เพราะการพิจารณามีคำสั่งเช่นนั้นยังคงต้องกระทำโดยองค์คณะเหมือนกระบวนการพิจารณาปกติ ซึ่งในบางครั้งหากเป็นกรณีที่มีความสำคัญ ศาลปกครองก็มักจะมุ่งในการเร่งตัดสินใจคดีในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกติให้รวดเร็วมากกว่าที่จะมาวินิจฉัยพิจารณาเพื่อกำหนดการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

(ข) ศาลปกครองค่อนข้างสับสนท่าทีในการใช้กระบวนการนี้ จึงกำหนดการทุเลาการบังคับให้น้อยมาก เนื่องจากหลักการที่ว่า คำสั่งทางปกครองมีสภาพบังคับโดยทันที ดังนั้น การที่ศาลปกครองมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวก็เท่ากับเป็นการทำลายหลักการดังกล่าว ทั้งที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวยังไม่ได้มีการวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น การมีคำสั่งทุเลาการบังคับจึงขัดต่อหลักการที่ว่า “คำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับได้

³⁴ การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (เอกสารประกอบการบรรยายของ Mme. Célia Verot Maitres des requêtes สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส วันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2547 ณ ห้องประชุม 1 ชั้น 37 สำนักงานศาลปกครอง) (น. 264-265). เล่มเดิม.

ทันที” และ “หลักการฟ้องคดีปกครองไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับการของการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี” ซึ่งเป็นหลักการที่สภาแห่งรัฐถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครองจะไม่สั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่เป็นการปฏิเสธการออกใบอนุญาตหรือการปฏิเสธการให้ประโยชน์ เช่น คำสั่งปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร คำสั่งปฏิเสธไม่ให้ทุนการศึกษา เป็นต้น เพราะศาลปกครองเห็นว่าการสั่งในลักษณะนี้เป็นการแทรกแซงอำนาจของฝ่ายปกครองมากเกินไป

นอกจากนี้การพิจารณาหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลปกครองตีความตามหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขดังกล่าวค่อนข้างเคร่งครัด ดังนี้³⁵

เงื่อนไขแรก คือ การบังคับตามคำสั่งทางปกครองจะก่อให้เกิดผลที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังสำหรับผู้ฟ้องคดี (des conséquences difficilement réparables) ซึ่งศาลปกครองตีความว่า ความเสียหายที่เป็นผลมาจากคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ (conséquences irréversibles) เช่น การเริ่มก่อสร้างตามใบอนุญาตจะทำให้อุทยานทางธรรมชาติหรือประวัติศาสตร์เสียหาย นอกจากนี้ศาลปกครองยังได้วางแนวบรรทัดฐานในการปฏิเสธการทุเลาการบังคับในคดีที่ผู้ฟ้องคดีเพียงแต่เรียกร้องค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินเท่านั้น เพราะเห็นว่ากรณีดังกล่าวผู้ฟ้องคดีสามารถได้รับการเยียวยาในภายหลังได้เสมอด้วยการสั่งจ่ายเงินให้จำนวนหนึ่ง

เงื่อนไขประการที่สอง คือ คำฟ้องต้องมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่หนักแน่น (argument juridique sérieux) เพียงพอที่จะทำให้มีการเพิกถอนคำวินิจฉัยทางปกครอง แต่ในทางปฏิบัตินั้น ศาลปกครองจะพิจารณาจากเอกสารที่เกี่ยวข้องอย่างลึกซึ้ง และจะสั่งให้มีการทุเลาการบังคับต่อเมื่อมีข้อมูลหนักแน่นพอที่จะทำให้เชื่อว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงทำให้กระบวนการพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินไม่ค่อยจะมีประโยชน์มากนัก เพราะการศึกษาข้อมูลจากเอกสารหลักฐานในกรณีฉุกเฉิน กับกรณีธรรมดาแน่นลึกซึ้งพอกัน จึงปรากฏว่าคำวินิจฉัยของศาลในกรณีฉุกเฉินมักจะไม่แตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

นอกจากนี้ ในบางกรณีแม้ว่าข้อเท็จจริงจะปรากฏเงื่อนไขครบถ้วนพอที่ศาลจะสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น แต่ศาลก็อาจปฏิเสธที่จะมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เมื่อปรากฏว่าการที่ศาลมีคำสั่งไม่ทุเลาการบังคับนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ

³⁵ การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (เอกสารประกอบการบรรยายของ Mme. Célia Verot Maitres des requêtes สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส วันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2547 ณ ห้องประชุม 1 ชั้น 37 สำนักงานศาลปกครอง) (น. 266). เล่มเดิม.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลจะอ้างเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่การปฏิเสธดังกล่าวของศาลก็เท่ากับเป็นการปฏิเสธไม่ให้ความยุติธรรมนั่นเอง

ความล้มเหลวของกระบวนการตุลาการบังคับจึงเป็นปัญหาที่มีเหตุสำคัญมาจากปัญหาทางวัฒนธรรมหรือเป็นปัญหาทางจิตสำนึก (mentalité) ของศาลปกครองเอง จึงปรากฏว่าศาลจะไม่สั่งให้มีการตุลาการบังคับได้ง่าย ๆ หรือจะสั่งภายใต้เงื่อนไขที่เข้มงวด เพราะการสั่งตุลาการบังคับไม่สอดคล้องกับบทบาทของศาลปกครองที่อยู่ภายใต้หลักสำคัญหลักหนึ่งคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยการไม่ก้าวเข้าไปในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง หรือศาลจะไม่ทำตัวเป็นเจ้าของหน้าที่ฝ่ายปกครองเสียเอง ดังนั้น ตามจารีตประเพณี ศาลปกครองจึงจำกัดบทบาทของตนเพียงแต่ทำหน้าที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น โดยจะปฏิเสธการออกคำสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือออกคำสั่งใด ๆ ต่อฝ่ายปกครอง การปรับปรุงกระบวนการพิจารณาคดีโดยฉุกเฉินในปี ค.ศ. 2000 ก็ได้แก้ไขปรับปรุงรากฐานของบทบาทของศาลปกครองฝรั่งเศสที่กล่าวข้างต้นด้วย

2) ผลสำเร็จของการปรับปรุงพัฒนาระบบมาตรการก่อนการพิพากษา

ความสำเร็จในการปรับปรุงพัฒนาระบบมาตรการก่อนการพิพากษาเป็นผลมาจากทั้งการปรับปรุงแก้ไขกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาที่สำคัญในเรื่องนี้ และการเปลี่ยนแปลงบทบาทของตุลาการศาลปกครอง โดยเฉพาะในเรื่องการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น เพื่อให้กระบวนการวิธีพิจารณาใหม่ดำเนินไปได้ภายใต้เงื่อนไขที่ดี

(ก) กระบวนการวิธีพิจารณาที่ง่ายขึ้น

กระบวนการวิธีพิจารณาใหม่ของการตุลาการบังคับประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่สำคัญที่ถูกกำหนดขึ้นโดยเน้นที่ความมีประสิทธิภาพ

1. ให้คำสั่งตุลาการบังคับทำโดยตุลาการนายเดี่ยว (juge unique) เรียกว่า “ตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษา (juge des référés)” เพราะการพิจารณาและตัดสินโดยองค์คณะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้กระบวนการนี้ล่าช้า การถกเถียงที่ไม่ลงตัวขององค์คณะทำให้ไม่สามารถมีคำวินิจฉัยโดยเร็ว แน่แน่นอนว่าตุลาการนายเดี่ยวให้หลักประกันได้น้อย เพราะการตัดสินโดยคนเดียวอาจผิดพลาดได้ง่าย หลักการสำคัญในเรื่องนี้คือ แม้ตุลาการนายเดี่ยวอาจตัดสินผิดพลาด ซึ่งแน่นอนว่าเป็นสิ่งไม่พึงปรารถนา แต่คำตัดสินนั้นเป็นเพียงมาตรการชั่วคราว (mesure provisoire)

2. ทำให้เงื่อนไขการรับคำร้องขอให้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษายืดหยุ่นมากขึ้น กล่าวคือ ศาลไม่ควรเสียเวลาในการพิเคราะห์หลักเกณฑ์ เรื่องเขตอำนาจศาลว่าคำร้องนั้น ศาลรับไว้พิจารณาได้หรือไม่ เช่น คำร้องอาจถูกส่งมาทางแฟกซ์ ไม่มีการลงนาม และแม้ไม่มีหนังสือมอบ

อำนาจให้ฟ้องคดีกรณีของผู้ฟ้องคดีที่เป็นบริษัท ศาลไม่ควรใช้เหตุเหล่านี้มาอ้างเพื่อไม่รับคำฟ้อง ศาลจะสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาได้ในกรณีให้เห็นชัดแจ้งเท่านั้น

3. การแสวงหาข้อเท็จจริงที่รวดเร็วขึ้น การแสวงหาข้อเท็จจริงยังคงมีลักษณะให้โอกาสผู้เกี่ยวข้องโต้แย้งและเสนอพยานหลักฐาน เพราะถือเป็นหลักสำคัญ แต่กระบวนการโต้แย้งคัดค้านแสดงพยานหลักฐานนั้นมุ่งเพื่อวินิจฉัยว่าเรื่องนั้น ถูกเงินหรือไม่ กล่าวคือ คำร้องของผู้ฟ้องคดีจะถูกส่งไปให้ฝ่ายปกครองเพื่อให้โอกาสเขาโต้แย้งคัดค้าน แต่ต้องกระทำภายในระยะเวลาอันสั้นมาก (เช่น 8 วัน) และคู่กรณีสามารถโต้แย้งคัดค้านด้วยวาจาในกระบวนการไต่สวนได้

4. การไต่สวนแบบปฏิสัมพันธ์ (audience interactive) คือ ต้องจัดให้มีการไต่สวนระหว่างตุลาการและคู่ความแต่การไต่สวนในกระบวนการพิจารณาคดีโดยคู่กรณีจะแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากการไต่สวนในกรณีปกติ ส่วนใหญ่จะมีรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ โดยอาจจัดให้มีขึ้นในห้องประชุม ตุลาการจะสนทนากับคู่กรณีอย่างไม่มีพิธีรีตอง เพื่อให้เข้าใจเรื่องที่เป็นสาระสำคัญอย่างรวดเร็ว การไต่สวนนี้จะมีผลในทางจิตวิทยาเป็นการขยายความรู้สึกร่วมกัน

5. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการทุเลาการบังคับอาจถูกนำมาพิจารณาใหม่ได้เสมอ เพราะคำสั่งกำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาเป็นคำวินิจฉัยชั่วคราว ศาลจึงอาจแก้ไขคำสั่งนั้นได้ภายหลังเมื่อคู่กรณีร้องขอ เช่น ศาลอาจยกคำร้องขอทุเลาการบังคับแล้ว ต่อมา อาจสั่งให้ทุเลาการบังคับก็ได้เมื่อผู้ร้องขอได้เสนอข้อมูลหนักแน่นขึ้น และศาลอาจกำหนดระยะเวลาของการใช้มาตรการชั่วคราวด้วยก็ได้ หรืออาจเรียกคู่กรณีเพื่อพิจารณาเรื่องใหม่ก็ได้

6. การโต้แย้งคำสั่งทุเลาการบังคับต้องกระทำต่อศาลสูง กล่าวคือ ต้องฎีกาโดยตรงต่อสภาแห่งรัฐ ไม่ต้องผ่านศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ซึ่งการควบคุมในศาลสูงก็จะมีลักษณะไม่ยุ่งยากเช่นเดียวกัน กล่าวคือ สภาแห่งรัฐจะพิจารณาเพียงแค่ว่า ตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาไม่ได้ทำคำสั่งโดยผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย

(ข) การเปลี่ยนแปลงบทบาทของตุลาการศาลปกครอง

1. การแต่งตั้งตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาจะแต่งตั้งจากตุลาการที่มีประสบการณ์สูง โดยในสภาแห่งรัฐ ตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาจะแต่งตั้งจากสมาชิกระดับสำคัญของฝ่ายคดี ในศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาจะแต่งตั้งจากบรรดาตุลาการหัวหน้าคณะหรือตุลาการที่ทำงานมาแล้วอย่างน้อยสองปี

2. เมื่อต้องการให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ สิ่งที่ได้ผลคือให้สภาแห่งรัฐในฐานะองค์กรสูงสุดมีบทบาทเรื่องนี้ เพราะในระยะเริ่มต้นจำเป็นต้องกำหนดแนวทางที่ทำให้การพัฒนากฎหมายในเรื่องนี้ดำเนินไปภายใต้เงื่อนไขที่ดี โดยเฉพาะเพื่อฝ่าฟันอุปสรรคทาง

จิตสำนึกของตุลาการ ซึ่งมีเพียงการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นเท่านั้น ที่สามารถแก้ไขปัญหาของตุลาการที่ตัดสินอย่างอนุรักษนิยม

3. การจัดระบบการทำงานของตุลาการและตุลาการศาลเสียใหม่ การปรับปรุงกฎหมายในเรื่องนี้ได้มีการสร้างงานเพิ่มเติมและสร้างกระบวนการเร่งรัดการทำงานของเจ้าหน้าที่ให้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด นอกจากนี้ ตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาและตุลาการศาลยังต้องเข้ามาทำงานแม้ในวันหยุดเสาร์อาทิตย์ และวันหยุดราชการด้วย

3.1.5 เงื่อนไขในการมีคำสั่งกำหนดมาตรการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (référé suspension)

การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) การขอให้ทุเลาการบังคับจะเกิดขึ้นได้เฉพาะในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ การฟ้องขอให้เพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่ง ดังนั้น ในกรณีที่ไม่ได้เป็นการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครองจะขอทุเลาการบังคับไม่ได้ ตัวอย่างเช่น คำร้องขอให้ทุเลาการก่อสร้างที่กระทำบนทางสาธารณะเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ และคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีที่อาจขอทุเลาการบังคับได้นั้น อาจเป็นคำสั่งปฏิเสธก็ได้ กรณีนี้ถือเป็นเงื่อนไขที่กลับหลักการเดิมของการมีคำสั่งทุเลาการบังคับที่สภาแห่งรัฐเคียววงเนวไว้ในคดี Amoros ว่าศาลจะสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งปฏิเสธไม่ได้ เพราะเท่ากับเป็นการสั่งการให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ซึ่งโดยหลักแล้วมิใช่อำนาจของศาลปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากในระยะหลังวิวัฒนาการของกฎหมายปกครองได้มาถึงจุดที่ยอมรับให้ศาลปกครองสามารถออกคำสั่งเพื่อให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งได้แล้ว

2) ศาลจะรับคำร้องขอทุเลาการบังคับได้ก็ต่อเมื่อคำฟ้องหลักนั้น เป็นคำฟ้องที่ศาลอาจรับไว้พิจารณาได้เท่านั้น กล่าวคือ ต้องมิใช่เป็นคำฟ้องที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี คำฟ้องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และคำฟ้องที่มีลักษณะเป็นการฟ้องโต้แย้งมาตรการภายในหรือมาตรการที่ไม่มีลักษณะเป็นการบังคับ หรือโต้แย้งคำสั่งที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจยกเลิก

3) ศาลจะมีคำสั่งทุเลาการบังคับได้ต่อเมื่อปรากฏว่ามีความจำเป็นเร่งด่วน และมีเหตุอันควรเชื่อว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องด้วยการกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาไม่ใช่การพิจารณาคดีในกรณีปกติ ดังนั้น ผู้ร้องจะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัยอย่างเร่งด่วนอย่างไร หลังจากที่ได้มีการปฏิรูประบบวิธีพิจารณาคดีของศาล เงื่อนไขนี้ถูกนำมาปรับใช้อย่างยืดหยุ่นมากกว่าเดิมและให้ความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติมาก

ยิ่งขึ้น ตามแนวบรรทัดฐานของศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความเห็นไว้ในคำวินิจฉัยคดี Confédération nationale des radios libres เมื่อปี ค.ศ. 2001 ว่า “ความจำเป็นเร่งด่วนอันจะเป็นเหตุให้ศาลสั่งระงับการบังคับใช้คำสั่งทางปกครองได้นั้นจะต้องเป็นเรื่องร้ายแรงและมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ต่อสถานะของผู้ฟ้องคดีหรือต่อประโยชน์แห่งการฟ้องคดีนั้น” นอกจากนี้ ในเรื่องของความจำเป็นเร่งด่วนนั้น ยังมี แนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ศาลจะถือว่ามีความจำเป็นเร่งด่วน เมื่อคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลอย่างทันทีและร้ายแรงเพียงพอต่อประโยชน์สาธารณะ หรือต่อสถานะ หรือผลประโยชน์ของผู้ร้อง โดยการพิจารณาจะต้อง มีลักษณะที่เป็นภาวะวิสัยและค้ำนึ่งถึงสถานการณ์โดยรวมในแต่ละกรณี ซึ่งการที่ศาลวางหลักว่า ความจำเป็นเร่งด่วนพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นทันที และระดับความร้ายแรงที่เพียงพอแล้วจะมีผล ทำให้ต่อไปศาลปกครองสามารถสั่งทุเลาการบังคับในเรื่องที่เกี่ยวกับความเสียหายที่เป็นตัวเงินได้ ซึ่งแต่เดิมศาลถือว่ากรณีดังกล่าวไม่เข้าเงื่อนไข เพราะเป็นความเสียหายที่สามารถเยียวยาแก้ไขได้ในภายหลัง เนื่องจากปัจจุบันศาลปกครองไม่ได้ค้ำนึ่งถึงความยากแก่การเยียวยาแก้ไขแล้ว หากแต่ค้ำนึ่งถึงความร้ายแรงที่เกิดขึ้น ดังนั้น ผู้ขอจึงมีหน้าที่เพียงแสดงให้ศาลเห็นว่า คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลเสียหายร้ายแรงแก่ประโยชน์สาธารณะหรือสถานะหรือผลประโยชน์ของตนเท่านั้น³⁶

อย่างไรก็ตาม ในบางคดีศาลจะพิจารณาคำว่า “เร่งด่วน” โดยพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างความเร่งด่วนของผู้ร้องกับความเร่งด่วนของฝ่ายปกครอง ในบางกรณีความเร่งด่วนของผู้ร้องมีมากกว่า เช่น คำสั่งเนรเทศบุคคลออกนอกประเทศ คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร และในบางกรณีความเร่งด่วนของฝ่ายปกครองก็อาจจะมีมากกว่า เช่น คำสั่งให้จัดสร้างโรงกำจัดขยะซึ่งต้องทำอย่างเร่งด่วน คำสั่งเนรเทศบุคคลที่เป็นอันตรายต่อความสงบของสาธารณะ เป็นต้น

4) การสั่งทุเลาการบังคับเป็น “อำนาจ” ของศาล กล่าวคือ การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองมิใช่สิทธิ แต่เป็นดุลพินิจของศาลที่จะสั่งอนุญาตหรือไม่ก็ได้ แม้ว่าข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าคำขอนั้นเข้าเงื่อนไขที่จะมีคำสั่งทุเลาการบังคับได้ก็ตาม ศาลก็มีดุลพินิจที่จะไม่สั่งทุเลาการบังคับได้ ทั้งนี้ ได้มีการวางหลักไว้ในคำพิพากษา Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame ว่าเป็นเรื่องของศาลปกครองที่จะพิจารณาว่าในแต่ละคดีมีความเหมาะสมที่จะสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งหรือไม่ และในคดีของ Huglo et autres มีการให้เหตุผลว่าการสั่งทุเลาการบังคับเป็นเพียงทางเลือกของศาลเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันมาตรา L 521-1 นำหลักตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวมาบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “ศาลอาจสั่งทุเลาการบังคับ”

³⁶ วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ (รายงานผลการวิจัย) (น. 179-185). เล่มเดิม.

3.1.6 กระบวนวิธีพิจารณาคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

มาตรการดังกล่าวนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติหมายเลข 2000-597 ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ในมาตรา L 522-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองที่กำหนดให้การกำหนดมาตรการฉุกเฉินของศาลกระทำได้ง่ายขึ้น โดยได้มีการปรับปรุงกระบวนวิธีพิจารณาในเรื่องดังต่อไปนี้³⁷

1) การรับคำร้อง

การยื่นคำร้องขอให้ศาลออกมาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษานั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่ได้เคร่งครัดว่าจะต้องนำคำร้องมาขึ้นที่ศาลเท่านั้น ผู้ร้องสามารถยื่นคำร้องผ่านทางเครื่องโทรสาร โดยไม่มีการลงนาม และแม้ไม่มีหนังสือมอบอำนาจให้ฟ้องคดีผู้ฟ้องคดีมีสถานะเป็นนิติบุคคล ศาลก็สามารถรับคำร้องได้ ทั้งนี้ ศาลเห็นว่าไม่ควรใช้เหตุผลในเรื่องเงื่อนไขการรับคำร้องมาอ้างที่จะปฏิเสธไม่รับคำร้องของผู้ฟ้องคดี แต่ก็มีกรณีที่ศาลจะไม่รับคำร้องไว้พิจารณาเช่นกันหากเป็นกรณีที่คำขอไม่เร่งด่วน หรือเมื่อศาลพิจารณาคำขอแล้วเห็นว่าคำขอนั้นไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง หรือเป็นคำขอที่มีอรรถรับไว้พิจารณาได้ หรือคำขอนั้นไม่มีมูล ตุลาการที่มีอำนาจกำหนดมาตรการชั่วคราวอาจมีคำสั่งยกคำขอนั้น โดยแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งด้วย

2) กระบวนวิธีพิจารณา

จากเดิมกระบวนวิธีพิจารณามาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษากฎหมายกำหนดให้ต้องพิจารณาตัดสินโดยองค์คณะ ในระบบกฎหมายใหม่นี้การทำคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง (référé suspension) ให้กระทำได้โดยตุลาการนายเดี่ยว (juge unique) เรียกว่า ตุลาการผู้กำหนดมาตรการก่อนการพิพากษา (juge des référés) ซึ่งจะต้องไม่ใช่ตุลาการเจ้าของสำนวนกฎหมายกำหนดให้ตุลาการที่มีอำนาจกำหนดมาตรการชั่วคราว ได้แก่ ประธานศาลปกครองชั้นต้น และประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ รวมทั้งตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่นี้โดยเฉพาะเป็นต้น การที่กฎหมายกำหนดให้ตุลาการนายเดี่ยวสามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษาได้เป็นผลเนื่องมาจาก การพิจารณาตัดสินโดยองค์คณะเป็นปัจจัยที่สำคัญที่ทำให้กระบวนพิจารณาดำเนินไปอย่างล่าช้า แม้ว่าการพิจารณาตัดสินโดยตุลาการเพียงคนเดียวอาจมีความผิดพลาดเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าการตัดสินโดยองค์คณะก็ตาม แต่คำสั่งตัดสินดังกล่าวก็เป็นเพียงมาตรการชั่วคราวเท่านั้น

การพิจารณาคำร้องของศาลจะดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีแบบฟังความสองฝ่าย คือ การแสวงหาข้อเท็จจริง โดยเปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถโต้แย้งและเสนอพยานหลักฐาน โดยที่คำร้องของผู้ฟ้องคดีจะถูกส่งไปยังฝ่ายปกครองเพื่อให้โอกาสแก่ฝ่ายปกครองโต้แย้งคัดค้าน ซึ่ง

³⁷ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 32-33). เล่มเดิม.

ขั้นตอนนี้จะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่สั้นมาก และคู่กรณีสามารถโต้แย้งคัดค้าน ด้วยวาจา ในกระบวนการไต่สวนได้

3.1.7 แบบของคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

แต่เดิมนั้น เฉพาะคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ที่ต้องให้เหตุผล ส่วนคำสั่งไม่ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้น มาตรา 54 วรรคห้า แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 1963 กำหนดว่า คำสั่งไม่ทุเลาการบังคับไม่ต้องให้เหตุผล แต่ต่อมารัฐกฤษฎีกาเลขที่ 84 - 819 ลงวันที่ 29 สิงหาคม ค.ศ. 1984 ได้ยกเลิกข้อความดังกล่าว ส่วนศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ มาตรา R.99 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง บัญญัติให้คำสั่งเกี่ยวกับคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองต้องให้เหตุผล ไม่ว่าจะเป็คำสั่งทุเลาการบังคับหรือไม่ทุเลาการบังคับ ปัจจุบันมาตรา L9 แห่งประมวลกฎหมาย ว่าด้วยศาลปกครอง บัญญัติให้คำพิพากษาทุกคำพิพากษาต้องให้เหตุผล³⁸

ในทางปฏิบัตินั้น แต่เดิมนั้นศาลมักจะให้เหตุผลไว้เพียงสั้น ๆ ว่า จากข้อเท็จจริงสมควรหรือไม่สมควรที่จะทุเลาการบังคับ โดยไม่ระบุนรายละเอียดไว้ ด้วยเหตุที่ศาลเกรงว่าตนจะต้องถูกผูกมัดกับเหตุผลดังกล่าว เพราะคำสั่งในชั้นคำขอทุเลานี้เป็นเพียงคำสั่งที่ถือเป็กรณีชั่วคราว ซึ่งอาจถูกเปลี่ยนแปลงในชั้นการพิจารณาในคำฟ้องหลักได้ แต่ในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะมีการให้เหตุผลที่มีรายละเอียดยิ่งขึ้น โดยในเบื้องต้นสภาแห่งรัฐได้บังคับให้ศาลอุทธรณ์ต้องระบุเหตุผลในการสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองว่ามีเหตุผลหนักแน่น (moyen sérieux) เพียงใด ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้สามารถควบคุมตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ได้สะดวกขึ้น ซึ่งต่อมาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ก็บังคับให้ศาลปกครองชั้นต้นต้องระบุเหตุผลดังกล่าวไว้ในคำสั่งเช่นกัน และสภาแห่งรัฐเองก็ระบุเหตุผลดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาของตนเองด้วย

3.1.8 ผลของคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

เมื่อศาลได้พิจารณาคำขอทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองแล้ว ศาลก็จะมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าว โดยที่คำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไม่มีอำนาจเด็ดขาด เพราะเป็นเพียงคำสั่งในระหว่างพิจารณา ไม่ใช่การวินิจฉัยในเนื้อหาของคดี จึงมีผลเป็นการชั่วคราวเท่านั้น³⁹ สำหรับการดำเนินการตามคำสั่งนั้น แยกได้เป็น 2 กรณี คือ

³⁸ มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา (รายงานผลการวิจัย) (น. 67). เล่มเดิม.

³⁹ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 26). เล่มเดิม.

1) กรณีที่ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เมื่อศาลมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง จะต้องแจ้งให้คู่กรณีและเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทราบภายใน 24 ชั่วโมง แต่ถ้ากรณีที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารหรือมาตรการเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยจะต้องแจ้งให้อัยการในท้องที่ทราบด้วย จึงจะถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ถูกทุเลาหรือระงับผลเป็นการชั่วคราวมีผลเริ่มใช้ตั้งแต่วันที่ผู้ออกคำสั่งได้รับคำสั่งศาล หากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองของศาลถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิหรือทรัพย์สินของเอกชนโดยปราศจากฐานอำนาจทางปกครอง เป็นต้น

2) กรณีที่ศาลมีคำสั่งไม่ทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ด้วยเหตุผลที่ว่าคำร้องไม่มีเหตุผลหนักแน่นเพียงพอ แต่เดิมนั้นคำสั่งไม่ทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองไม่ได้ก่อให้เกิดผลพิเศษแต่ประการใด กล่าวคือ ศาลยังคงต้องพิจารณาคดีหลักต่อไป ต่อมาใน ค.ศ. 1977 ได้มีการกำหนดผลของคำสั่งไม่ทุเลาการบังคับว่า ในกรณีที่ศาลสั่งไม่ทุเลาการบังคับเพราะเหตุที่คำร้องไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นเพียงพอที่แสดงให้เห็นว่าศาลจะสั่งเพิกถอนคำสั่งที่ถูกโต้แย้ง หากผู้ฟ้องคดีประสงค์ที่จะให้ศาลพิจารณาต่อไปผู้ฟ้องคดีจะต้องแจ้งยืนยันกลับไปยังศาลปกครองภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งว่าประสงค์จะให้ศาลพิจารณาต่อไป มิฉะนั้นแล้วจะถือว่าผู้ฟ้องคดีทิ้งฟ้อง

3.1.9 การโต้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

การโต้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองชั้นต้น อาจโต้แย้งได้ด้วยการอุทธรณ์ ฎีกา หรือขอให้พิจารณาคดีใหม่⁴⁰

1) อุทธรณ์ คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง สามารถอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์หรือสภาแห่งรัฐ (สำหรับบางกรณี) ได้โดยต้องยื่นอุทธรณ์ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้น ทั้งนี้ โดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้ที่ออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งนั้น เพราะโดยปกติแล้วผู้ที่เข้ามาเป็นคู่ความในคดีมักจะเป็นรัฐมนตรีของกระทรวงที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น จึงอาจเป็นไปได้ว่าในบางกรณีที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีมิได้ถูกเรียกเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วย แต่คำสั่งทุเลากระทบถึงการใช้อำนาจของบุคคลดังกล่าว จึงต้องเปิดโอกาสให้มีสิทธิอุทธรณ์ได้

ในการอุทธรณ์คำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้อุทธรณ์สามารถยื่นคำร้องต่างหากขอให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ระงับการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่ง

⁴⁰ มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา (รายงานผลการวิจัย) (น. 68). เล่มเดิม.

ทางปกครองไว้ชั่วคราวได้ด้วย ซึ่งเรียกว่าเป็นการขอทุเลาคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (sursis au sursis) ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิของผู้อุทธรณ์ โดยผู้มีอำนาจในกรณีนี้คือ องค์คณะในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

2) การฎีกา คำสั่งของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เกี่ยวกับการทุเลาการบังคับตามกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครอง อาจถูกคัดค้านโดยการฎีกาต่อสภาแห่งรัฐภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับการอุทธรณ์ แต่ในกรณีที่มีการขอทุเลาการบังคับนั้น เป็นอำนาจของประธานแผนกคดีปกครอง (Président de la section contentieux) ที่จะมีคำสั่ง นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐจะควบคุมตรวจสอบเฉพาะในเรื่องความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) และเรื่องการบิดเบือนข้อเท็จจริง (La dénaturation des pièces du dossier) เท่านั้น

3) การขอให้พิจารณาใหม่ (rétraction) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการทุเลาการบังคับตามกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองอาจถูกนำมาพิจารณาใหม่ได้เสมอ เพราะคำสั่งกำหนดมาตรการก่อนการพิพากษาเป็นคำวินิจฉัยชั่วคราว ดังนั้น ศาลจึงอาจแก้ไขคำสั่งนั้นได้ภายหลังเมื่อคู่กรณีร้องขอ เช่น ศาลอาจสั่งยกคำร้องขอทุเลาการบังคับแล้ว ต่อมา อาจสั่งให้ทุเลาการบังคับก็ได้เมื่อผู้ร้องขอได้เสนอข้อมูลหนักแน่นขึ้น โดยศาลอาจกำหนดระยะเวลาของการใช้มาตรการชั่วคราวด้วยก็ได้ หรืออาจเรียกคู่กรณีเพื่อพิจารณาเรื่องใหม่ก็ได้⁴¹ ซึ่งได้แก่ การขอให้ศาลมีคำสั่งพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง และอาจเป็นการขอให้พิจารณาใหม่โดยบุคคลที่สาม

อนึ่ง เนื่องจากโดยลักษณะของวิธีการชั่วคราวถือเป็นคำขออุปกรณ์ของคำฟ้องหลัก วิธีการชั่วคราวจึงมีลักษณะของ *rebus sic stantibus* กล่าวคือ ถ้าข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นเปลี่ยนแปลงไป คู่กรณีที่เกี่ยวข้องอาจมีคำขอให้ศาลเปลี่ยนวิธีการชั่วคราวให้เหมาะสมได้⁴²

⁴¹ *Le Sursis a execution* (เอกสารประกอบการบรรยาย ของนางสาวเซลิอา เวโร ณ สำนักงานศาลปกครอง วันที่ 7 ตุลาคม 2547) (น. 268). เล่มเดิม.

⁴² จาก *ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ* (รวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8) (น. 117), โดย สำนักงานศาลปกครอง ข, 2550, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

3.2 การดูแลการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายประเทศเยอรมนี

3.2.1 ความเป็นมา

ศาลปกครองเยอรมันศาลแรกจัดตั้งขึ้นที่มลรัฐบาเดน ในปี ค.ศ. 1893 โดยมีภารกิจในการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิของประชาชนจากล່วงละเมิดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Subjektive Rechtsschutzfunktion) และขณะเดียวกันก็ต้องพิทักษ์ปกป้องประโยชน์สาธารณะไปพร้อมกันด้วย ซึ่งข้อความคิดดังกล่าวจะแตกต่างจากศาลปกครองฝรั่งเศสที่มีภารกิจเน้นไปที่ “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” จึงเห็นได้ว่า ข้อความคิดเกี่ยวกับภารกิจของศาลปกครองของทั้งสองประเทศมีความแตกต่างกัน และได้ส่งผลกระทบต่ออำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างมีนัยสำคัญ⁴³

วิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองเยอรมันยึดหลักอำนาจฟ้องคดีปกครองอย่างกว้าง (die verwaltungsgerichtliche Generalklausel) ดังที่บัญญัติรองรับในมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองว่า ศาลปกครองมีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองทุกคดี เว้นแต่มีบทบัญญัติพิเศษกำหนดให้คดีขึ้นสู่ศาลพิเศษอื่น แม้ศาลจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้แต่ศาลมีอำนาจตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้เพียงขอบเขตจำกัดเท่านั้น ตามมาตรา 114 และในบางกรณีศาลก็ยอมรับการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ปกครองในการวางแผนของฝ่ายปกครอง โดยถือว่าเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง ศาลจึงไม่อาจตรวจสอบได้ หลักอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างมิได้หมายความว่า เป็นการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิของประชาชนอย่างไม่จำกัด ผู้ถูกระทบสิทธิของตนจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มครอง หลักอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างนี้ ไม่ยอมรับคำฟ้องที่เสนอโดยประชาชนที่ไม่ถูกระทบสิทธิหรือฟ้องคดีโดยประชาชนทั่วไป (Popular Prosecution) เนื่องจากคำสั่งทางปกครองอันเป็นวัตถุแห่งคดีนั้น มีผลเฉพาะราย และเฉพาะกรณี กล่าวคือ มีผลเฉพาะต่อบุคคลหนึ่งและเหตุการณ์หนึ่ง เช่น นาย A ต้องการสร้างโรงจอดรถบนที่ดินของตน จึงยื่นขออนุญาตก่อสร้างโรงรถต่อเจ้าหน้าที่ ต่อมาเจ้าหน้าที่มีคำสั่งปฏิเสธคำขอของนาย A คำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิเสธคำขอของนาย A นั้น เป็นคำสั่งทางปกครอง ที่มีผลเฉพาะต่อนาย A เท่านั้น และมีผลเฉพาะกรณีการยื่นคำขออนุญาตในครั้งนี้เท่านั้น⁴⁴

⁴³ จาก “ข้อพิจารณาเปรียบเทียบองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี,” โดย วรเจตน์ ภาศิริตันัง, 2538, *วารสารนิติศาสตร์*, 25 (4), น. 717.

⁴⁴ From *German Legal System and Laws* (p. 296), by Nigel Foster and Satish Sule, 1998, New York: Oxford University Press.

ในขณะที่ความสมบูรณ์ครบถ้วนของการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนโดยองค์กรตุลาการ อาจพิจารณาได้จากสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะนำข้อพิพาทกับหน่วยงานของรัฐมาสู่การพิจารณาของศาล ซึ่งมีประเด็นหลักอยู่ที่การพิจารณาถึงสิทธิส่วนบุคคลของประชาชน ความมีผลบังคับของการให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน โดยองค์กรตุลาการเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับคุณภาพของการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายซึ่งศาลเป็นผู้กำหนดให้ มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นจำนวนมากที่ยืนยันว่า สิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการนั้น ไม่ได้ถูกจำกัดไว้แต่เพียงในแง่ของรูปแบบ คือการกำหนดให้มีการคุ้มครองเช่นนั้นเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงประสิทธิภาพของการให้ความคุ้มครองซึ่งเป็นเนื้อหาที่แท้จริงของการให้ความคุ้มครองดังกล่าวอีกด้วย และบ่อยครั้งปัญหาเกี่ยวกับเวลาได้กลายเป็นประเด็นสำคัญที่แสดงถึงประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ คำวินิจฉัยของศาลที่ใช้เวลายาวนานเกินไปย่อมไม่มีผลเป็นการให้ความคุ้มครองกับประชาชนได้อย่างเต็มที่ หรือไม่อาจคุ้มครองประชาชนได้เลย ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงต้องใช้ความพยายามอย่างมากที่จะเข้าไปแทรกแซงการดำเนินงานของรัฐ ก่อนที่การกระทำใด ๆ ของรัฐนั้นจะสร้างความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้กับปัจเจกบุคคลผู้ฟ้องคดี ผลจากการนี้จึงทำให้ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพาทหรือมาตรการบางประการที่มีผลเป็นการป้องกันความเสียหายไว้ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายให้กับปัจเจกชนจน ไม่สามารถเยียวยาแก้ไขได้ กรณีนี้จึงนับว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลปกครองจะต้องมีบทบัญญัติที่รับรองอำนาจของศาลในกรณีดังกล่าวนี้ไว้ด้วย เพื่อที่จะให้หลักการว่าด้วยความสมบูรณ์ครบถ้วน และความมีผลบังคับของการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน โดยองค์กรตุลาการ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจะมีผลบังคับใช้ได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ⁴⁵

3.2.2 หลักการพื้นฐานของการทูลเกล้าฯ ถวายคำร้องหรือคำสั่งทางปกครองหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพาทภาคีปกครองของเยอรมนีมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับกฎหมายพื้นฐานซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกล่าวคือ มาตรา 19 วรรคสี่แห่งกฎหมายพื้นฐาน ได้กำหนดหลักการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนจากการถูกล่วงละเมิดจากการกระทำซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจมหาชน (Akte der öffentlichen Gewalt) ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ (Gebot der effektiven Rechtsschutzes) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ขยายความหมายของการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพว่า หมายถึง การคุ้มครองสิทธิให้เหมาะสมแก่เวลาหรือในเวลา

⁴⁵ จาก ภาระหน้าที่และกระบวนการวิธีพิจารณาความของศาลปกครองเยอรมนี (เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษ) (น. 13-14), โดย สำนักงานศาลปกครอง ค, 2543, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

ถูกต้อง⁴⁶ และเนื่องจากประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง (VwGO) มีลักษณะสำคัญบางประการที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) ก็คือ ฐานะของคู่กรณี (Beteiligten) ไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ฝ่ายเดียวและเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อภาระแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง จึงมีการกำหนดให้ได้รับการคุ้มครองสิทธิชั่วคราวตามมาตรา 80 และมาตรา 80 a (VwGO) กล่าวคือ เมื่อผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ยื่นคำคัดค้านหรือคำอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง (Widerspruch) หรือ โดยการยื่นคำฟ้องขอให้บอกล้างคำสั่งทางปกครองซึ่งก่อภาระ (Anfechtungsklage) ผลก็คือ การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระนั้นจะถูกขัดขวางหรือยังไม่มีการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง (Vollziehungshemmung) สำหรับคำฟ้องประเภทอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นคำฟ้องขอให้ออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณ (Verpflichtungsklage) คำฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นคุณ (allgemein Leistungsklage) คำฟ้องขอให้ยืนยันสิทธิหรือ ความมีอยู่ของนิติสัมพันธ์ (Feststellungsklage) รวมทั้งคำร้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Normenkontrollverfahren) ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง (VwGO) มาตรา 123 ก็กำหนดให้มีการคุ้มครองชั่วคราวไว้ด้วยเช่นเดียวกัน โดยการขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราว (einstweilige Anordnung)⁴⁷

ในทางปฏิบัติ การคุ้มครองสิทธิชั่วคราวในกระบวนการวิธีพิจารณาความปกครองมีความสำคัญมาก ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 20 วรรคสามแห่งกฎหมายพื้นฐาน ก็แสดงให้เห็นว่าหลักการคุ้มครองชั่วคราวเป็นหน้าที่ประการหนึ่งในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองก่อภาระให้แก่ผู้รับคำสั่งดังกล่าว และผู้รับคำสั่งเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงควรได้รับความคุ้มครองชั่วคราวในขณะนั้นก่อนที่เจ้าหน้าที่จะบังคับตามคำสั่งและบุคคลผู้รับคำสั่งดังกล่าวอาจได้รับความเสียหายจนไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนคืนได้ ตัวอย่างเช่น นาย A เป็นชาวต่างชาติ จะต้องถูกส่งตัวกลับประเทศ เนื่องจากนาย A ได้กระทำความผิดและถูกตัดสินประหารชีวิตในประเทศของตน หากนาย A ถูกส่งตัวกลับประเทศนาย A ย่อมต้องถูกประหารชีวิต นาย A จึงยื่นคำร้องต่อศาลโดยอ้างว่าการส่งตัวกลับประเทศนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว มาตรา 53 หากการเพิกถอนคำสั่งนั้นต้องรอการตัดสินจนกระทั่งได้คำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีกระบวนการวิธีพิจารณาที่ยาวนานหลายเดือน อาจทำให้สายเกินไป ความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิชั่วคราวในระยะเวลาที่เหมาะสมจึงมีความสำคัญมาก

⁴⁶ มาตราการชั่วคราวก่อนการพิพากษา (รายงานผลการวิจัย) (น. 82). เล่มเดิม.

⁴⁷ คู่มือเรื่อง มาตราการหรือวิธีการชั่วคราว (น. 3). เล่มเดิม.

ปัจจุบันสิทธิของประชาชนในการที่จะได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการ ได้มีบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมนี (Basic Law of 1949) มาตรา 19 วรรคสี่⁴⁸ และโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้เอง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ ได้วางหลักการพื้นฐานที่สำคัญซึ่งมีผลผูกพันองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายตุลาการให้ต้องถือปฏิบัติ⁴⁹ ดังนี้

ประการแรก สิทธิของประชาชนจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างครบถ้วนโดยองค์กรตุลาการ กล่าวคือ ปัจเจกชนจะต้องได้รับความคุ้มครองจากศาลในกรณีที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ อันมีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งการล่วงละเมิดสิทธินั้น มิได้จำกัดอยู่เพียงสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ แต่รวมถึงสิทธิต่าง ๆ ที่บัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายลำดับอื่น ๆ ด้วย ในระบบกฎหมายเยอรมนี ศาลปกครองได้ให้ความสำคัญกับภารกิจในการให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลยิ่งกว่าการนำกฎหมายมาบังคับใช้ในเชิงภาวะวิสัย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวจะแตกต่างจากศาลปกครองฝรั่งเศส ที่ถือว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลเป็นเพียงภาระหน้าที่ในลำดับรองเท่านั้น

ประการที่สอง การให้ความคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการต้องมีผลบังคับในทางปฏิบัติ กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองของศาลจะต้องสามารถเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนให้ประชาชนได้อย่างทันทั่วถึง ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับเวลาในการดำเนินกระบวนการได้กลายเป็นปัญหาสำคัญที่ทำให้การให้ความคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ และบ่อยครั้งที่คำวินิจฉัยของศาลใช้เวลาในการดำเนินกระบวนการเนิ่นนานจนเกินไป ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้อย่างเต็มที่หรือไม่อาจคุ้มครองได้เลย ด้วยเหตุนี้ศาลจึงพยายามหามาตรการ ที่จะเข้าไปแทรกแซงการดำเนินงานของรัฐก่อนที่การกระทำใด ๆ ของรัฐนั้น จะสร้างความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ให้กับผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองจึงได้กำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือมาตรการบางประการที่มีผลเป็นการป้องกันความเสียหาย จากการกระทำของฝ่ายปกครองที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกบุคคลจนไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ในภายหลัง ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลอย่างมีประสิทธิภาพตามมาตรา 19 วรรคสี่ แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมนี จึงหมายถึงการคุ้มครองสิทธิของประชาชนจะต้องเหมาะสมกับเวลาหรือ ในเวลาที่ถูกต้อง

⁴⁸ จาก ภาระหน้าที่และกระบวนการพิจารณาความของศาลปกครองเยอรมนี (เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษระหว่างวันที่ 12-15 ธันวาคม 2543) (น. 1), โดย Karl-Peter Sommermann, 2543, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

⁴⁹ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 44). เล่มเดิม.

ด้วย หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ โดยองค์กรตุลาการจึงต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิในสภาพความเป็นจริง

นอกจากนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาของศาลปกครองได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามกฎหมาย 2 ประการ คือ

1) การคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของบุคคล คำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะนำไปสู่การทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ถูกต้องร้อง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจออกคำสั่งฉุกเฉินที่เกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์สูงสุดของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจออกประกาศห้ามเดินทางขบวนซึ่งอาจก่อให้เกิดความรุนแรงขณะเดินขบวน โดยผลของคำสั่งดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับทันที ผู้ร่วมเดินขบวนอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้มีการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งที่ห้ามเดินขบวน ศาลปกครองวินิจฉัยแล้วเห็นสมควรให้มีคำสั่งทูลเกล้าการบังคับโดยมีเงื่อนไขว่าผู้เดินขบวนจะต้องไม่เดินขบวนไปยังถนนที่มีคนสัญจรไปมาพลุกพล่าน หรือใช้ธงหรือกระทำสิ่งที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ

2) การคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธที่จะกระทำการโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น กรณีนักศึกษาคนหนึ่งยื่นคำขอเข้ารับการศึกษาในคณะแพทย์ แต่ได้รับการปฏิเสธ โดยทางมหาวิทยาลัยให้เหตุผลว่า มหาวิทยาลัยไม่มีที่ว่างพอที่จะรับนักศึกษาเพิ่มอีกแล้ว จึงฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว กรณีเช่นนี้ผู้ฟ้องคดีไม่มีเหตุผลที่จะต้องรอจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา ซึ่งอาจจะต้องใช้เวลาเป็นปี ๆ จึงมีสิทธิร้องขอต่อศาลปกครอง เพื่อให้มีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว ถ้าหากศาลเห็นสมควรก็จะสั่งให้มหาวิทยาลัยรับผู้สมัครเป็นการชั่วคราว โดยที่ผู้ยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวจะต้องสามารถแสดงให้เห็นเชื่อได้ว่า ตนมีสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายสำหรับสิ่งที่ตนร้องขอ และคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่จะรับรองการกระทำให้มีผลทันที

โดยหลักแล้วคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไม่สามารถที่จะทำให้คาดการณ์ได้ถึงผลแพ้ชนะในคดีหลัก แต่มีข้อยกเว้นบางประการที่คำขอคุ้มครองชั่วคราว สามารถคาดคะเนถึงผลของการดำเนินคดีได้ในบางกรณี เช่น กรณีผู้ขอรับประกันสังคม หรือผู้ขอเข้ารับการศึกษาในมหาวิทยาลัย ผู้ขอรับความช่วยเหลือทางสังคมอาจไม่มีทางได้รับความช่วยเหลือจากทางอื่นเลย ถ้าคำขอดังกล่าวไม่ได้รับการให้โดยทันที เช่นเดียวกับที่ผู้ถูกจำกัดสิทธิไม่ให้เข้ารับการศึกษาในทันที อาจลืมนึกว่าเขาเคยเรียนอะไรในโรงเรียน และในเวลาต่อมาก็อาจแก่เกินกว่าที่จะเรียนจบและหางานทำได้ง่าย อย่างไรก็ตาม การขอเข้าเรียนในระดับสูงเป็นเรื่องหนึ่ง ซึ่งหลักเกณฑ์ของศาลในการพิจารณา มีคำสั่งทูลเกล้าการบังคับ ก็จะแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี

3.2.3 การทูลเอาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 80 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO)

หลักการทูลเอาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง หมายถึง คำสั่งทางปกครองยังไม่ถูกบังคับให้เป็นไปตามนั้น (Vollstreckungs-bzw. Vollzugshemmung) และผลของการถูกเลื่อนออกไปหรือการทูลเอาการบังคับ (Suspensiv-effekt) เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ยื่นคำคัดค้านหรือผู้อุทธรณ์ (Widerspruchsführer) หรือผู้ยื่นคำร้องขอให้กลับมากำหนดการทูลเอาการบังคับ (Widerherstellung) (มาตรา 50 วรรคห้า VwGO) การมีผลเป็นการทูลเอาการบังคับการกำหนดกรณีทั่วไป (generell-abstrakt) ดังนั้น จึงใช้ได้กับทุกกรณีและมีผลเช่นเดียวกัน และเป็นการทูลเอาการบังคับที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ (die automatische Folge) กล่าวคือ เกิดขึ้นโดยทันทีที่มีการยื่นคำคัดค้าน (Widerspruch) หรือคำฟ้องประเภท Anfechtungsklage ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 80 วรรคแรก VwGO⁵⁰

โดยหลักแล้วการทูลเอาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น เกิดขึ้นเมื่อมีการโต้แย้งหรือคัดค้าน หรือขอให้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่สามารถบังคับใช้ได้ตราบเท่าที่การทูลเอาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองยังคงมีผลอยู่⁵¹ การระงับการบังคับใช้คำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราวย่อมเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการให้ความคุ้มครองผู้ฟ้องคดีที่คำสั่งทางปกครองได้ก่อภาระขึ้น ตัวอย่างเช่น ในกรณีฟ้องคดีหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้ปิดโรงแรมของผู้ฟ้องคดี ถ้าไม่มีมาตรการใด ๆ ที่จะชะลอการบังคับตามคำสั่งให้ปิดโรงแรมนั้น ในระหว่างที่มีการโต้แย้งคำสั่งให้ปิดโรงแรมดังกล่าว การปิดโรงแรมของผู้ฟ้องคดี ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีทำให้ต้องขาดรายได้ที่สมควรไปในระหว่างที่คดีของผู้ฟ้องคดียังไม่เสร็จเด็ดขาด แม้ว่าในที่สุดแล้วฝ่ายผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากคำพิพากษาคดีของศาลก็ตาม ในทางตรงกันข้าม ถ้าการดำเนินการของโรงแรมก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตและร่างกายของผู้ที่เข้าไปพักในโรงแรมก็เป็นการสมควรที่ศาลจะต้องมีคำสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการบังคับตามคำสั่งทางปกครองโดยเร่งด่วน เพื่อป้องกันไม่ให้มีอันตรายเช่นนั้นเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม อาจเห็นได้จากตัวอย่างที่ยกขึ้นนี้เองว่า การอนุญาตให้ใช้หรือไม่ให้ใช้มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในทางใดทางหนึ่ง เพียงแต่ทางเดียวย่อมไม่ใช่สิ่งที่เหมาะสมที่จะคุ้มครองปัจเจกบุคคลได้อย่างแท้จริง จึงต้องมีการพิจารณาโดยรอบด้านและเป็นเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะในแต่ละกรณีเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมนีจึงได้กำหนด

⁵⁰ (1) An objection and a rescissory action shall have suspensive effect. This shall also apply to constitutive and declaratory administrative act. As well as to administrative acts with a double effect (section 80a).

⁵¹ From *The German Legal System* (p. 250), by Anke Freckmann and Thomas Weigerich, 1999, London: Sweet & Maxwell.

หลักการคุ้มครองสิทธิชั่วคราวโดยพิจารณาจากข้อพิพาท (Streitgegenstand) และประเภทของคำฟ้อง (Klagearten) เป็นหลัก อย่างไรก็ตาม การเสนอคำฟ้องไม่ว่าประเภทใดคู่ความสามารถขอคุ้มครองสิทธิชั่วคราวได้เสมอ โดยกำหนดให้การยื่นคำคัดค้านหรือการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง และยื่นคำฟ้องประเภท Anfechtungsklage มีผลเป็นการทุเลาการบังคับ (Widerspruch und Anfechtungsklage haben eine aufschiebende Wirkung)

1) หลักเกณฑ์การขอทุเลาการบังคับตามมาตรา 80 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษาปกครอง (VwGO)

เนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองอย่างไร ๆ อันมีผลเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ฝ่ายเดียวและคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ได้สร้างภาระหรือความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับคำสั่ง ศาลปกครองจึงได้กำหนดการคุ้มครองสิทธิชั่วคราวไว้ในมาตรา 80 และมาตรา 80a แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาศีกษาปกครอง (VwGO)⁵² มาตราดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นแบบแผนของการพิจารณากำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาไว้ว่า “การโต้แย้งและการฟ้องคดีขอให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมมีผลเป็นการชะลอการบังคับคำสั่งทางปกครอง” ซึ่งแปลความหมายได้ว่า เมื่อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง และได้มีการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมมีผลโดยปริยายเป็นการชะลอการบังคับคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ ด้วยเหตุผลที่ว่าคำสั่งทางปกครองย่อมไม่อาจบังคับหรือก่อภาระหน้าที่ใด ๆ ให้กับเอกชนผู้โต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ จนกว่าศาลปกครองจะได้มีคำพิพากษาชี้ขาดว่าคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย⁵³

โดยหลักการแล้ว คำสั่งทางปกครองซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีผลบังคับโดยทันทีเมื่อมีการแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบ ตามมาตรา 43 วรรคแรก⁵⁴ ของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (VwVfG) และผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถโต้แย้งคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายได้ โดยการอุทธรณ์โต้แย้ง (Widerspruch) ต่อผู้ออกคำสั่งดังกล่าว การโต้แย้งคัดค้านของผู้รับคำสั่งทางปกครองมีผลให้ผลบังคับทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นระงับ

⁵² มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 47). เล่มเดิม.

⁵³ การทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (เอกสารประกอบการบรรยายของ Mme. Céline Verot Maitres des requêtes สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส วันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2547 ณ ห้องประชุม 1 ชั้น 37 สำนักงานศาลปกครอง) (น. 263). เล่มเดิม.

⁵⁴ (1) An administrative act shall become effective vis-à-vis the person for whom it is intended or who is affected thereby at the moment he is notified thereof. The administrative act shall apply in accordance with its tenor as notified.

หยุดลงชั่วคราว กล่าวคือ การมีผลบังคับตามกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นต้องเลื่อนออกไป หรือที่เรียกว่ามีผลเป็นการทุเลาการบังคับ (Suspensiveeffekt) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 80 วรรคแรก VwGO กำหนดให้การยื่นคำคัดค้านหรือการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง Widerspruch และการยื่นคำฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งก่อภาระและไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Anfechtungsklage) มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองถูกเลื่อนออกไป (aufschiebende Wirkung)⁵⁵

2) ข้อยกเว้นของหลักการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง (Die Ausnahmen von der aufschiebenden Wirkung)

ระบบกฎหมายเยอรมนีได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดให้คำสั่งทางปกครองได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการบังคับให้เป็นไปตามนั้นโดยทันที (sofortige Vollziehung) ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 80 วรรคสอง ข้อ 4 VwGO⁵⁶ หรือที่เรียกอีกอย่างว่าข้อยกเว้นของหลักการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (Die Ausnahmen von der aufschiebenden Wirkung) มาตราดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดข้อยกเว้นของการหน่วงการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ กล่าวคือ ให้ความสำคัญต่อการมีผลบังคับโดยทันทีของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเป็นกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องบังคับตามคำสั่งทันที การมีผลบังคับทันทีของคำสั่งทางปกครอง อาจจะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ประการหนึ่ง และเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กำหนดให้มีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองอีกประการหนึ่ง มี 4 กรณี ดังนี้

⁵⁵ จาก คู่มือ เรื่อง มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว (น. 3-4), โดย ไชยเดช ตันติเวสส, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

⁵⁶ (2) The suspensive effect shall only fail to apply

1. if public charges and costs are called for,
2. with non-postponable orders and measures by police enforcement officers
3. in other cases prescribed by a federal statute or for Land law by Land statute, in particular for objections and actions on the part of third parties against administrative acts relating to investments or job creation,
4. in cases in which immediate execution is separately ordered by the authority which has issued the administrative act or has to decide on the objection in the public interest or in the overriding interest of a party concerned.

The Länder may also determine that appeals do not have a suspensive effect insofar as they address measures taken in administrative execution by the Länder in accordance with federal law.”

กรณีที่ 1 กรณีที่เป็นการโต้แย้งคำสั่งที่เกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าภาษีอากรและค่าธรรมเนียมของรัฐ (Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten) (มาตรา 80 วรรคสอง ลำดับที่ 1)

ความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่า ไม่ใช่เฉพาะค่าภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียม (Lassisches Abgabe) แต่หมายความรวมถึงการชำระเงินอย่างอื่นหรือเป็นหน้าที่ที่ต้องชำระ (Geldleistungen mit Finanzierungsfunktion) เพราะเงินดังกล่าวเป็นรายได้ซึ่งฝ่ายปกครองต้องนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติภาระหน้าที่ได้ทันต่อเหตุการณ์

กรณี 2 กรณีเป็นคำสั่งและมาตรการบังคับของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งโดยสภาพไม่อาจชะลอการบังคับไว้ได้ กล่าวคือ มาตรการของเจ้าพนักงานตำรวจ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้บังคับการทางปกครองโดยทันที (unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten มาตรา 80 วรรคสอง ลำดับที่ 2) เช่น ระเบียบวินัยว่าด้วยการจราจร การเดินขบวนชุมนุมกันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาความปลอดภัยการปราบปรามอาชญากรรม เป็นต้น ตัวอย่างของการปฏิบัติหน้าที่ที่การโต้แย้งไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับ เช่น คำสั่งหรือเครื่องหมายหรือสัญญาณจราจรของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการกำหนดกฎจราจรตามมาตรา 36 วรรคแรก ของกฎหมายว่าด้วยการจราจร (Straßenverkehrs – Ordnung เรียกโดยย่อว่า StVO) คำสั่งหรือสัญญาณให้หยุดรถเพื่อตรวจสอบเอกสาร เช่น ตรวจใบขับขี่ตามกฎหมายฉบับเดียวกัน การให้หยุดการชุมนุมสาธารณะ (Auflösung einer öffentlichen Versammlung) ตามมาตรา 13 แห่งกฎหมายว่าด้วยการนัดชุมนุม เป็นต้น

กรณีที่ 3 กรณีที่มีกฎหมายระดับสหพันธ์หรือมลรัฐกำหนดไม่ให้มีผลเป็นการทุเลาการบังคับไว้อย่างชัดเจน (In anderen durch Bundesgesetz oder Landesgesetz vorgeschriebenen Fällen) (มาตรา 80 วรรคสองลำดับที่ 3) ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติไว้จะต้องเป็นกฎหมายที่ออกมาภายหลังกฎหมายวิธีพิจารณาศึปกครอง (VwGO) ตัวอย่างเช่น การปฏิเสธการขออนุญาตมีถิ่นที่อยู่ตามกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว (มาตรา 72 วรรคแรก กฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว) การวินิจฉัยเรื่องหน้าที่รับราชการทหาร (ตามมาตรา 33 วรรคห้า และมาตรา 35 วรรคแรก แห่งกฎหมายว่าด้วยหน้าที่ในการรับราชการทหาร (Wehrpflichtgesetz) การวินิจฉัยเรื่องการช่วยงานสงเคราะห์ฝ่ายพลเรือนตามมาตรา 75 กฎหมาย ว่าด้วยการสงเคราะห์ฝ่ายพลเรือน (Zivildienstgesetz) การสั่งโยกย้ายข้าราชการ (มาตรา 74 รัฐบัญญัติกำหนดกรอบของกฎหมายข้าราชการ)

กรณีที่ 4 กรณีที่กำหนดให้บังคับการหรือปฏิบัติการตามคำสั่งทางปกครองโดยทันที (Die Anordnung der sofortigen Vollziehung มาตรา 80 วรรคสอง ลำดับที่ 4)

กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้กำหนดให้มีการบังคับตามคำสั่งนั้น โดยเร่งด่วนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรประกอบคำสั่งทางปกครองไว้ด้วยว่าเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะเป็นการเร่งด่วน หรือป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลทั้งหลายอย่างไร แต่ในกรณีที่เป็นการลบล้างคำสั่งเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือกรณีที่เป็นการยกเว้นการบังคับคำสั่งที่จะเกิดขึ้น อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่ออนามัย ทรัพย์สิน หรือต่อชีวิตของบุคคล ในกรณีเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลเป็นกรณีพิเศษแต่อย่างใด⁵⁷

3) การให้หยุดปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง (Aussetzung der Vollziehung) ตามมาตรา 80 วรรคสี่ แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง (VwGO) กำหนดว่า เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ผู้วินิจฉัยอุทธรณ์สามารถให้หยุดปฏิบัติการตามคำสั่งทางปกครอง (การทุเลาการบังคับ) ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 80 วรรคสอง ได้ตราบเท่าที่กฎหมายของสหพันธ์ไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ในการเรียกเก็บภาษีอากรและค่าใช้จ่ายอาจให้ทุเลาการบังคับโดยมีหลักประกันได้ หากเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด คือ เมื่อเกิดข้อสงสัยค่อนข้างชัดเจนเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น หรือการบังคับจะก่อให้เกิดผลที่เป็นการยากลำบาก และเสียค่าใช้จ่ายสูงขึ้นต่อผู้ที่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีอากรโดยไม่อาจกล่าวอ้างถึงประโยชน์สาธารณะที่ชัดเจนได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการยื่นคำขอต่อศาลขอให้การบังคับตามคำสั่งทางปกครองมีผลเป็นการเลื่อนออกไป (การทุเลาการบังคับ) โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 80 วรรคห้า แต่ศาลไม่กำหนดให้และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่ได้หยุดการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น การร้องขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหยุดดำเนินการหรือโดยศาลพิจารณาเห็นเอง แล้วมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่หยุดดำเนินการตามมาตรา 80 วรรคสี่ และการขอให้กำหนดการทุเลาการบังคับตามมาตรา 80 วรรคห้า โดยหลักแล้วบทบัญญัติทั้งสองเรื่องนี้มีขึ้นตอนที่ไม่มีเกี่ยวข้องกัน หรือมีอิทธิพลต่อกันแต่อย่างใด และการหยุดการปฏิบัติหรือดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องการดำเนินการตามนโยบายของฝ่ายปกครอง (Verwaltungspolitischer Zweck) และมีผลนับแต่เจ้าหน้าที่กำหนด (ex nunc) ไม่มีผลย้อนหลัง (ex tunc) แต่อย่างใด

4) การกำหนดหรือการขอให้กลับมามีผลทุเลาการบังคับ (Die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) ตามมาตรา 80 วรรคห้าถึงวรรคแปด

มาตรา 80 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง (VwGO) กำหนดว่า เมื่อมีคำร้อง (nur auf Antrag) ให้ศาลออกคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 80

⁵⁷ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 48). เล่มเดิม.

วรรคสอง ข้อ 1-3 ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งที่เกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าภาษีอากรและค่าธรรมเนียมของรัฐ คำสั่งและมาตรการบังคับของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งโดยสภาพไม่อาจชะลอการบังคับไว้ได้ และกรณีที่มีกฎหมายระดับสหพันธ์หรือมลรัฐกำหนดไว้อย่างชัดเจน โดยอาจสั่งทุเลาการบังคับได้ทั้งหมด หรือบางส่วนก็ได้ ส่วนในกรณีตามมาตรา 80 วรรคสอง ข้อ 4 ซึ่งเป็นกรณีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้กำหนดให้มีการบังคับตามคำสั่งนั้น โดยเร่งด่วนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ศาลอาจออกคำสั่งให้ทุเลาการบังคับทั้งหมดหรือบางส่วนใหม่ก็ได้ ซึ่งคำร้องขอจะต้องได้รับอนุญาตก่อนการยื่นฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ถ้าได้มีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแล้วในขณะเวลาที่ศาลมีคำวินิจฉัย ในกรณีนี้ศาลอาจมีคำสั่งเพิกถอนการบังคับนั้นได้ การให้ทุเลาการบังคับอีกครั้งอาจทำได้โดยขึ้นอยู่กับทำให้หลักประกันหรือการกำหนดเงื่อนไขอย่างอื่น กรณีดังกล่าวอาจกำหนดระยะเวลาได้ด้วยก็ได้

การกำหนดให้กรณีตามมาตรา 80 วรรคสอง ข้อ 1 ถึงข้อ 3 VwGO มีผลเป็นการทุเลาการบังคับ หมายความว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องหยุดการปฏิบัติการบังคับ ในกรณีซึ่งกฎหมายตามมาตรา 80 วรรคสอง กำหนดให้ปฏิบัติการโดยทันทีตามคำสั่งทางปกครอง กรณีของข้อ 4 ก็เช่นเดียวกัน องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ตนได้กำหนดให้บังคับการได้โดยทันที⁵⁸ และศาลปกครองที่มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ คือศาลซึ่งรับคำฟ้องหรือที่มีการเสนอคำฟ้อง ซึ่งเป็นศาลที่ต่อไปจะมีคำฟ้อง Anfechtungsklage ต้องเป็นผู้พิจารณาเรื่องดังกล่าว กรณีตามมาตรา 80 วรรคห้า เป็นเรื่องที่ศาลพิจารณาคำหนดให้ใช้ได้ต่อเมื่อมีคำร้องขอศาล ไม่อาจหยิบยกเรื่องนี้ขึ้นมาพิจารณาเองได้ (nicht von Amts wegen) และการวินิจฉัยในเรื่องนี้กระทำเป็นมติ (Beschluss) อย่งไรก็ตาม มติของศาลดังกล่าวสามารถยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ทุกเมื่อ (มาตรา 80 วรรคเจ็ด)⁵⁹

สำหรับกรณีที่คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) ในเวลาที่มีการตัดสินหรือวินิจฉัยของศาลปรากฏว่า การปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้ดำเนินการเสร็จเรียบร้อยแล้ว ศาลกำหนดให้ยกเลิกการปฏิบัติการ (Aufhebung der Vollziehung) ซึ่งกรณีนี้มีความหมายว่ามาตรการในการปฏิบัติราชการอันกระทำไปจนเสร็จในอดีตถูกยกเลิก (Rückgängigmachung in der Vergangenheit durchgeführter Vollziehungsmaßnahme) ในกรณีที่การกำหนดให้มีการทุเลาการบังคับหรือคำสั่งให้ “กลับมา” ทุเลาการบังคับนั้น หากเป็นกรณีเร่งด่วน ประธานหรือหัวหน้าองค์กรคณะสามารถ

⁵⁸ มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา (รายงานผลการวิจัย) (น. 89). เล่มเดิม.

⁵⁹ (7) The court dealing with the main case may amend or rescind orders regarding fequests in accordance with subsection 5 at any time. Each party concerned may request an amendment or rescission because of altered circumstances of because of circumstances not asserted in the original proceedings without fault.

วินิจฉัยโดยลำพังได้ แต่หากคู่ความไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว ก็สามารถยกขึ้นให้ศาลพิจารณาได้ ทั้งนี้ ภายในสองสัปดาห์หลังจากที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว (มาตรา 80 วรรคแปด)⁶⁰

โดยสรุป การกำหนดการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือการกำหนดให้คำสั่งทางปกครอง “กลับมา” มีผลทูลเกล้าฯ บังคับอีกครั้งหนึ่งนี้ ศาลปกครองจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอ ศาลไม่อาจหยิบยกเรื่องนี้ขึ้นมาพิจารณาเองได้ (nicht von Amts wegen) การวินิจฉัยในเรื่องนี้ให้กระทำเป็นคำสั่ง (Beschluss) อย่างไรก็ตาม ศาลสามารถยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งดังกล่าวได้ทุกเมื่อ (มาตรา 80 วรรคเจ็ด)

5) การมีผลเป็นการทูลเกล้าฯ บังคับกรณีคำสั่งทางปกครองซึ่งมีผลสองทาง (Die aufschiebenden Wirkung bet Verwaltungsakt mit Doppelwirkung (Drittwirkung))

กฎหมายวิธีพิจารณาศึปกครอง (VwGO) มาตรา 80a ได้บัญญัติถึงคำสั่งทางปกครองซึ่งมีผลสองทาง (verwaltungsakt mit Doppelwirkung) ในเวลาเดียวกัน ซึ่งมี 2 ประเภทโดยบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีทุกฝ่ายที่มีส่วนในนิติสัมพันธ์ตามมาตรา 80a คือ

ประเภทแรก เป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นคุณแก่ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง และขณะเดียวกันเป็นภาระแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง (ตามมาตรา 80a วรรคแรก) เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารตามคำร้องขอของนาย A นาย B ซึ่งเป็นเพื่อนบ้านเห็นว่าตนได้รับความเดือดร้อนจากการก่อสร้างอาคารดังกล่าว จึงยื่นอุทธรณ์คัดค้าน การยื่นคำคัดค้านอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของนาย B เป็นผลทำให้การก่อสร้างอาคารตามที่ได้รับอนุญาตของนาย A ต้องถูกระงับลง ในกรณีนี้ประโยชน์หรือส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของนาย B จะถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย แม่นาย A จะมีสิทธิเสรีภาพในการก่อสร้างอาคารก็ตาม แต่เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์เพียงฝ่ายเดียว

หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 80 a VwGO ตามตัวอย่างข้างต้น ถ้าหาก A ซึ่งได้รับใบอนุญาตก่อสร้างบ้านยื่นคำร้องขอต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่สามารถกำหนดให้ก่อสร้างได้ทันที (sofortige Vollziehung) ตามมาตรา 80 วรรคสอง ข้อ 4 และเพื่อบ้าน B ก็สามารถยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ก็ให้หยุดการดำเนินการตามมาตรา 80 วรรคสี่ และกำหนดมาตรการชั่วคราวเพื่อประกันสิทธิของ B ที่ถูกกระทบกระเทือน (einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Dritten)

ประเภทที่สอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง และขณะเดียวกันคำสั่งนั้น ๆ ก็เป็นคุณแก่อีกบุคคลหนึ่ง (ตามมาตรา 80a วรรคสอง) ซึ่งบทบัญญัติ

⁶⁰ (8) The presiding judge may decide in urgent cases.

ดังกล่าว เป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีทุกฝ่ายที่มีส่วนในนิติสัมพันธ์ เช่น กรณีนาย B ยื่นคำร้องขอให้นาย A กำหนดการใช้หรือประเภทการใช้ที่แน่นอนแก่เจ้าของกิจการ เพราะนาย B ได้รับความเสียหาย ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมีข้อกำหนดประกอบดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่เจ้าของกิจการ คือ นาย A ต้องรับภาระ หรือ ได้รับผลร้ายเพราะต้องรับเอาข้อกำหนดประกอบด้วย แต่นาย B เป็นผู้ได้ประโยชน์เพราะเจ้าหน้าที่ได้กำหนดข้อกำหนดประกอบในคำสั่งทางปกครองที่ออกให้นาย A กรณีเช่นนี้ ในที่สุดแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาลปกครองต้องวินิจฉัยโดยการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์หรือส่วนได้เสียของทั้งสองฝ่าย และวินิจฉัยให้เป็นคุณแก่ผู้ที่มีประโยชน์ได้เสียที่สำคัญกว่า

3.2.4 การขอคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการตรวจสอบกฎ ตามมาตรา 47 วรรคหก แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาศึปกครอง

ในระบบกฎหมายเยอรมนีบุคคลที่ถูกระทบสิทธิจากการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้ เพราะเมื่อกฎส่งผลกระทบต่อบุคคลใดแล้วผลที่เกิดขึ้นนั้นอาจจะยากต่อการคุ้มครองหรือเยียวยาในภายหลังได้ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีการในการที่จะระงับการบังคับใช้กฎเป็นการชั่วคราว เพื่อที่จะช่วยเยียวยาความเสียหายจากกฎนั้น โดยกฎหมายได้กำหนดให้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการตรวจสอบกฎมาใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1977⁶¹

เนื่องด้วยการยื่นคำร้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎไม่มีผลเป็นการระงับการใช้บังคับกฎหมาย กฎที่เป็นวัตถุประสงค์ในศาลปกครองจึงยังคงเป็นกฎหมาย (ในทางเนื้อความ) ที่จะต้องได้รับการปฏิบัติตาม โดยผู้มีหน้าที่ และจะต้องได้รับการบังคับใช้โดยองค์กรฝ่ายปกครองต่อไป อย่างไรก็ตาม อาจมีการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวให้ระงับการบังคับใช้กฎต่อศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐ ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้ ในกรณีที่มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นสูงแห่งรัฐไปยังศาลปกครองแห่งสหพันธ์ การยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวให้มีการระงับการบังคับใช้บังคับกฎก็จะต้องยื่นต่อศาลปกครองแห่งสหพันธ์ ประกอบกับมาตรการชั่วคราวในกระบวนการตรวจสอบกฎ ระบบกฎหมายเยอรมนีจะไม่นำมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 80 มาบังคับใช้ (มาตรา 80 จะนำมาใช้เฉพาะในกรณีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) เท่านั้น

⁶¹ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 53-55). เล่มเดิม.

และไม่นำมามาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 123⁶² มาใช้เช่นกัน (มาตรา 123 เป็นการคุ้มครองสิทธิชั่วคราวลักษณะหนึ่ง ซึ่งไม่อาจจะใช้สิทธิตามมาตรา 80 ได้) เหตุที่ไม่นำมามาตรการชั่วคราวตามมาตรา 80 และ มาตรา 123 มาใช้ เพราะมาตรา 80 และมาตรา 123 เป็นมาตรการที่ใช้สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่สอดคล้องกับเรื่องของกฎ

ข้อสังเกตของการตรวจสอบว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จะมีสภาพคล้ายกับการตรวจสอบว่าพระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบว่าพระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้มีการคุ้มครองชั่วคราว กล่าวคือ การระงับการใช้กฎหมายนั้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในศาลรัฐธรรมนูญ แต่ในระบบของศาลปกครองกำหนดให้มีการระงับการใช้กฎเป็นการชั่วคราวได้

การขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 47 วรรคหก นั้นจะมีกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลเป็นการเฉพาะ ดังนี้

1) ลักษณะสำคัญของการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ในระบบกฎหมายเยอรมนีแตกต่างจากระบบของกฎหมายฝรั่งเศสและของไทยมิใช่กฎทุกประเภทที่จะขอให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้ กฎที่อาจเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบของศาลปกครองในระบบกฎหมายเยอรมนีได้นั้น มิใช่กฎเกณฑ์ที่องค์กรฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตาม

⁶² (1) On request, the court may, even prior to the lodging of an action, make an interim order in relation to the subject-matter of the dispute if the danger exists that the enforcement of a right of the plaintiff could be prevented or considerably impeded by means of an alteration of the existing state. Interim orders shall also be admissible to settle an interim condition in relation to a contentious legal relationship if this regulation appears necessary, above all with ongoing legal relationships, in order to avert major disadvantages or prevent immanent force of for other reasons.

(2) The court dealing with the main case shall have jurisdiction for the issuance of interim orders. This shall be the court of first instance and, if the main case is pending in the proceedings for an appeal on points of fact and law, the court of appeal on points of fact and law. Section 80, Subsection 8, shall apply mutatis mutandis.

(3) Sections 920, 921, 923, 926, 928 to 932, 938, 939, 941 and 945 the Code of Civil Procedure shall apply mutatis mutandis to the issuance of interim orders

(4) The court shall decide by means of an order.

(5) The provisions Contained in subsections 1 to 3 shall not apply to cases falling under sections 80 and 80a.

กฎหมายแม่บทตราขึ้นทุกประเภท แต่จำกัดเฉพาะกฎบางประเภทเท่านั้น คือ กฎที่องค์กรฝ่ายปกครองตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจจากประมวลกฎหมายก่อสร้าง เช่น ประกาศผังเมือง เป็นต้น⁶³ และกฎที่องค์กรฝ่ายปกครองของมลรัฐตราขึ้น ดังนั้น กฎที่องค์กรฝ่ายปกครองของสหพันธรัฐตราขึ้นจึงไม่อาจเป็นวัตถุแห่งคำร้องในกระบวนการพิจารณาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองได้ การพิจารณาถึงกฎที่สามารถขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้นั้น จะส่งผลต่อการพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลจะรับไว้พิจารณาได้ โดยที่จะต้องเป็นการโต้แย้งกฎที่เป็นวัตถุแห่งคดีในกระบวนการพิจารณาหลักเช่นกัน กฎที่จะขอให้มีการคุ้มครองชั่วคราวได้นั้น จะต้องมีการประกาศใช้แล้ว แต่ไม่จำเป็นว่ากฎนั้นจะต้องมีผลใช้บังคับแล้ว เช่น กฎฉบับหนึ่งมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่กำหนดให้มีผลใช้บังคับในอีก 30 วัน นับแต่วันที่ประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา กรณีเช่นนี้สามารถขอให้มีการคุ้มครองชั่วคราวได้ ไม่จำเป็นต้องรอให้กฎฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับ

2) เขตอำนาจศาลในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐหรือศาลสูงคดีปกครอง (Oberverwaltungsgericht Verwaltungsgerichtshot) เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และมีอำนาจในการออกคำสั่งระงับการใช้กฎ ดังนั้น การออกคำสั่งระงับใช้กฎเป็นการชั่วคราวจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลอื่น ๆ รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญด้วย

3) ผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว

ผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องขอคุ้มครองจะต้องกล่าวอ้างว่ากฎที่ออกมานั้นกระทบสิทธิในทางมหาชนของตนอย่างไร ถ้าฟังแต่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นยังไม่เพียงพอที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้ แต่เดิมนั้นระบบกฎหมายของเยอรมนีซึ่งแยกการฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกับการขอให้ตรวจสอบกฎออกจากกัน โดยได้กำหนดอำนาจฟ้องคดีในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและตรวจสอบกฎไว้แตกต่างกัน กรณีถ้าเป็นคำร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองผู้ฟ้องคดีจะต้องกล่าวอ้างว่า คำสั่งทางปกครองนั้นกระทบกับสิทธิในทางมหาชนของตนอย่างไร แต่ถ้าเป็นการฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ถ้าฟังแต่การที่ผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบจากกฎนั้นก็ยังสามารถฟ้องคดีได้ (หลักการกระทบประโยชน์หรือการมีส่วนได้เสีย) จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายของเยอรมนี เดิมการยื่นขอให้ตรวจสอบกฎเป็นไปตามหลักการเดียวกันกับของฝรั่งเศสที่ใช้หลักผู้มีส่วนได้เสีย ดังนั้น จำนวนคนที่มีสิทธิขอให้เพิกถอนกฎจึงมีจำนวนมากแต่ในปี ค.ศ. 1996 ได้มีการแก้ไขกฎหมาย ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงหลักการเดิมและใช้ต่อมาจนถึงปัจจุบัน

⁶³ จาก “การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมนี,” โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ จ, 2548, วารสารวิชาการศาลปกครอง, 5 (2), น. 4.

โดยไม่ว่าจะฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองก็ดี ออกคำสั่งทางปกครองก็ดีหรือฟ้องขอให้ตรวจสอบกฎ ผู้ที่มีสิทธิยื่นคำฟ้องจะต้องเป็นบุคคลที่ถูกระทบสิทธิ ดังนั้น จำนวนของผู้ที่มีสิทธิโต้แย้งจะแคบลง สำหรับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ในกระบวนการพิจารณาคຸ້ມครองระงับใช้กฎชั่วคราวจะต้องเป็นหน่วยงานที่เป็นผู้ออกกฎเท่านั้น มิใช่หน่วยงานที่เป็นผู้บังคับการตามกฎ

4) เจื่อนใจในการพิจารณามีคำสั่งคຸ້ມครองชั่วคราว ผู้ที่จะยื่นคำขอคຸ້ມครองชั่วคราวตามมาตรา 47 วรรคหก ได้นั้น ต้องปรากฏต่อศาลว่า

(ก) ไม่สามารถที่จะได้รับความคຸ້ມครองสิทธิในทางอื่นได้

กรณีถ้าสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 80 และมาตรา 123 ได้ จะขอใช้สิทธิตามมาตรา 47 วรรคหกไม่ได้ เช่น มีการออกกฎมาบังคับใช้และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายนั้น กรณีเช่นนี้จะยื่นขอให้ระงับการใช้กฎไม่ได้ จะต้องใช้สิทธิตามมาตรา 80 เพราะวิธีการขอคຸ້ມครองชั่วคราวในชั้นของการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองมีผลดีกว่า ซึ่งจะมีผล เป็นการระงับการบังคับทางปกครองได้ทันที หากยื่นคำขอตามมาตรา 47 วรรคหก ศาลก็จะมีคำสั่งไม่อนุญาต

(ข) กฎนั้นน่าจะไม่ใช่ชอบด้วยกฎหมาย และกฎนั้นได้ส่งผลกระทบในทางลบอย่างรุนแรงกับผู้ยื่นคำร้อง ซึ่งจำเป็นต้องคຸ້ມครองโดยเร็ว

กล่าวคือ คำสั่งคຸ້ມครองชั่วคราวจะต้องเป็นไปเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจ จะเกิดขึ้นอย่างรุนแรง (zur Abwehr schwerer Nachteile) หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ (aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten) ทำให้ต้องมีการคຸ້ມครองชั่วคราวกรณีเช่นนี้ ศาลจะต้องมีคำสั่งอนุญาตโดยไม่มีสิทธิใช้ดุลพินิจ โดยศาลจะต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหากปล่อยให้มีการบังคับใช้กฎต่อไป แล้วปรากฏในภายหลังว่ากฎนั้นไม่ใช่ชอบด้วยกฎหมาย กับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหากศาลสั่งคຸ້ມครองชั่วคราวและปรากฏในภายหลังว่ากฎนั้นชอบด้วยกฎหมายประกอบกัน แต่ทั้งนี้ถือมิได้ว่าเป็นการวินิจฉัยหรือตัดสินผลแห่งคดีไปก่อน ถ้าหากศาลเห็นว่ากฎนั้นน่าจะชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะไม่กำหนดมาตรการคຸ້ມครองชั่วคราวให้กับผู้ยื่นคำร้อง ผู้ยื่นคำร้องจำเป็นต้องยอมรับสภาพบังคับของกฎนั้นไปก่อน และไปแสดงข้อเท็จจริงให้ศาลเห็น ในกระบวนการพิจารณาคำฟ้องหลัก

5) การพิจารณามีคำสั่งคຸ້ມครองชั่วคราวของศาล

กระบวนการพิจารณามาตรา 47 วรรคหก ถือเป็นกระบวนการวิธีพิจารณาเฉพาะแยกออกจากกระบวนการวิธีพิจารณาคดีหลัก โดยศาลจะทำคำวินิจฉัยในรูปของคำสั่ง (Beschluss) และแสดงผลประกอบด้วย หัวหน้าคณะหรือตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนไม่สามารถออกคำสั่งโดยลำพังได้ แต่จะต้องมีการยื่นคำร้องต่อศาลโดยบุคคลที่มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบ

ด้วยกฎหมายของกฎ คำร้องดังกล่าวจะต้องระบุหน่วยงานที่ถูกร้อง โดยหน่วยงานที่ถูกร้องนั้น จะต้องเป็นหน่วยงานที่ออกกฎดังกล่าว ซึ่งอาจจะไม่ใช่หน่วยงานที่ต้องบังคับการตามกฎหมายก็ได้ การตั้งคุ้มครองชั่วคราวจะทำให้รูปของคำสั่ง (Beschluss) โดยศาลจะดำเนินการกระบวนการพิจารณา ด้วยวาจา (คือให้คู่กรณีชี้แจง) หรือไม่ก็ได้ และการมีคำสั่งของศาลจะต้องกระทำโดยองค์คณะ

เนื้อหาของคำสั่งที่ทำให้มีการคุ้มครองชั่วคราว ศาลอาจจะสั่งให้ระงับการบังคับใช้กฎนั้น ทั้งฉบับ หรืออาจจะสั่งระงับใช้บางมาตราก็ได้ ซึ่งอยู่ในดุลพินิจของศาล หรือศาลอาจจะสั่งให้ใช้มาตรการอื่นที่จะป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้ร้อง หรือศาลอาจจะกำหนดให้กฎนั้น ใช้บังคับต่อไป แต่จะกำหนดเงื่อนไขการใช้บังคับเพิ่มเติมก็ได้

6) ผลของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

กรณีที่ศาลมีคำสั่งระงับการบังคับใช้กฎเป็นการชั่วคราว ผลของคำสั่งศาลที่ทำให้มีการระงับใช้กฎไม่ว่าจะทั้งฉบับหรือบางมาตรา จะมีผลเป็นการทั่วไปและมีผลผูกพันกับทุกคน แต่หากศาลใช้มาตรการเยียวยาอื่นที่มีใช้การระงับใช้กฎ มาตรการดังกล่าวนี้ จะมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความเท่านั้น คำสั่งของศาลที่จะกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่นั้น ถือเป็นที่สุดผู้ยื่นคำร้องขอ ไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้ อนึ่ง การสั่งระงับการบังคับใช้กฎชั่วคราวไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อคำสั่งทางปกครองที่ออกไปก่อนหน้านี้ และผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ไม่อาจใช้กระบวนการร้องขอให้ระงับการบังคับใช้กฎชั่วคราวขอให้ศาลสั่งระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ หากผู้รับคำสั่งทางปกครองผู้ใดต้องการให้มีการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ผู้นั้นต้องไปอุทธรณ์โต้แย้งและฟ้องคดีโดยอาศัยรูปแบบคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ซึ่งจะมีในเงื่อนไขในการฟ้องคดีและการคุ้มครองชั่วคราวในอีกลักษณะหนึ่ง⁶⁴

⁶⁴ มาตรการชั่วคราวก่อนการพิพากษา (รายงานผลการวิจัย) (น. 12). เล่มเดิม.