ภาคหนึ่ง

แนวทางของประเทศฝรั่งเศส

ในภาคหนึ่ง ซึ่งเป็นภาคที่ว่าด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศสนี้ จะประกอบด้วยเนื้อหาซึ่งแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน คือ

<u>ส่วนที่ 1</u> พัฒนาการทางหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

<u>ส่วนที่ 2</u> ความหมายของ"นิติกรรมทางปกครอง"ตามแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศส และ

<u>ส่วนที่ 3</u> เหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การที่แบ่งเนื้อหาออกเป็น 3 ส่วนดังกล่าวข้างต้นนั้น ก็เพื่อให้เนื้อหาของภาคหนึ่งสามารถรองรับวัตถุประสงค์สองประการ คือ ในประการแรกเนื้อหาที่จะกล่าวถึง จะต้องเป็นเนื้อหาที่สามารถให้คำตอบหรือสามารถอธิบายปัญหาที่เป็น"ประเด็นหลัก"ของวิทยานิพนธ์ได้ และในประการที่สอง เนื้อหาที่จะกล่าวถึงจะต้องเป็นเนื้อหาที่สามารถเสริมหรือขยายความเข้าใจเกี่ยวกับปัญหาที่เป็นประเด็นหลักของวิทยานิพนธ์ได้ และดังนั้น สำหรับปัญหาที่เป็นประเด็นหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งได้แก่ปัญหาเกี่ยวกับความหมายของนิติกรรมทางปกครองและปัญหาเกี่ยวกับเหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้น ผู้เขียนจึงได้กำหนดเนื้อหาแยกตามปัญหาแต่ละประเด็น โดยกำหนดแยกไว้เป็นส่วนที่ 2 และส่วนที่ 3 และโดยที่ได้คำนึงถึงว่าหลักกฎหมายใด ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตของกฎหมายปกครองย่อมมีส่วนสัมพันธ์โดยตรงกับพัฒนาการของหลักกฎหมายนั้นนั่นเอง ดังนั้น นอกจากจะได้กำหนดเนื้อหาตามปัญหาที่เป็น"ประเด็นหลัก"แล้ว ผู้เขียนจึงได้กำหนดให้มีเนื้อหาอีกส่วนหนึ่งที่เกี่ยวกับพัฒนาการของหลักกฎหมายปกครอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเสริมหรือขยายความเข้าใจในประเด็นปัญหาหลักได้ดียิ่งขึ้น ซึ่งได้กำหนดไว้เป็นส่วนที่ 1

ส่วนที่ 1

พัฒนาการทางหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ในปัจจุบัน ประเทศฝรั่งเศสได้รับการยอมรับว่าเป็นประเทศที่มีหลักกฎหมายปกครองที่พัฒนาอย่างเป็นระบบมากที่สุดประเทศหนึ่ง[1] หลาย ๆ ประเทศในภาคพื้นยุโรปต่างได้นำเอาหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมาใช้ ทั้งที่รับมาเป็นแบบอย่างในการพัฒนาหรือนำมาใช้ในการศึกษาเปรียบเทียบหรือแม้กระทั่งประเทศในระบบกฎหมายแองโกลแซกซอน เช่นอังกฤษเองก็ตาม ในช่วงที่ประสบกับปัญหาที่เกิดสภาพการบริหาร ก็ได้เคยมีการเสนอให้นำเอาแนวทางของประเทศฝรั่งเศสมาใช้ในการปรับปรุงระบบการบริหารเช่นกัน[2]

1. <u>ความเป็นมาเกี่ยวกับพัฒนาการทางหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส</u>

ในสมัยที่ประเทศฝรั่งเศสยังอยู่ภายใต้การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (ก่อนการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789) ได้มีสถาบันที่เรียกว่า"สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ (le Conseil d'Etat du Roi หรือ le conseil du Roi)" มีหน้าที่ถวายคำแนะนำหรือคำปรึกษาต่อกษัตริย์ในด้านบริหารราชการแผ่นดินและในด้านการพิจารณาพิพากษาคดี ต่อมาได้มีองค์กรหนึ่งแยกตัวออกไปจาก"สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์"คือ"ศาลปาร์เลอมองต์(Parlements)"โดยได้รับมอบอำนาจให้พิจารณา

---

[1]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ความเป็นมาและบทบาทของ"พนักงานคดีปกครอง"ในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ของศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรป และของประเทศไทย," <u>วารสารกฎหมายปกครอง</u> 7 (สิงหาคม 2531) : หน้า 302.

[2]จรัญ ภักดีธนากุล, "การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ," เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง "การจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง," เสนอที่คณะกรรมาธิการการปกครอง สภาผู้แทนราษฎร 3-4 กรกฎาคม 2532, หน้า 7. (อัดสำเนา)

พิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนคดีปกครองกษัตริย์ยังคงสงวนอำนาจไว้ให้เป็นอำนาจของ"สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์"ต่อไป[3] แต่ศาลปาร์เลอมองต์ใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อขัดขวางการปฏิบัติงานของข้าราชการของพระมหากษัตริย์ และขัดขวางการปฏิรูปการปกครองต่าง ๆ ของพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ แต่จะกระทบกระเทือนผลประโยชน์ของพวกตน อันเป็นเหตุให้สถานการณ์บ้านเมืองเลวร้ายลงจนเกิดการปฏิวัติขึ้นในที่สุด[4]

ประเทศฝรั่งเศสได้เกิดการปฏิวัติครั้งใหญ่ขึ้นในปี ค.ศ. 1789 การปฏิวัติดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญหลายอย่าง ภายหลังการปฏิวัติได้เกิดเหตุการณ์ที่มีผลสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส 2 เหตุการณ์

เหตุการณ์แรก ได้แก่ การตรารัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 สาระสำคัญของรัฐบัญญัติดังกล่าวนี้ คือ การห้ามไม่ให้ศาลยุติธรรมขัดขวางหรือระงับการบังคับใช้กฎหมาย และห้ามไม่ให้ศาลยุติธรรมก่อกวนการปฏิบัติงานขององค์กรฝ่ายปกครองไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ หรือพิจารณาคดีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถูกฟ้องเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่[5]

เหตุการณ์ที่สอง ได้เกิดขึ้นในสมัยของนโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoléon Bonaparte) ซึ่งได้กระทำรัฐประหารในปี ค.ศ. 1799 และได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1799 ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้จัดตั้งองค์กรซึ่งมีส่วนสำคัญที่สุดของการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ได้แก่ การจัดตั้ง "สภาแห่งรัฐ"

---

[3]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ความเป็นมาและบทบาทของ"พนักงานคดีปกครอง"...," หน้า 306-307.

[4]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "เอกสารทางวิชาการ ประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522," วารสารกฎหมายปกครอง 7 (สิงหาคม 2531): 639.

[5]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 1 (เมษายน 2525): 28.

(Le Conseil d'Etat) ขึ้น นอกจากนั้น นโปเลียนยังได้จัดตั้ง "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด (Conseil de préfecture)" ขึ้นเพื่อให้มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองที่เกิดขึ้นในภูมิภาค และให้คำแนะนำปรึกษาในด้านการบริหารแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดด้วย[6]

รัฐธรรมนูญในขณะนั้นกำหนดให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่ 2 ประการใหญ่ ๆ คือ จัดทำร่างกฎหมายให้แก่หัวหน้าของฝ่ายบริหารกับทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารด้วย และในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารนี้เองที่สภาแห่งรัฐได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครองและเสนอแนะคำวินิจฉัยชี้ขาดให้แก่ประมุขของรัฐ โดยในขณะนั้นสภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองด้วยตนเอง สภาแห่งรัฐเพียงแต่เสนอแนะคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้นต่อประมุขของรัฐ(ซึ่งทำหน้าที่เป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารด้วย)ให้เป็นผู้พิจารณาเอาเองว่าควรจะวินิจฉัยตามที่สภาแห่งรัฐเสนอมาหรือไม่ ระบบนี้เรียกกันว่า"ระบบสงวนอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด(la justice retenue)" แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ประมุขของรัฐจะวินิจฉัยตามที่สภาแห่งรัฐเสนอแนะเสมอมา[7]

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1872 ได้มีการตรารัฐบัญญัติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 มอบให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้ด้วยตนเอง จึงเท่ากับว่าสภาแห่งรัฐได้กลายเป็นสถาบันที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง(หรือที่เรียกกันว่า"ศาลปกครอง") ที่สมบูรณ์แบบตั้งแต่นั้นมา ระบบนี้เรียกกันว่า"ระบบมอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด(la justice déléguée)"[8]

---

[6]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "เอกสารทางวิชาการ ...," หน้า 641.

[7]เรื่องเดียวกัน, หน้า 642.

[8]เรื่องเดียวกัน, หน้า 643.

2. ระบบศาลของฝรั่งเศส

การที่ประเทศฝรั่งเศสมีสภาแห่งรัฐเป็นสถาบันที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองนั้น เท่ากับว่าระบบศาลของฝรั่งเศสมีการแบ่งออกเป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ

(ก) ระบบศาลยุติธรรม (Les juridictions judiciaires) มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง และคดีอาญา

(ข) ระบบศาลปกครอง (Les juridictions administratives) มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

ศาลปกครองและศาลยุติธรรมในประเทศฝรั่งเศสนั้น แยกต่างหากจากกัน โดยศาลในแต่ละระบบก็มีศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดของตนเอง ศาลสูงสุดของระบบศาลยุติธรรมได้แก่ศาลฎีกา(La Cour de Cassation) ส่วนศาลสูงสุดของระบบศาลปกครองได้แก่สภาแห่งรัฐ(Le Conseil d'Etat) โดยเหตุที่ประเทศฝรั่งเศสมีการแยกระบบศาลออกเป็น 2 ระบบเช่นนี้ จึงมีการเรียกระบบศาลของประเทศฝรั่งเศสว่า"ระบบศาลคู่"(dualité de juridictions)[9]

เหตุผลที่ประเทศฝรั่งเศส แยกระบบศาลออกเป็น 2 ระบบดังกล่าว พอสรุปได้ว่า เป็นเพราะประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัดว่าจะต้องแยกอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการออกจากกัน ดังนั้น การให้ศาลยุติธรรมตัดสินคดีฝ่ายบริหารจึงเท่ากับเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งหลักการตีความเช่นนี้เป็นความคิดของประเทศฝรั่งเศสโดยเฉพาะ และเป็นเพราะประเทศฝรั่งเศสไม่มีความไว้วางใจระบบศาลยุติธรรม[10]

---

[9]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ความเป็นมาและบทบาทของ"พนักงานคดีปกครอง"...," หน้า 306.

[10]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศส," หน้า 27-28.

การที่ประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งแยกระบบศาลออกเป็น 2 ระบบดังกล่าวนั้น ย่อมทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับ"เขตอำนาจศาล" โดยมีปัญหาว่าคดีอย่างใดเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมและคดีอย่างใดจึงเป็นอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้น ในปี 1872 จึงได้มีการจัดตั้ง"ศาลชี้ขาดเขตอำนาจ(Le Tribunal des Conflits)" ขึ้น[11] เพื่อเป็นผู้ชี้ขาดว่าคดีอย่างใดอยู่ในอำนาจของศาลใด

ภายหลังจากปี 1872 ซึ่งสภาแห่งรัฐมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้เองแล้ว โดยสภาแห่งรัฐมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเป็นการทั่วไป ได้มีคดีต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ทำให้สภาแห่งรัฐมีภาระเพิ่มมากขึ้นไปด้วย ดังนั้น จึงได้มีการปฏิรูประบบศาลปกครองโดยการให้มีศาลปกครองชั้นต้น(Tribunaux administratifs)

ศาลปกครองชั้นต้น(Tribunaux administratifs) นั้น ความจริงก็ได้แก่ "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด"ในสมัยนโปเลียนนั้นเอง แต่ได้เปลี่ยนชื่อมาเป็น "Tribunaux administratif" โดยการปฏิรูประบบศาลปกครองใน ค.ศ. 1953 ด้วยการกำหนดให้สภาแห่งรัฐ ซึ่งเดิมมีเขตอำนาจพิจารณาคดีปกครองโดยทั่วไป เปลี่ยนมาเป็นศาลสูงสำหรับคดีปกครองส่วนใหญ่ โดยมี"Tribunaux administratif" ทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นพิจารณาคดีปกครองโดยทั่วไปแทนสภาแห่งรัฐ[12]

นอกจาก"ศาลปกครองชั้นต้น" ซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองเป็นการทั่วไปแล้ว ยังมีศาลปกครองที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองเฉพาะด้าน(juridictions administratives spécialisées) อีกเป็นจำนวนมาก ซึ่งคำวินิจฉัยเป็นที่สุดในปัญหาข้อเท็จจริง แต่คำวินิจฉัยอาจถูกอุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐได้ในปัญหาข้อกฎหมาย เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดิน ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง เป็นต้น

---

[11]โภคิน พลกุล, <u>เอกสารคำบรรยายวิชา น.7412 ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 คดีปกครองในฝรั่งเศส</u> (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 14.

[12]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ความเป็นมาและบทบาทของ"พนักงานคดีปกครอง"...," หน้า 313.

นอกจากนั้น ในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสได้มีการจัดตั้ง"ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์" (des cours administratives d' appel) ขึ้นโดยกฎหมายลงวันที่ 31 ธันวาคม 1987 ทั้งนี้ เพื่อแบ่งเบาภาระของสภาแห่งรัฐซึ่งยังคงมีฐานะเป็นศาลสูงสุดของระบบศาลปกครองอยู่ตามเดิม[13]

นักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสมีความเห็นตรงกันว่าการที่ประเทศฝรั่งเศสยังคงใช้ระบบการแบ่งแยกอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีดังกล่าวอยู่จนถึงทุกวันนี้ เป็นเพราะว่าระบบนี้ได้รับการพิสูจน์ให้เห็นแล้วว่า เป็นระบบที่เหมาะสมกับการปกครองของฝรั่งเศสมากที่สุด และเห็นพ้องกันว่าการที่ประเทศฝรั่งเศสสามารถพัฒนาแนวความคิดดั้งเดิมที่จะต้องแยกสาขากฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนให้เป็นรูปธรรมขึ้นมา จนมีระบบกฎหมายปกครองเป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายเอกชนได้นั้น เป็นเพราะประเทศฝรั่งเศสมีระบบศาลปกครองที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองโดยเฉพาะ[14]

3. <u>หลักกฎหมายปกครอง</u>

ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส นอกจากจะมีหลักกฎหมายเอกชน (หรือหลักกฎหมายธรรมดา) เช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกลแซกซอนแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยังมีหลักกฎหมายพิเศษ ซึ่งหมายถึงหลักกฎหมายที่แตกต่างในสาระสำคัญกับกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ โดยประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่าระบบ

---

[13]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส," เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร"สัญญาทางปกครอง" บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กันยายน 2531, หน้า 5. (อัดสำเนา)

[14]เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-6.

I 10310721

กฎหมายที่ใช้บังคับกับฝ่ายปกครอง กิจกรรมของฝ่ายปกครองและความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย จะต้องเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างหรือเป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งใช้บังคับกับเอกชนและความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน[15] ด้วยลักษณะเช่นนี้ จึงกล่าวได้ว่าประเทศฝรั่งเศสมีระบบกฎหมายปกครองเป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายเอกชน หรือที่ในภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า"le droit administratif autonome"[16]

หลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเป็นหลักที่ศาลสร้างขึ้น โดยเฉพาะสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุดได้สร้างหลักกฎหมายปกครองขึ้นเป็นพิเศษต่างจากกฎหมายเอกชน[17]

หลักกฎหมายปกครองที่สำคัญซึ่งเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครอง เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หลักความรับผิดของฝ่ายปกครอง หลักสัญญาทางปกครอง และหลักว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง เป็นต้น[18]

---

[15]เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

[16]อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาส, <u>กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ</u>, พิมพ์ครั้งที่ 5. (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษา มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2529), หน้า 2.

[17]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน," <u>วารสารกฎหมายปกครอง</u> 4 (ธันวาคม 2528): 564.

[18]อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาส, <u>กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ</u>, หน้า 54-55.

ส่วนที่ 2

ความหมายของ "นิติกรรมทางปกครอง" ตามแนวความคิดของฝรั่งเศส

บทที่ 1

ข้อเสนอให้ใช้คำว่า "นิติกรรม"(ทางปกครอง) ในการแปลคำว่า"acte administratif"

ก่อนที่จะได้ศึกษาถึงเรื่องแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสเกี่ยวกับความหมายของ "acte administratif" ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้ใช้คำแปลภาษาไทยว่า "นิติกรรมทางปกครอง"กันต่อไปนั้น ในเบื้องต้นซึ่งเป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่งนี้ จึงใคร่ขอเริ่มต้นด้วยการกล่าวถึงคำแปลของ "acte administratif"ในภาษาไทยเสียก่อนว่า การใช้คำว่า "นิติกรรม"(ทางปกครอง) ในการแปล "acte administratif" นั้น จะเป็นการแปลที่สื่อถึงความหมายของคำคำนี้ได้อย่างถูกต้องหรือไม่ เพียงใด

อันที่จริง คำว่า"นิติกรรม"นั้นเป็นถ้อยคำที่นักนิติศาสตร์ของไทยโดยทั่ว ๆ ไปมี"ความคุ้นเคย"เป็นอย่างดี เพราะนับแต่ได้มีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว คำ ๆ นี้ก็ได้นำมาใช้ในการเรียนการสอนและใช้ในตำราคำอธิบายกฎหมายแพ่งกันมาโดยตลอด ความคุ้นเคยเป็นอย่างดีเช่นนี้ จึงอาจทำให้คาดหมายได้ว่า หากจะกล่าวถึงคำ ๆ นี้ในขอบเขตของกฎหมายสาขาอื่นเช่นกฎหมายมหาชนแล้ว นักนิติศาสตร์ของไทยก็จะสามารถเข้าใจได้เช่นกัน อย่างไรก็ดี กรณีมิได้เป็นเช่นนั้น เพราะเมื่อมีการกล่าวถึงคำว่า "acte administratif"นั้น ในระยะต้น ๆ นักนิติศาสตร์ของไทยหลายท่านได้แปลคำดังกล่าวว่า "การกระทำทางปกครอง" เช่น ดร.หยุด แสงอุทัย[1] ดร.ประยูร กาญจนกุล[2] และ

---

[1]หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 37.

[2]ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 22-23.

ดร.อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาส[3] เป็นต้น

จนกระทั่งเมื่อประมาณปี พ.ศ. 2527 นักนิติศาสตร์ของไทยอีกท่านหนึ่ง คือ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้เสนอ"ความคิดใหม่"ในการแปลคำดังกล่าว โดยเห็นว่า การแปลว่า "การกระทำทางปกครอง" ทำให้นักกฎหมายไทยเกิดความสับสน และเป็นเหตุให้ไม่สามารถนำหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์มาใช้โดยมีแนวทางที่เหมาะสมได้ ซึ่งอันที่จริงแล้วควรจะแปลว่า "นิติกรรมทางปกครอง" โดยทำการแปลในลักษณะเดียวกันกับการแปลคำว่า "juristic act" หรือ "acte juridique" ในทางกฎหมายแพ่งว่า "นิติกรรม" (ไม่ใช่แปลว่า "การกระทำ")[4] โดยความคิดใหม่ดังกล่าวได้ถูกเสนอไว้ในการทำข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องร้องทุกข์ และภายหลังจากที่ได้มีการเสนอความคิดใหม่ในการแปลถ้อยคำดังกล่าว(โดยแปลว่า "นิติกรรมทางปกครอง")แล้ว จึงได้ปรากฏในเวลาต่อมาว่า นักนิติศาสตร์ของไทยหลายท่านได้เริ่มแปลคำดังกล่าวว่า "นิติกรรมทางปกครอง"กันมากขึ้น เช่น ดร.พูนศักดิ์ ไวสำรวจ[5] ดร.มนตรี รูปสุวรรณ[6] ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ[7] เป็นต้น

---

[3]อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาส, "คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย," นิติศาสตร์ 12 (มกราคม 2524) : 93.

[4]สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "หนังสือ ที่ นร 0501/ร.1757 เรื่อง แจ้งผลการวินิจฉัยร้องทุกข์(กรณีเรื่องร้องทุกข์ของนายสมนึก เรืองพริ้ม)," 30 พฤศจิกายน 2527.

[5]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 4 (สิงหาคม 2528) : 273-274.

[6]มนตรี รูปสุวรรณ,"หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย," วารสารกฎหมายปกครอง 6 (ธันวาคม 2530) : 573-587.

[7]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ,"วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง 7 (ธันวาคม 2531): 641-685.

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาตำราหรือคำอธิบายว่าด้วยนิติกรรมทางแพ่งซึ่งแต่งโดยนักนิติศาสตร์ของไทยแล้ว อาจมีข้อสะดุดใจอยู่บ้าง ทั้งนี้ ก็ด้วยเหตุที่ผู้แต่งบางท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้เช่นกัน โดยเห็นว่า หากเป็นการกระทำในทางปกครอง ถึงแม้ทำให้เกิดผลในกฎหมายมีการเคลื่อนไหวในสิทธิของบุคคล ก็ไม่ใช่นิติกรรม[8] หรือเห็นว่า นิติกรรมเป็นเรื่องที่ทำให้เกิดผลในกฎหมายเอกชน ฉะนั้น การแสดงเจตนาในระหว่างประเทศต่อประเทศ การแสดงเจตนาของรัฐต่อพลเมือง เหล่านี้ถ้ายังจะเรียกว่าเป็นการแสดงเจตนา ก็เป็นเรื่องที่เกิดผลขึ้นในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายมหาชน หาใช่นิติกรรมไม่[9]

ปัญหาจึงมีอยู่ว่า การแปลคำว่า "acte administratif" นี้ควรแปลว่า "การกระทำทางปกครอง" หรือควรแปลว่า "นิติกรรมทางปกครอง" หรือควรใช้คำอื่นใด

ในปัญหานี้ เห็นว่า วิธีการหาคำตอบที่ง่ายและตรงไปตรงมาน่าจะได้แก่การพิจารณาสิ่งที่นักนิติศาสตร์ของไทยโดยทั่วไปมีความคุ้นเคยเป็นอย่างดีแล้ว นั่นก็คือ"นิติกรรม"(ในทางแพ่ง) ว่า ลักษณะที่แท้จริงของ"นิติกรรม"มีอย่างไร

โดยทั่ว ๆ ไป ในการอธิบายถึงคำว่า"นิติกรรม"(ทางแพ่ง) ว่ามีความหมายและมีองค์ประกอบอย่างไรบ้าง นั้น ผู้แต่งตำราบางท่านจะเริ่มต้นจากการอธิบายถึง"เหตุการณ์ในกฎหมาย"หรือที่เรียกว่า"นิติเหตุ"(หรือในตำราของ

---

[8]พวงผกา บุญโสภาคย์ และประสาน บุญโสภาคย์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า 47.

[9]ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 2. (พระนคร : อักษรสาสน์, 2509), หน้า 22.

บางท่านเรียกว่าการกระทำที่กฎหมายเอาใจใส่)[10] ทั้งนี้ ก็ด้วยวัตถุประสงค์ที่จะแยกให้เห็นเป็นเบื้องต้นถึงความแตกต่างไปจาก"เหตุการณ์ธรรมดา" ซึ่งไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด[11] จากนั้น(ซึ่งบางท่านก็เริ่มอธิบายจากจุดนี้)ก็จะอธิบายต่อไปว่าเหตุการณ์ในกฎหมายยังสามารถแยกออกได้เป็นเหตุการณ์ในกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคล และที่เกิดขึ้นโดยเหตุการณ์ตามธรรมชาติ[12] และในที่สุดจึงจะอธิบายถึงเหตุการณ์ในกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลว่าสามารถแยกได้เป็นกี่ประเภท โดยผู้แต่งตำราแต่ละท่านอาจจำแนกประเภทแตกต่างกันไปบ้าง อย่างไรก็ดี ไม่ว่าตำราเล่มต่าง ๆ จะเริ่มต้นอธิบายจากจุดใด หรือจะแบ่งแยกประเภทของการกระทำไว้แตกต่างกันอย่างไร การอธิบายในตำราเล่มต่าง ๆ ก็ได้ดำเนินไปเพื่อชี้ให้เห็นภาพของ"นิติกรรม"ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์ในกฎหมายที่เกิดโดยการกระทำของบุคคล ว่า อยู่ในวงเขตและแยกแตกต่างจากเหตุการณ์อื่น ๆ อย่างไร ซึ่งทำให้มองเห็นลักษณะอันแท้จริงของนิติกรรมเด่นชัดขึ้น[13]

"เหตุในกฎหมาย" หรือ "นิติเหตุ" หมายความถึงบรรดาเหตุทั้งหลายที่ทำให้เกิดผลเป็นความเคลื่อนไหวในสิทธิตามกฎหมายทำให้สิทธินั้นเกิดขึ้น เปลี่ยนแปลงโอนหรือระงับสิ้นไป[14] เป็นเหตุการณ์ซึ่งกฎหมายยอมรับรองว่ามีผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันระหว่างบุคคล[15] ด้วยเหตุนี้ นิติเหตุจึงต่างกับ

---

[10]หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 19.

[11]ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2507) (กรุงเทพมหานคร : มงคลการพิมพ์, 2508), หน้า 3.

[12]เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-9

[13]เรื่องเดียวกัน, หน้า 2

[14]ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 6.

[15]ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2524), หน้า 3.

เหตุธรรมดา เพราะเหตุธรรมดาไม่ทำให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิตามกฎหมายอย่างใดขึ้นได้ เหตุธรรมดาเป็นแต่ทำให้เกิดความเคลื่อนไหวในสังขารแห่งธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นความเคลื่อนไหวของมนุษย์ เช่น การเดิน นั่ง กิน นอน หรือจะเป็นความเคลื่อนไหวของสังขารอย่างอื่น เช่น ฟ้าผ่า แผ่นดินไหว แดดออก ฝนตก นกร้อง[16] เท่านั้น และอาจแยกออกได้จากเหตุการณ์ธรรมดาซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้วก็มิได้ทำให้สิทธิมีอาการเคลื่อนไหวอย่างใด[17]

นิติเหตุอาจเกิดขึ้นได้สองประการ ประการแรกคือ เหตุที่เกิดขึ้นโดยทางธรรมชาติ หรืออาจเรียกว่านิติเหตุชนิดที่ไม่อาศัยความเกี่ยวข้องของบุคคล[18] ซึ่งโดยปกติไม่ขึ้นต่อการกระทำของบุคคล[19] เช่น การเกิด การตาย การงอกของที่ดิน ที่งอกริมตลิ่ง เหตุทั้งหลายเหล่านี้ ล้วนแต่เป็นเหตุที่เกิดขึ้นเป็นไปตามอำนาจของธรรมชาติปราศจากการกระทำเกี่ยวข้องของคน แต่กฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลเกี่ยวข้องในการเกิดเปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับซึ่งสิทธิในกฎหมาย จึงนับว่าเป็นนิติเหตุ[20] กับประการที่สองคือนิติเหตุที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลหรือบางท่านเรียกว่านิติเหตุที่อาศัยความเกี่ยวข้องของคน[21] การกระทำของบุคคลไม่ได้หมายถึงการเคลื่อนไหวร่างกายเท่านั้น แต่หมายความถึงการงดเว้นไม่กระทำด้วย[22] และจะถือว่าเป็นการกระทำตามความ

---

[16]ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่านิติกรรมและหนี้, หน้า 6.

[17]ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาฯ, หน้า 3.

[18]ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 6.

[19]หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 17.

[20]ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 7

[21]เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

[22]หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 18.

หมายที่ใช้ในที่นี้ได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำมีเจตนาและทำให้เจตนานี้ปรากฏออกมาในรูปของการแสดงออกมาภายนอก ฉะนั้น การที่บุคคลกระทำในขณะที่ไม่รู้สำนึกหรือกระทำโดยมีบุคคลอื่นใช้กำลังอย่างเด็ดขาด (vis absoluta) ให้กระทำย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำของผู้นั้น[23]

สำหรับการอธิบายถึงนิติเหตุที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคล นั้น ตำราบางเล่มแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[24] หรือบางตำราก็แบ่งออกเป็นการกระทำโดยปราศจากเจตนามุ่งผลในกฎหมายและการกระทำโดยเจตนามุ่งผลในกฎหมาย[25] บางเล่มแบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ นิติกรรม การกระทำในทางกฎหมายที่มีความหมายอย่างแคบ การกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย และการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน[26] แต่ไม่ว่าตำราเล่มต่าง ๆ จะแบ่งแยกนิติเหตุที่เกิดจากการกระทำของบุคคลออกเป็นกี่ประเภท และแตกต่างกันอย่างไร ตำราส่วนใหญ่ก็ได้แยก"นิติกรรม"ออกจากเหตุการณ์อื่น ๆ โดยเห็นพ้องต้องกันว่า นิติกรรมเป็นนิติเหตุที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลโดยมี"เจตนามุ่งผลในกฎหมาย" หรือมีเจตนาที่จะให้ผลในทางกฎหมายเกิดขึ้น นิติกรรมจึงต่างจากนิติเหตุอย่างอื่นที่อาศัยเจตนาของบุคคลมุ่งผลในกฎหมายเป็นปัจจัย[27]

---

[23] เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

[24] ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 5-8; อักขราทร จุฬารัตน, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม, (กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการข้าราชการ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2520), หน้า 5.

[25] ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 7.

[26] หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 19-20.

[27] ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 8.

คำว่า "นิติกรรม" มีความหมายอย่างไรนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดบทนิยามไว้ในมาตรา 112 ว่า "อันว่านิติกรรมนั้น ได้แก่ การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ" อย่างไรก็ดี บทนิยามตามมาตรา 112 นี้ ผู้แต่งตำราส่วนใหญ่เห็นว่าไม่ทำให้เข้าใจคำว่านิติกรรมได้ชัดเจน[28] คงมีบางท่านเห็นว่าแม้จะบัญญัติไว้ค่อนข้างยาวก็ชัดแจ้งปราศจากปัญหา[29] ดังนั้น ในการอธิบายความหมายของนิติกรรมซึ่งอธิบายโดยวิธีการแยกองค์ประกอบหรือลักษณะของนิติกรรมออกเป็นข้อ ๆ นั้น จึงมีการอธิบายกันใน 2 วิธี คือ วิธีการอธิบายโดยแยกองค์ประกอบของนิติกรรมตามที่มาตรา 112 บัญญัติไว้ และวิธีการอธิบายโดยแยกองค์ประกอบของนิติกรรมในทางตำรา

ก. <u>องค์ประกอบของนิติกรรมตามบทบัญญัติมาตรา 112</u>

ความหมายของ"นิติกรรม"ตามบทบัญญัติมาตรา 112 อาจแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

(1) ต้องเป็นการกระทำซึ่งหมายถึงต้องมีการแสดงเจตนา

(2) ต้องเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

(3) ต้องเป็นการกระทำด้วยใจสมัคร

(4) ต้องเป็นการกระทำที่มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์

(5) ต้องเป็นการกระทำที่มุ่งต่อการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

(6) ต้องเป็นการกระทำเพื่อก่อความเคลื่อนไหวในสิทธิ

---

[28]ประกอบ หุตะสิงห์, <u>กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา</u>, หน้า 11; หยุด แสงอุทัย, <u>กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง</u>, หน้า 35; เสริม วินิจฉัยกุล, <u>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้</u> (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 4.

[29]ศักดิ์ สนองชาติ, <u>คำอธิบาย ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา</u>, หน้า ๒.

ข. องค์ประกอบในทางตำรา

ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ในตำรากฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่งเอาไว้ว่า องค์ประกอบในทางตำราของนิติกรรม มีดังนี้[30]

(1) ต้องแสดงเจตนาในฐานเอกชน

(2) ต้องมีเจตนากระทำการ

(3) ต้องมีเจตนาแสดงออก

(4) ข้อความของการแสดงเจตนานั้นต้องเจาะจงแน่นอน

(5) ถ้าเพื่อความสมบูรณ์แห่งนิติกรรม จะต้องเข้าองค์ประกอบอย่างอื่นด้วยก็ต้องเข้าองค์ประกอบนั้น ๆ ด้วย

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของ"นิติกรรม"ทั้งที่ได้อธิบายโดยแยกองค์ประกอบตามมาตรา 112 และโดยแยกองค์ประกอบในทางตำราแล้ว จะเห็นได้ว่า องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของ"นิติกรรม"ได้แก่ การแสดงเจตนาโดยมุ่งผลในกฎหมาย ซึ่งองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญดังกล่าวนี้ก็ตรงกับลักษณะของนิติกรรมที่ต่างไปจากการกระทำอื่น ๆ ดังที่อธิบายกันไว้ในตำราต่าง ๆ ซึ่งกล่าวมาแล้วข้างต้นนั่นเอง ดังนั้น จึงพอสรุปได้ว่า องค์ประกอบหรือลักษณะที่สำคัญของ"นิติกรรม"ก็คือ การแสดงเจตนาโดยมุ่งผลในกฎหมาย อนึ่ง สำหรับองค์ประกอบที่ว่าจะต้องแสดงเจตนาในฐาน"เอกชน" ซึ่งเป็นการแยกองค์ประกอบในทางตำรา นั้น ก็น่าจะเนื่องมาจากเป็นการอธิบายบนพื้นฐานของกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง"เอกชน"ต่อ"เอกชน"ด้วยกัน และหาได้ทำให้องค์ประกอบที่เป็นสาระที่แท้จริงของ"นิติกรรม" (เจตนามุ่งผลในกฎหมาย)ต้องเปลี่ยนแปลงหรือแตกต่างออกไปแต่อย่างใดไม่

สำหรับ"acte administratif" ในทางกฎหมายปกครอง นั้น ในเบื้องต้นจะเห็นได้ว่า ในทางกฎหมายปกครองได้แบ่งการกระทำของฝ่ายปกครองออกเป็นประเภทต่าง ๆ เช่นกัน โดยแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ การกระทำที่เป็นนิติกรรม (acte juridique) และการกระทำทางปฏิบัติ (acte

---

[30] หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 37-38.

matériel)[31] การแบ่งการกระทำทั้งสองประเภทดังกล่าวนี้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำที่มุ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหรือไม่เป็นสำคัญ กล่าวคือ หากเป็นการมุ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแล้วก็ถือเป็น acte juridique แต่หากไม่ได้มุ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายก็ถือเป็น acte matériel และ acte administratif ถูกจัดให้อยู่ในประเภท acte juridique ดังนั้น การกระทำที่เป็น acte administratif จึงต้องมีลักษณะเป็น"การมุ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย"

เมื่อคำนึงถึงว่า สิ่งที่นักนิติศาสตร์ของไทยคุ้นเคยเป็นอย่างดีซึ่งได้แก่ "นิติกรรม(ทางแพ่ง)" และสิ่งที่นักนิติศาสตร์ของไทยอาจจะยังไม่คุ้นเคยซึ่งได้แก่ "acte administratif" นั้น ต่างก็มีองค์ประกอบหรือลักษณะสำคัญที่ว่า "จะต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยมุ่งผลในกฎหมาย"เหมือนกัน ฉะนั้น การนำเอาคำว่า"นิติกรรม"มาใช้ในการแปลคำว่า"acte administratif" โดยการแปลเป็นคำในภาษาไทยว่า"นิติกรรมทางปกครอง" นั้น จึงเป็นการแปลที่ช่วยสื่อความหมายของ"acte administratif"ได้อย่างเหมาะสมและเข้าใจได้ดีกว่าการแปลว่า"การกระทำทางปกครอง" ข้อขัดข้องที่หากจะมีผู้ที่เห็นว่าไม่สามารถใช้คำว่า"นิติกรรม"ได้นั้น ก็เป็นเพียงเรื่อง"ความคุ้นเคย"เท่านั้น ซึ่งการอ้างเอา"ความคุ้นเคย"มาเป็นเหตุผลในกรณีเช่นนี้ น่าจะเป็นการอ้างเหตุผลที่มีน้ำหนักน้อย นอกจากนั้น หากพิจารณาถึงการใช้คำว่า "นิติกรรม" ในทางกฎหมายแพ่งแล้ว จะเห็นได้ว่า แต่เดิมก่อนการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ยังไม่มีคำว่า"นิติกรรม" และไม่เคยมีการใช้กันมาก่อน "นิติกรรม" เป็นศัพท์ใหม่ซึ่งเพิ่งมารู้จักกันในประมวลกฎหมาย แปลโดยศัพท์หมายความถึงการกระทำใน

---

[31]โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร"หลักกฎหมายปกครอง" : "วิธีสบัญญัติ" บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สิงหาคม 2530, หน้า 36. (อัดสำเนา)

กฎหมาย[32] เมื่อมีประมวลกฎหมายแล้ว การกระทำในทางกฎหมายจึงได้มีการเรียกเป็นศัพท์ว่า "นิติกรรม" ฉะนั้น ในทางกฎหมายปกครอง ซึ่งมีการกระทำในกฎหมายเช่นกันคือการกระทำที่เรียกว่า "acte administratif" เมื่อได้มีการใช้ศัพท์ว่า "นิติกรรม" ในทางกฎหมายแพ่งแทนคำว่า"การกระทำในกฎหมาย"แล้ว ก็ไม่สมควรที่จะเป็นการผูกมัดมิให้นำเอาศัพท์ดังกล่าวมาใช้ในทางกฎหมายปกครองได้ด้วย

ทางด้านคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสในเรื่องนี้ ได้อธิบายปัญหานี้ไว้อย่างชัดเจน โดยอธิบายเอาไว้ว่า แต่เดิมนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมายแพ่งหรือนักกฎหมายปกครองต่างก็สอนและอธิบายกันมาโดยตลอดว่า "acte" นั้น แบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ "acte juridique" กับ"acte matériel" คำว่า "acte juridique" นั้น นักกฎหมายแพ่งชั้นนำรุ่นเก่าดังเช่น Planiol Ripert และ Boulanger ได้ให้คำอธิบายไว้ในตำรากฎหมายแพ่งของตนว่า หมายถึง "การกระทำที่ได้ทำลงไปโดยมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายปกครองหนึ่งหรือหลายประการ(les actes accomplis pour réaliser un ou plusieurs effets de droit)" ส่วนนักกฎหมายปกครองชั้นนำรุ่นเก่าดังเช่น Duguit ได้ให้คำอธิบายของคำ ๆ เดียวกันนี้ไว้ว่าหมายถึง "การกระทำที่ได้ทำลงไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมาย (les actes qui sont faits en vue provoquer une modification dans l' ordonnancement juridique)"[33] ความหมายของ "acte juridique"ทั้งตามความเห็นของนักกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสหรือนักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงมีความหมายตรงกับคำว่า "นิติกรรม" ตามมาตรา 112 ป.พ.พ.

---

[32]ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 15.

[33]Charles Eisenmann, Cours de droit administratif (Paris : L.G.D.J., 1983), 2 : 187-188.

ของไทย[34] นั่นเอง ส่วน "acte matériel"นั้น มิได้มีการให้คำนิยามไว้ หรือจะมีก็เพียงการอธิบายโดยอ้อมในเชิงยกตัวอย่างเท่านั้น

สำหรับคำว่า "acte administratifs" นั้น คำอธิบายของนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสอธิบายเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ที่จริงแล้วเป็นคำที่ย่อมาจากคำเต็มที่ว่า "actes juridiques administratifs" หรือ "actes juridiques du droit administratif (นิติกรรมตามกฎหมายปกครอง)"[35] นั่นเอง และที่จริงแล้วนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย(acte individuel) ซึ่งเป็นนิติกรรมที่บทบาทมากในกฎหมายปกครองก็มีรากฐานมาจากนิติกรรมทางแพ่ง เพราะรากฐานของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับนิติกรรมทางแพ่ง ซึ่งเป็นสถาบันที่มีลักษณะมั่นคงและความหมายเป็นที่รู้จักกันดีแล้วในกฎหมายเอกชน เพียงแต่ได้มีวิวัฒนาการจนเกิดระบบที่แตกต่างออกไป[36]

โดยสรุป จากการเปรียบเทียบองค์ประกอบหรือลักษณะของนิติกรรมทางแพ่งตามสิ่งที่นักกฎหมายของไทยมี"ความคุ้นเคย"ก็ดี จากคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสก็ดี ทำให้ได้คำตอบว่าการแปลคำว่า "actes administratifs" ว่า "นิติกรรมทางปกครอง"นั้น เป็นการแปลที่สื่อความหมายของคำดังกล่าวได้มากกว่าการแปลว่า "การกระทำทางปกครอง"

---

[34]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส," เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร"สัญญาทางปกครอง" บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กันยายน 2531, หน้า 9. (อัดสำเนา)

[35]Charles Eisenmann, Cours de droit administratif, p. 338.

[36]Michel Stassinopoulos, Traité des actes administratifs (Athènes : Collection de l'institut français d' Athènes, 1954) pp.31-32.

บทที่ 2

การกระทำของฝ่ายปกครอง

1. สภาพการณ์ทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง

โดยทั่วไป หากจะตั้งคำถามว่า ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใด บ้างแล้ว การให้คำตอบคงกระทำได้โดยไม่ง่ายนัก (หรือหากจะให้คำตอบโดยง่าย ก็อาจเป็นเพียงคำตอบอย่างกว้าง ๆ) ทั้งนี้ เนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครองมีภาระกิจซึ่งผูกพันอยู่กับการบริการสาธารณะที่มีอยู่อย่างกว้างขวางมากมายในสังคม ดังนั้น ภาระกิจของฝ่ายปกครองจึงมีขอบเขตที่กว้างขวางตามไปด้วย นับตั้งแต่การออกกฎหมายลำดับรอง การออกคำสั่งอนุญาต การให้สัมปทาน การสร้างถนน การเก็บขยะ ฯลฯ นอกจากนี้ ภาระกิจของฝ่ายปกครองยังผูกพันอยู่กับเรื่องอื่น ๆ เช่น การบังคับบัญชาภายใน หรือการกำหนดกฎเกณฑ์หรือมาตรการภายในต่าง ๆ ฯลฯ เหล่านี้ เป็นต้น ดังนั้น ในเบื้องต้นจึงพอมองเห็นได้ว่า สภาพการณ์ทั่วไปของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปอย่างกว้างขวางและหลากหลาย

อย่างไรก็ดี วิธีการทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองใช้ในการกระทำเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของหน้าที่ในทางปกครองต่าง ๆ คงเป็นเช่นเดียวกันกับวิธีการในกิจกรรมอื่น ๆ ของมนุษย์เรา คือประกอบไปด้วยการสั่งการหรือการตัดสินใจ (décision) และการปฏิบัติการ (opération)[1] ดังนั้น ท่ามกลางสภาพการณ์ทั่วไปของการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นไปอย่างกว้างขวางนี้ อาจจำแนกการกระทำของฝ่ายปกครองออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

---

[1] พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 4 (สิงหาคม 2528) : 273.

การกระทำในทางกฎหมายหรือ"นิติกรรม"(acte juridique) และการกระทำในทางปฏิบัติ(acte matériel)[2]

1.1 การกระทำในทางกฎหมายหรือ"นิติกรรม" (acte juridique)

การกระทำในทางกฎหมายหรือ"นิติกรรม"ในที่นี้มีความหมายเช่นเดียวกับความหมายที่อธิบายในทางแพ่ง เพียงแต่ในที่นี้พิจารณาถึงตัวผู้กระทำซึ่งแตกต่างไปจากผู้กระทำในกฎหมายแพ่ง เพราะผู้กระทำจะได้แก่ฝ่ายปกครองมิใช่เอกชนคนหนึ่งคนใด กรณีเป็นการยอมรับในเบื้องต้นว่า ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการในลักษณะที่เป็นการกระทำในทางกฎหมายได้เช่นกัน

การกระทำในทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง ศัพท์ทางภาษาฝรั่งเศสใช้ว่า"actes juridiques de l' Administration" หรือบางทีเรียกย่อ ๆ ว่า"actes de l' Administration"[3] หมายถึงการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งมุ่งโดยตรงให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือการเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายในขณะใดขณะหนึ่ง เช่น คำสั่งไล่ข้าราชการออกจากราชการเป็นต้น[4] หรือหมายถึงการแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทาง

---

[2]โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร"หลักกฎหมายปกครอง:วิธีสบัญญัติ" บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สิงหาคม 2530, หน้า 36. (อัดสำเนา)

[3]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส," เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร"สัญญาทางปกครอง" บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กันยายน 2531, หน้า 20. (อัดสำเนา)

[4]อิสระ นิติทัณฑ์ประภาส, "คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการเรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย," นิติศาสตร์ 12 (มกราคม 2524):93.

ปกครองเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์ทางกฎหมาย (ordonnancement juridique)[5]

1.2 การกระทำในทางปฏิบัติ (acte matériel)

การกระทำประเภทนี้ นักนิติศาสตร์ของไทยได้เรียกแตกต่างกัน บางท่านเรียกว่า "การกระทำในทางปฏิบัติการ"[6] บางท่านเรียกว่า "การกระทำซึ่งเป็นรูปธรรม"[7] บางท่านเรียกว่า "ปฏิบัติการทางปกครอง"[8] หรือบางท่านยังคงใช้คำภาษาฝรั่งเศส (acte materiel)[9] เป็นต้น แต่ในทางความหมายแล้ว แม้จะมิได้มีการให้ความหมายไว้อย่างชัดเจน ก็คงมุ่งหมายเป็นอย่างเดียวกันว่า ประสงค์ที่จะแยกการกระทำประเภทนี้ออกจาก "การกระทำในทางกฎหมาย" โดยพิจารณาว่าการกระทำในทางปฏิบัติการ มิได้มุ่งโดยตรงให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสภาพการณ์ทางกฎหมายแต่อย่างใด

---

[5]พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 273.

[6]โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," หน้า 36.

[7]อิสระ นิติทัณฑ์ประภาส, คำอภิปรายฯ เรื่องปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย," หน้า 92.

[8]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," ในรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, ผศ.สมยศ เชื้อไทย, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: พี.เค.พริ้นติ้งเอ้าส์, 2531), หน้า 196.

[9]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฯ," หน้า 8.

การกระทำในทางปฏิบัติการ มีความสำคัญมากในทางปฏิบัติ เพียงแต่ในแง่บทบาททางกฎหมายแล้ว จะไม่ค่อยมีความสำคัญเท่าใดนัก[10] หรือมีเพียงความสำคัญเป็นลำดับรอง[11] อย่างไรก็ดี การกระทำในทางปฏิบัติการก็อาจเป็นการกระทำที่มีผลในทางกฎหมายได้ จึงจัดว่าเป็นเหตุการณ์ในทางกฎหมายทำนองเดียวกับการพิจารณาประเภทของการกระทำในทางแพ่ง และอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้[12] แต่โดยที่มิได้มีลักษณะมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย ดังนั้น การเยียวยาเมื่อการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นเรื่องความรับผิด เพราะเมื่อการกระทำดังกล่าวก่อให้ความเสียหาย ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบ(responsabilité) ข้อแตกต่างคงมีเพียงลักษณะของเจตนาในการมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมาย ดังที่กล่าวแล้วข้างต้น

ฝ่ายปกครองใช้การปฏิบัติการได้หลายวิธีและหลายรูปแบบ แต่โดยทั่ว ๆ ไปแล้วการกระทำทางปฏิบัติการจะผูกพันกับการสั่งการตามกฎหมาย หรือคำสั่งในรูปใดรูปหนึ่งเช่น การให้คำปรึกษา (consultation) ก่อนที่จะมีคำสั่งหรือการปฏิบัติการภายหลังออกคำสั่ง[13] เป็นต้น

2. นิติกรรมของฝ่ายปกครอง (Acte juridique de l' Administration)

แนวความคิดอันเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ในยุคต้น

---

[10] กมลชัย รัตนสกาววงษ์, "องค์ประกอบของ"นิติกรรมทางปกครอง" ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน," นิติศาสตร์ 17 (กันยายน 2530) : 35.

[11] พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 273.

[12] โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง", หน้า 37.

[13] พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 273.

ของการพัฒนาระบบกฎหมายปกครอง คือในช่วงศตวรรษที่ 19 นั้น ได้แก่แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชน (la puissance publique) โดยแนวความคิดดังกล่าวนี้มีสาระอยู่ว่า รัฐคือผู้ทรงไว้ซึ่งความเป็นใหญ่เหนือเอกชน ด้วยเหตุนี้ ในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ องค์กรของรัฐจึงสามารถใช้อภิสิทธิซึ่งเกินขอบเขตอันสมควรในกฎหมายเอกชน (prérogatives exorbitantes du droit commun) และกิจกรรมของรัฐซึ่งกระทำโดยใช้อภิสิทธิดังกล่าวเรียกกันในครั้งนั้นว่า "กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชน" (l' activité de puissance publique)[14]
อย่างไรก็ดี แนวความคิดดังกล่าวนี้ยังมีต่อไปด้วยว่า ในการดำเนินกิจกรรมของรัฐนั้น รัฐอาจมิได้ดำเนินกิจกรรมโดยจำต้องใช้อำนาจบังคับเสมอไป ในบางครั้งรัฐอาจกระทำโดยวิธีเดียวกับวิธีการจัดการทรัพย์สินของเอกชน และปฏิบัติต่อเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกันกับรัฐ โดยเรียกการกระทำของรัฐเช่นว่านี้ว่า "กิจกรรมในทางจัดการ" (l' activité de gestion)[15]

ต่อมา ในปลายศตวรรษที่ 19 แนวความคิดเกี่ยวกับพื้นฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้เริ่มเปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ เนื่องจากความเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมซึ่งเป็นผลมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม ซึ่งทำให้การดำเนินกิจกรรมของรัฐต้องปรับตัวตามไปด้วย ความเปลี่ยนแปลงของสภาวการณ์ดังกล่าวนี้ ทำให้พบข้อแตกต่างในลักษณะที่ว่ากิจกรรมของรัฐมิใช่จะเป็นเรื่องของการใช้อำนาจบังคับตามที่เคยคิดกัน แต่กิจกรรมของรัฐเป็นเรื่องที่รัฐกระทำไปเพื่อสนองความต้องการของประชาชน หรือที่เรียกว่า"บริการสาธารณะ" (service public) และการนำเอาหลักกฎหมายพิเศษมาใช้บังคับแก่กิจกรรมของฝ่ายปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะจึงมีเหตุผลอันสมควร[16] นักกฎหมายฝรั่งเศส

---

[14]อิสระ นิติทัณฑ์ประภาส, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ 5. (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษา มหาวิทยาลัยราชำแหง, 2529), หน้า 32.

[15]เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

[16]เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 จึงเห็นว่าแนวความคิดที่เป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้แก่แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ โดยได้อ้างคำพิพากษาของศาลชี้ขาดเขตอำนาจ (Tribunal des Conflits) ในคดีบลองโก ว่าเป็นคำพิพากษาฉบับแรกที่รับรองแนวความคิดดังกล่าว[17] อย่างไรก็ดี แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะนี้ ยังมีความเห็นอยู่ว่า การดำเนินกิจกรรมซึ่งเป็นบริการสาธารณะนั้น ไม่จำต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายปกครองเสมอไป ฝ่ายปกครองจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายเอกชนโดยเข้าทำนิติกรรมภายใต้กฎหมายเอกชนก็ได้ โดยเห็นว่าฝ่ายปกครองมีสิทธิเลือกวิธีดำเนินงานทางกฎหมายมหาชน (procédés de droit public) หรือจะเลือกวิธีดำเนินงานของกฎหมายเอกชน (procédés de droit privé) ก็ได้[18]

แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะได้เป็นที่ยอมรับกันต่อ ๆ มาเป็นเวลานานพอสมควร แต่ต่อมาศาลพบว่า การใช้แนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะเป็นเกณฑ์พิจารณายังมีจุดอ่อนอยู่ จึงได้มีการพยายามคิดค้นหาเกณฑ์อื่นขึ้นมาใช้แทนหรือเสริมเกณฑ์ดังกล่าว[19] และภายใต้สภาวการณ์ปัจจุบัน จึงเป็นการยากที่จะกำหนดเกณฑ์พิจารณาอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งสามารถนำมาใช้โดยทั่วไปได้ในทุกกรณี[20] ศาสตราจารย์เดอโลบาแดร์เองก็มีความเห็นว่า ในสภาวะของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในปัจจุบัน ความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับบริการสาธารณะเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะใช้เป็นหลักพิจารณาขอบเขตของการใช้บังคับกฎหมายปกครอง และในปัจจุบันก็ไม่อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายปกครองคือกฎหมายว่า

---

[17] เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

[18] เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

[19] André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolve, Traité des contrats administratifs, 2e édition. (Paris: L.G.D.J., 1983), 1 : 125-126.

[20] อิสระ นิติทัณฑ์ประภาส, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 47.

ด้วยบริการสาธารณะ แต่ถึงกระนั้นก็ตาม บริการสาธารณะก็ยังคงเป็นกรอบทั่วไปของกฎหมายปกครอง แต่จะต้องเสริมแต่งให้สมบูรณ์โดยนำความคิดเกี่ยวกับการจัดการสาธารณะ (les gestions publiques) มาประกอบ

แนวความคิดอันเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่กล่าวมาทั้งหมดตั้งแต่ต้น นั้น ชี้ให้เห็นว่า แม้แนวความคิดอันเป็นพื้นฐานจะมีการวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปอย่างใด แต่โดยสภาพของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการไปในสองลักษณะ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการโดยใช้เอกสิทธิแห่งอำนาจมหาชน(ตามแนวความคิดอำนาจมหาชน) หรือวิธีที่เรียกว่าการใช้วิธีดำเนินงานทางกฎหมายมหาชน(ตามแนวความคิดบริการสาธารณะ) ลักษณะหนึ่ง และฝ่ายปกครองอาจดำเนินการโดยใช้กิจกรรมในทางจัดการ(ตามแนวความคิดอำนาจมหาชน) หรือวิธีที่เรียกว่าการใช้วิธีดำเนินงานทางกฎหมายเอกชน (ตามแนวความคิดบริการสาธารณะ) อีกลักษณะหนึ่งควบคู่กันไป

สภาพการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองซึ่งมีอยู่สองลักษณะดังกล่าวเป็นจุดสำคัญในที่นี้ เพราะทำให้เข้าใจได้ดีขึ้นว่า ในการที่ฝ่ายปกครองกระทำการที่มีผลในทางกฎหมายหรือที่เรียกว่า"นิติกรรม" นั้น ฝ่ายปกครองย่อมสามารถกระทำนิติกรรมได้ในสองลักษณะตามสภาพการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั่นเอง และดังนั้น ความหมายของ"นิติกรรมของฝ่ายปกครอง(acte juridiques de l' Administration)" จึงมีความหมายถึง นิติกรรมทั้งหมดของฝ่ายปกครอง[21] ซึ่งอาจจะเป็น "นิติกรรมตามกฎหมายปกครองของฝ่ายปกครอง" หรืออาจเป็น "นิติกรรมตามกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครอง" ก็ได้ ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองอาศัยเอกสิทธิพิเศษและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน กรณีเช่นนี้ ถือเป็น "นิติกรรมตามกฎหมายปกครองของฝ่ายปกครอง" และหากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการในฐานะอย่างเดียวกับเอกชนคนหนึ่งหรือในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชน กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็น "นิติกรรมตามกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครอง"

---

[21] ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฯ," หน้า 20.

"นิติกรรมตามกฎหมายปกครองของฝ่ายปกครอง" จะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองและอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง ส่วน "นิติกรรมตามกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครอง" นั้น อยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชนและภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรม

การพิจารณาถึงความหมายของ "นิติกรรมของฝ่ายปกครอง (actes juridiques de l' Administration)" โดยแยกให้เห็นว่ามีอยู่สองกรณีในที่นี้ก็โดยมุ่งหมายที่จำกัดให้เห็นภาพของ "นิติกรรมทางปกครอง(actes administratifs)" ที่กำลังจะได้ทำการศึกษาต่อไปให้เห็นภาพชัดขึ้น เพราะนิติกรรมทางปกครอง นั้นจัดอยู่ในประเภทของ "นิติกรรมตามกฎหมายปกครองของฝ่ายปกครอง"

บทที่ 3

ความหมายของ"นิติกรรมทางปกครอง"

เพื่อประโยชน์ในการศึกษาเกี่ยวกับความหมายของ "นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif)" ในเบื้องต้น ผู้เขียนขอกล่าวถึงแนวทางการศึกษาในบทนี้ โดยในบทนี้จะศึกษาถึงการกระทำทั้งกรณีที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง และการกระทำที่ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง การศึกษาในส่วนของการกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นจะได้ศึกษาความหมายของ"นิติกรรมทางปกครอง" ทั้งในความหมายทั่วไป และในความหมายเฉพาะซึ่งคำ ๆ นี้เป็นศัพท์เทคนิคในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส สำหรับการศึกษาในส่วนของการกระทำที่ไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองนั้น จะได้ศึกษาความหมายของ"นิติกรรมทางปกครอง" โดยเปรียบเทียบกับการกระทำอื่น ๆ ของรัฐรวมทั้งเปรียบเทียบกับนิติกรรมทางแพ่ง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเสริมให้เห็นความหมายของ "นิติกรรมทางปกครอง" ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

1. ความหมายทั่วไป

ความหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น สามารถศึกษาความหมายได้ตามการแบ่งแยกประเภทของนิติกรรม อย่างไรก็ดี โดยที่นิติกรรมทางปกครองนั้น ก็เริ่มต้นพัฒนามาจากนิติกรรมทางแพ่งนั่นเอง[1] เพียงแต่ได้วิวัฒนาการ

---

[1]สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "หนังสือ ที่ นร 0501/ร.1757 ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2527," วารสารกฎหมายปกครอง 3 (สิงหาคม 2527) : 531.

แตกต่างออกไป ดังนั้น ในเบื้องต้นจึงสมควรกล่าวถึงการศึกษาความหมายของนิติกรรมตามการแบ่งแยกประเภทของนิติกรรมในทางแพ่งเสียก่อน

ในทางแพ่งนั้น นิติกรรมอาจแบ่งออกได้หลายแบบแล้วแต่ว่าจะพิจารณาจากด้านใด[2] แต่ผู้ที่แบ่งประเภทของนิติกรรมเอาไว้อย่างละเอียด ได้แก่ ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งเห็นว่านิติกรรมอาจแบ่งออกโดยมีเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ 2 เกณฑ์ใหญ่ คือ

1. การแบ่งตามขอบเขตความเป็นอยู่ของบุคคล
2. การแบ่งตามโครงสร้างของกฎหมาย[3]

การแบ่งประเภทของนิติกรรม(ทางแพ่ง)โดยใช้เกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นการแบ่งประเภทอย่างกว้าง ๆ ซึ่งในแต่ละเกณฑ์ยังสามารถแบ่งประเภทของนิติกรรมย่อยลงไปเป็นประเภทต่าง ๆ ได้อีก กล่าวคือ

1. การแบ่งตามขอบเขตความเป็นอยู่ของบุคคล

ก. การแบ่งนิติกรรมออกไปตามที่บัญญัติไว้เป็นบรรพ ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(1) นิติกรรมตามกฎหมายลักษณะหนี้
(2) นิติกรรมตามกฎหมายลักษณะทรัพย์
(3) นิติกรรมตามกฎหมายครอบครัว และ
(4) นิติกรรมตามกฎหมายมรดก

ข. การแบ่งนิติกรรมออกไปตามประเภทที่เกี่ยวกับสิทธิส่วนตัวบุคคลและสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน

---

[2]ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2524), หน้า 5.

[3]หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 73.

ค. การแบ่งนิติกรรมออกไปตามประเภทที่กระทำระหว่างผู้มีชีวิตอยู่และที่กระทำเพื่อเหตุแห่งการตาย[4]

2. การแบ่งตามโครงสร้างของกฎหมาย[5]

ก. นิติกรรมฝ่ายเดียวและสัญญา

ข. สัญญา การกระทำร่วมกันและการลงมติ

ค. นิติกรรมที่เป็นการจำหน่าย

ง. นิติกรรมที่ทำให้เกิดหน้าที่และนิติกรรมที่เปลี่ยนแปลงสิทธิ

จ. นิติกรรมที่เป็นมูลเหตุและนิติกรรมลอย

ฉ. นิติกรรมที่มีค่าตอบแทนและนิติกรรมที่ไม่มีค่าตอบแทน

ช. นิติกรรมที่มีเงื่อนไขและนิติกรรมที่มีเงื่อนเวลา

จากการแบ่งประเภทของนิติกรรม(ทางแพ่ง)ตามที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประเภทของนิติกรรม(ทางแพ่ง)อาจแบ่งแยกได้หลากหลาย อย่างไรก็ดี การแบ่งประเภทของนิติกรรมที่สำคัญ[6] และสมควรกล่าวไว้ในที่นี้ คือการแบ่งประเภทโดยพิจารณาในด้านจำนวนหรือตัวผู้ทำนิติกรรม[7] โดยการแบ่งประเภทของนิติกรรมดังกล่าวนี้จัดแบ่งออกได้เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวกับนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย

---

[4] เรื่องเดียวกัน, หน้า 73-74.

[5] เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

[6] ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 2. (พระนคร : อักษรสาส์น, 2509), หน้า 27.

[7] ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 5.

นิติกรรมฝ่ายเดียว ได้แก่นิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว[8] หรือเรื่องใดซึ่งผลในกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว เรื่องนั้นอาจทำสำเร็จได้โดยนิติกรรมฝ่ายเดียว[9] ตัวอย่างเช่น พินัยกรรม การก่อตั้งมูลนิธิ การบอกล้างโมฆียะกรรม เป็นต้น นิติกรรมฝ่ายเดียวอาจแบ่งประเภทย่อยลงไปได้อีก 2 ชนิด คือ นิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด และนิติกรรมฝ่ายเดียวชนิดทั่วไป[10] ซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา

นิติกรรมหลายฝ่าย ได้แก่นิติกรรมที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป เช่น การก่อตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือการก่อตั้งสมาคม การสลักหลังของบุคคลทั้งหลายในตั๋วแลกเงิน เป็นต้น[11] บางทีเรียกว่านิติกรรมสองฝ่าย[12] และตำราส่วนใหญ่เห็นว่า นิติกรรมหลายฝ่ายหรือนิติกรรมสองฝ่ายได้แก่สัญญานั่นเอง[13] แต่บางตำราได้ให้ความเห็นเพียงว่า ในทางกฎหมายนิติกรรมหลายฝ่ายคงถือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ โดยทั่วไปเช่นเดียวกับนิติกรรมสองฝ่าย

---

[8] เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

[9] ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้. หน้า 27.

[10] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 156-158.

[11] อักษราทร จุฬารัตน, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม (กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการข้าราชการ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2520), หน้า 19.

[12] ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 5.

[13] เรื่องเดียวกัน, หน้า 5; จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 163; ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร : มงคลการพิมพ์, 2504), หน้า 19.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักทั่วไปในเรื่องสัญญา[14] เท่านั้น

ในทางกฎหมายปกครองก็เช่นเดียวกัน การแบ่งประเภทของนิติกรรม หากพิจารณาในแง่การก่อให้เกิดนิติกรรมโดยการใช้จำนวนผู้แสดงเจตนาเป็นเกณฑ์นั้นอาจแยกได้เป็น 2 ประเภทคือ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว กับนิติกรรมทางปกครองหลายฝ่าย[15] ซึ่งการแบ่งแยกประเภทของนิติกรรมโดยใช้จำนวนของผู้แสดงเจตนาเป็นเกณฑ์นี้เป็นแนวทางที่ยังเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในวงการนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการและยังเป็นแนวทางที่ใช้อยู่ในคำวินิจฉัยของศาล[16] แม้ว่าจะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์โดยนักนิติศาสตร์หลายคนว่าเป็นเกณฑ์ในการแบ่งประเภทที่เกือบจะไม่มีประโยชน์เลยก็ตาม[17]

"นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (acte administratif unilatéral)" หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลเพียงฝ่ายเดียวซึ่งอาจจะเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคน

"นิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย (acte administratif bi ou plurilatéral)" หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการแสดง

---

[14]อักขราทร จุฬารัตน, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 19.

[15]Jean Rivero, Droit administratif (Paris : Dalloz, 1977), p. 92.

[16]André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, 2e édition. (Paris : L.G.D.J., 1983), 1 : 57-58.

[17]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส," เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร"สัญญาทางปกครอง" บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กันยายน 2531, หน้า 21-22. (อัดสำเนา)

เจตนาของบุคคลสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย[18] โดยจะต้องมีฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งกระทำการในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย[19]

ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงนิติกรรมทางปกครองในความหมายทั่วไปหรือความหมายอย่างกว้าง ย่อมมีความหมายครอบคลุมถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวและนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ด้วย

2. <u>ความหมายเฉพาะตามแนวทางของฝรั่งเศส</u>

แม้ว่าในความหมายทั่วไปหรือความหมายอย่างกว้างนั้น นิติกรรมทางปกครองจะมีความหมายครอบคลุมไปถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว และนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายด้วยก็ตาม อย่างไรก็ดี ตามทฤษฎีกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น เมื่อกล่าวถึงคำว่า "acte administratif จะมุ่งหมายถึง"นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว" หรือที่ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่าเป็น "Décision exécutoire"[20]

ในที่นี้จึงมุ่งเข้าสู่ปัญหาอันสำคัญที่ว่า เพราะเหตุใด ตามแนวทางของฝรั่งเศสจึงถือว่านิติกรรมทางปกครอง หมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเท่านั้น และลักษณะหรือองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวมีอย่างไร

2.1 <u>เพราะเหตุใด ตามแนวทางของฝรั่งเศสจึงถือว่านิติกรรมทางปกครองหมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว</u>

ที่เป็นเช่นนี้ ก็เนื่องจากเป็นการพิจารณาถึงวิธีการหลักหรือวิธีการ

---

[18] เรื่องเดียวกัน, หน้า 2i.

[19] ประยูร กาญจนดุล, <u>คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ</u> (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 24.

[20] โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตร"หลักกฎหมายปกครอง" : "วิธีสบัญญัติ" บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สิงหาคม 2530, หน้า 37.

ทางปกติที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรม

กิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองนั้น เมื่อพิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นได้ว่า โดยที่กิจกรรมของฝ่ายปกครองมีวัตถุประสงค์(but) เพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt général)ของมหาชน กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองทำจึงเป็นบริการสาธารณะ(service public) ฉะนั้น วิธีการ(moyen)ที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะทั้งหลายจึงได้รับเอกสิทธิแห่งอำนาจมหาชน(prérogative de la puissance publique)

ด้วยเหตุนี้ วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองจึงจะปรากฏออกมาในรูปการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ของเอกชนในรูปของข้อบังคับหรือคำสั่งได้โดยไม่จำต้องให้เอกชนยินยอมด้วย[21] วิธีการเช่นนี้ได้แก่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง นิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับทันที(decision executoire) จะเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้อย่างกว้างขวาง อาจกล่าวได้ว่าเป็นกระบวนการปกติหรือวิธีการหลักในกลไกทางปกครอง[22] สำหรับนิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญาทางปกครอง(contrat administratif)นั้น เป็นเพียงวิธีการที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้เพื่อเสริมการใช้อำนาจฝ่ายเดียว[23] เท่านั้น โดยนำมาใช้ในบางสถานการณ์ที่อาจให้ผลดีกว่าเพราะสัญญาเป็นเครื่องหมายแห่งความร่วมมือโดยสมัครใจของทุกฝ่าย[24] และทางกฎหมายปกครองก็จะจัดหัวข้อ

---

[21]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครอง," วารสารกฎหมายปกครอง 5 (2529) : 73.

[22]พนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 4 (สิงหาคม 2528) : 274.

[23]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครอง," หน้า 74.

[24]เรื่องเดียวกัน, หน้า 118.

ของ"สัญญาทางปกครอง"เป็นอีกหัวข้อต่างหาก[25] โดย"สัญญาทางปกครอง"นั้นก็ไม่ถือว่าเป็น"นิติกรรมทางปกครองสองฝ่าย"ด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากเหตุผลที่ว่านิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายจะประกอบไปด้วย"นิติกรรมทางปกครอง" 2 อัน ในขณะที่สัญญาทางปกครองจะประกอบด้วย"นิติกรรมทางปกครอง"ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองอันหนึ่ง และ"นิติกรรมทางกฎหมายเอกชน"ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาของเอกชนอีกอันหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองของฝรั่งเศสจึงแยก"สัญญาทางปกครอง"ออกเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก เป็นประเภทคดีที่ต่างออกไปจากคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง มีวิธีพิจารณาคดีโดยเฉพาะ[26]

ด้วยเหตุที่นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเป็นวิธีการหลักที่ใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง และในทางการศึกษากฎหมายปกครองจะได้แยก"สัญญาทางปกครอง"ออกเป็นอีกหัวข้อต่างหากจากกันเช่นนี้ ฉะนั้น ตามแนวทางของฝรั่งเศสเมื่อกล่าวถึง"acte administratif" จึงหมายถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (acte administratif unilatéral) มิได้หมายถึง นิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย(acte administratif bi ou plurilatéral) หรือสัญญาทางปกครอง(contrat administratif)

2.2 <u>ลักษณะและองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง(acte administratif)</u>

นิติกรรมทางปกครอง(acte administratif)มีลักษณะและองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก จะต้องเป็นนิติกรรม

---

[25] เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง นิติกรรมทางแพ่ง-นิติกรรมทางปกครอง-สัญญาทางปกครอง," <u>วารสารกฎหมายปกครอง</u> 7 (สิงหาคม 2531) : 601.

[26] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส," <u>วารสารกฎหมายปกครอง</u> 7 (ธันวาคม 2531) : 742-753.

(acte juridique)ที่มีผลก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของเอกชน และประการที่สอง จะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งกระทำโดยฝ่ายปกครอง[27]

2.2.1 นิติกรรมทางปกครองจะต้องเป็นนิติกรรม(acte juridique)

ลักษณะหรือองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองในประการแรกนี้สามารถศึกษาได้จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat)[28] ที่ได้วินิจฉัยวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง(Le contentieux de l'annulation) โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่กระทำนอกเหนืออำนาจ(recour pour excès de pouvoir)[29]

---

[27]เรื่องเดียวกัน, หน้า 745-746.

[28]เป็นที่น่าสังเกตในส่วนนี้ด้วยว่า ในการศึกษาความหมายหรือลักษณะของนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) ตามแนวทางของฝรั่งเศส จะเป็นการศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ โดยในกฎหมายของฝรั่งเศสเองไม่ได้มีที่ใดที่กำหนดความหมายหรือนิยามความหมายที่แน่ชัดของนิติกรรมทางปกครอง

ขณะที่ตามแนวทางของเยอรมัน ซึ่งยืมเอาแนวความคิดเกี่ยวกับ acte administratif ไปจากฝรั่งเศส (Mahendra P. Singh, German administrative law in common law perspective, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985 p.32) นั้น ในปัจจุบันได้มีการกำหนดความหมายของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งในภาษาเยอรมันเรียกว่า "Verwaltungsakt" เอาไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetzt 1976) มาตรา 35 อย่างไรก็ดี ความหมายที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ ก็มิได้แตกต่างไปจากความหมายที่ปรมาจารย์ทางกฎหมายของเยอรมันคือ Otto Mayer ได้เคยให้ไว้

[29]โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," หน้า 36.

(1) การกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย

แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ อาจนำมาจัดเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นได้ว่า การกระทำที่จะถือว่าเป็นนิติกรรมนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย(Faire grief)[30]

กรณีอย่างไรจึงถือว่าเป็นการกระทำที่"ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย" นั้น จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ คงพอชี้ให้เห็นแนวคิดใหญ่ ๆ ได้ 2 ประการคือ

(1) การกระทำใดจะถือได้ว่า "ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย" ต้องเป็นการกระทำที่เปลี่ยนแปลงสภาพการณ์ทางกฎหมาย

(2) "การก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย" จะต้องเกิดจากตัวกระทำนั้นเองโดยตรงที่สุด

กรณีดังกล่าวนี้สภาแห่งรัฐพิจารณาในด้านภววิสัย (objective) กล่าวคือ จะพิจารณาจาก"ตัวการกระทำ"นั้นเองว่า สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ในตัวเองหรือไม่ หาได้พิจารณาในด้าน"ตัวผู้ร้อง"ว่าการกระทำทางปกครองได้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายต่อผู้ร้องหรือไม่[31] ส่วนของการกระทำที่เป็นตัวชี้ว่าก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหรือไม่ คือส่วนที่เป็นข้อกำหนด (Dispositif)หรือคำสั่งบังคับ ไม่ใช่ส่วนที่เป็นอารัมภบทหรือเหตุผลในการสั่งบังคับนั้น[32]

อย่างไรก็ดีหลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ยังไม่อาจสรุปหลักที่แน่ชัด

(2) การกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย

สำหรับกรณีอย่างไรจึงถือว่าเป็นการกระทำที่

---

[30] เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

[31] เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

[32] เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

"ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย"นั้น ดร.โภดิน พลกุล นักนิติศาสตร์ทางด้านกฎหมายมหาชนท่านหนึ่งของไทย ได้อธิบายและยกตัวอย่างการกระทำทางปกครองที่ไม่ก่อให้ผลทางกฎหมาย ตามแนวทางของฝรั่งเศสเอาไว้โดยละเอียด โดยได้แยกการกระทำทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายออกเป็นกรณีต่าง ๆ ดังนี้[33]

(2.1) การกระทำที่ไม่มุ่งหมายจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น

- การกระทำที่แสดงถึงความคิดเห็น (Opinions) ของฝ่ายปกครอง เช่น การตอบข้อซักถามหรือให้ข้อมูลแก่เอกชนที่ถามมายังฝ่ายปกครอง[34] การตอบข้อซักถามหรือให้ข้อมูลแก่สมาชิกรัฐสภา[35] ซึ่งแม้จะตอบเป็นลายลักษณ์อักษรในราชกิจจานุเบกษาก็ไม่ถือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย[36] การตอบข้อซักถามของผู้ว่าราชการจังหวัด แก่สมาชิกสภาจังหวัดหรือสภาเทศบาล[37] และแม้แต่การตอบปฏิเสธไม่ให้ข้อมูล[38] หรือนิ่งเฉยไม่ตอบอะไร[39] ก็ถือว่าไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย (เว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องตอบหรือต้องให้ข้อมูล)

- การกระทำที่แสดงถึงข้อต่อสู้ (Prétentions) ของฝ่ายปกครอง เช่น ในคดีที่เกิดขึ้นหรือกำลังจะเกิดขึ้น ฝ่ายปกครองได้แสดงถึงสิทธิของตนหรือปฏิเสธสิทธิของฝ่ายตรงข้าม การกระทำดังกล่าว

---

[33] เรื่องเดียวกัน, หน้า 40-52.

[34] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 19 มกราคม 1973 คดี Ministre du Développement Industriel c/ Le Vavasseur.

[35] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 27 ตุลาคม 1950 คดี Due Grenier.

[36] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 28 มีนาคม 1955 คดี Coucuret.

[37] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 19 ตุลาคม 1938 คดี Bloch.

[38] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 25 มกราคม 1967 คดี Singher.

[39] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 21 กรกฎาคม 1450 คดี Miara.

เป็นเพียงการแสดงจุดยืนหรือข้อต่อสู้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มุ่งหมายจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ทั้งนี้ จะเห็นได้จากการกระทำดังกล่าวไม่มีผลผูกพันศาลหรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด แม้การยกข้อต่อสู้จะแสดงออกไปในทางที่อาจเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็คงถือว่าไม่มีความมุ่งหมายจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเช่นกัน

- การกระทำที่แสดงถึงความตั้งใจ (Intentions) ของฝ่ายปกครอง เช่น หนังสือของผู้ว่าการธนาคารชาติของฝรั่งเศสแสดงความประสงค์ หรือความอยากให้เป็นตามความคิดของตนในการแต่งตั้งที่จะมาถึง[40] หนังสือของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมถึงนายกรัฐมนตรีแสดงความประสงค์ที่จะให้นายกรัฐมนตรีลงนามในกฤษฎีกาลงโทษลดชั้นอัยการ[41] เป็นต้น

- การกระทำที่แสดงความปรารถนา (Souhaits)ของฝ่ายปกครอง เช่น มติของแพทยสภาประจำภาคที่เสนอให้รัฐมนตรีลงโทษ[42]

- การกระทำในทางชี้แนะ(Indications) ของฝ่ายปกครอง เช่น คำชี้แนะของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ให้แก่เลขานุการเทศบาลให้ฟ้องคำสั่งที่เกี่ยวกับเงินเดือนของตนยังศาลปกครอง[43]

- การกระทำในทางให้ข้อมูล(Informations) ต่าง ๆ เช่น การแถลงยังหนังสือพิมพ์เตือนถึงวันที่ที่กฎของฝ่ายปกครองเริ่มมีผลบังคับ[44]

---

[40]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 17 กรกฎาคม 1925 คดี Association amicale du personnel de la Banque de France.

[41]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 26 มิถุนายน 1953 คดี Dorly.

[42]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 11 กรกฎาคม 1947 คดี Longnon.

[43]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 27 ตุลาคม 1937 คดี Bertinet.

[44]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 11 กรกฎาคม 1947 คดี Caisse régionale de securité sociale du Haut-Rhin.

การให้รายงานการประชุมของคณะกรรมการ[45] การแจ้งแก่เอกชนว่าแฟ้มเรื่องของเขาถูกส่งไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อไต่สวน[46]

(2.2) การกระทำที่ไม่สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่าการกระทำที่ไม่อาจปฏิบัติได้(Actes inopérants)

การกระทำนี้ผู้กระทำกระทำลงโดยมุ่งประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมาย แต่ไม่สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ เนื่องจากเหตุเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้กระทำ หรือเนื้อหาของการกระทำ เช่น

- การกระทำทางปกครองที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่ที่ปราศจากอำนาจหรือโดยองค์กรที่เป็นเพียงองค์กรที่ปรึกษา

- การกระทำทางปกครองที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้อง แต่เจ้าหน้าที่ผู้รับมอบอำนาจนั้นได้กระทำไปนอกเหนือจากอำนาจที่ได้รับมอบ กรณีนี้โดยทั่วไปศาลปกครองจะรับคำร้องและจะเพิกถอนการกระทำด้วยเหตุว่า ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำ(Incompétence) แต่บางครั้งก็จะยกคำร้องด้วยเหตุผลว่าไม่อาจรับไว้วินิจฉัยได้เพราะเป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายและผู้ร้องย่อมไปยื่นเรื่องราวต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ คำสั่งของเจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจย่อมไม่ก่อให้เกิดผลอย่างไรแก่ผู้ร้อง

(2.3) การกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายต่อไป

หมายถึง การกระทำที่เคยก่อให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้นแล้วแต่ต่อมาสิ้นผลไป ซึ่งอาจเพราะถูกเพิกถอน อย่างไรก็ตาม ถ้าการเพิกถอนไม่ได้เป็นการเพิกถอนย้อนหลังไปทั้งหมด การกระทำส่วนที่ไม่ถูกเพิกถอนย่อมถือว่ายังมีผลทางกฎหมายอยู่

---

[45] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 28 ตุลาคม 1921 คดี Le Coutour.

[46] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 5 พฤศจิกายน 1947 คดี Negre.

(2.4) การกระทำในขั้นตระเตรียมการ

การกระทำใด ๆ ในลักษณะตระเตรียมการเพื่อการทำคำสั่งขั้นเด็ดขาดและโดยตรงต่อไปนั้น แม้ว่าจะสามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองเพราะมิใช่การกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยตรง ดังจะเห็นได้ว่า การกระทำในลักษณะตระเตรียมการนั้น ไม่อาจถูกฟ้องในคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่กระทำนอกเหนืออำนาจ

ตัวอย่างของการกระทำในขั้นตระเตรียมการ เช่น

- การรับทราบข้อเท็จจริง เช่น การทำบันทึกปากคำเกี่ยวกับการกระทำผิดกฎหมายเพื่อนำไปวินิจฉัยสั่งการต่อไป[47]

- การเชิญผู้มีส่วนได้เสียเข้าร่วมในขั้นตอนการพิจารณาก่อนสั่งการ เช่น หนังสือของรองผู้ว่าราชการจังหวัดเชิญผู้อำนวยการโรงเรียนให้ทำคำขอเชิญสนับสนุนโรงเรียน[48]

- การเรียกผู้มีส่วนได้เสียมายังองค์การปกครอง เช่น การเรียกตัวผู้มีส่วนได้เสียมาพบคณะกรรมการสอบสวน[49]

- การให้คำปรึกษาหารือ เช่น องค์กรที่เป็นเพียงองค์กรที่ปรึกษาให้คำปรึกษาแก่องค์กรอื่น ๆ ของรัฐ[50] คำปรึกษาในที่นี้ ได้แก่ กรณีคำปรึกษาที่องค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจจะถือตามหรือไม่ก็ได้เท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีคำปรึกษาที่องค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจหรือทำคำสั่งต้องถือตาม(Avis conforme) ด้วย

---

[47]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 11 กุมภาพันธ์ 1948 คดี Blanche

[48]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 24 มกราคม 1954 คดี Institution Notre-Dame de Kreisher.

[49]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 11 กรกฎาคม 1947 คดี Dewawrin.

[50]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 19 ธันวาคม 1969 คดี Sté Socasat.

- ข้อเสนอ หมายถึง ข้อเสนอที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการในการทำคำสั่งทางปกครอง เช่น ข้อเสนอของคณะกรรมการตุลาการให้ผู้พิพากษาคนหนึ่งเกษียณอายุ[51]

- การขอข้อมูล เช่น การเชิญเอกชนมาให้ข้อมูลบางอย่างก่อนทำคำสั่ง[52]

- การส่งข้อมูลให้แก่กัน หมายถึง การที่หน่วยงานหนึ่งส่งข้อมูลให้แก่อีกหน่วยงานหนึ่งเพื่อประกอบการตัดสินใจของหน่วยงานหลัง

- การพิจารณาความเหมาะสมเพื่อเตรียมทำคำสั่ง เช่น การให้คะแนนการทำงานของข้าราชการเพื่อการเลื่อนขั้น[53]

- การกำหนดต่าง ๆ เพื่อเตรียมทำคำสั่ง เช่น การคำนวณกำหนดระยะเวลารับราชการเพื่อการจ่ายเงินบำเหน็จบำนาญ[54]

- คำเสนอหรือข้อเสนอของฝ่ายปกครอง เช่น ข้อเสนอให้ค่าเสียหาย[55]

- การสอบสวน หมายถึง การดำเนินการสอบสวนใด ๆ ของฝ่ายปกครองเพื่อหาข้อมูลในการทำคำสั่งต่อไป

(2.5) การกระทำที่ต่อเนื่องจากการกระทำหลัก เมื่อฝ่ายปกครองได้มีการกระทำ เช่น มีคำสั่งอันก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแล้ว ก็อาจมีการกระทำอื่น ๆ ต่อเนื่องตามมาเพื่อ

---

[51] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 9 กรกฎาคม 1598 คดี Dhamelincourt.

[52] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 25 เมษายน 1955 คดี Chevenez.

[53] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 4 พฤศจิกายน 1965 คดี Vanesse.

[54] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 4 มิถุนายน 1969 คดี Gipoulou.

[55] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 29 ธันวาคม 1943 คดี Devaux.

บังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้น ๆ เช่น การประกาศ การตีความ คำสั่งให้ปฏิบัติตามคำสั่งที่ออกมา ฯลฯ การกระทำเหล่านี้ถือว่าไม่ได้ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอันใดขึ้นมาใหม่

(2.6) การกระทำในลักษณะห้ามปราม (Actes comminatoires)

หมายถึง การกระทำของฝ่ายปกครองที่ห้ามบุคคลกระทำการ หรือให้งดเว้นกระทำการบางอย่าง และบางครั้งก็อาจมีการขู่ว่าถ้าฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ[56]

การห้ามนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรก มีการกระทำแบบที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอยู่แล้ว การสั่งห้าม เช่น ห้ามฝ่าฝืนคำสั่งแรกนั้นย่อมเป็นการเตือนว่ามีคำสั่งแรกอยู่ ลักษณะที่สอง การห้ามเป็นการเตือนให้รู้ว่า ถ้าฝ่าฝืนจะมีการกระทำหรือคำสั่งที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามมา การห้ามในลักษณะแรกเท่านั้นที่สามารถพิจารณาได้ว่าไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้นใหม่ แต่การห้ามในลักษณะที่สอง เป็นการแสดงถึงเจตนาโดยชัดแจ้งของฝ่ายปกครองที่จะมีคำสั่งต่อไป ดังนั้น จึงอาจพิจารณาได้ว่าการห้ามในลักษณะที่สองนี้สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้

(2.7) มาตรการภายในหน่วยงาน (Mesures d'ordre Intérieur)

ในฝรั่งเศสนั้นรวมเรียกการกระทำทั้งหลายที่เกี่ยวกับเรื่องภายในหน่วยงานว่า "เมอซูร ด๊อด แองเตริเอร์" (Mesures d' ordre intérieur) ซึ่งอาจปรากฏออกมาในรูปของหนังสือเวียน ประกาศ คำชี้แจง คำสั่ง ฯลฯ โดยมีลักษณะร่วมกันตรงที่ว่า มีจุดมุ่งหมายเพื่อใช้โดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานหรือของฝ่ายปกครอง และจะไม่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกหรือเอกชน

---

[56]การกระทำในลักษณะดังกล่าว ในภาษาฝรั่งเศสนอกจากจะเรียกว่า Acts comminatoires แล้วก็มักเรียกกันทั่ว ๆ ไปว่า Misessen demeure ด้วย

ดังนั้น หลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสจึงถือว่า โดยหลักแล้ว"มาตรการภายในหน่วยงาน" ไม่อาจจะถูกร้องขอให้เพิกถอนเพราะไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยวิธีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่กระทำนอกเหนืออำนาจ เพราะ "มาตรการภายในหน่วยงาน" ไม่ใช่"ที่มา"ของความชอบด้วยกฎหมาย หากแต่เป็นเรื่องการวางระเบียบในการบริหารงานภายในองค์กรโดยผู้รับผิดชอบ(เช่นรัฐมนตรี)เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองก็ไม่ได้ยอมรับหลักดังกล่าวอย่างเคร่งครัด แต่ได้พยายามแยกแยะลักษณะและประเภทของ "มาตรการภายในหน่วยงาน" ว่า ลักษณะและประเภทใดที่เป็น "มาตรการภายในหน่วยงาน" โดยแท้ และอย่างไรที่ถือเป็นมาตรการภายในหน่วยงาน แต่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย คือ ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่แก่บุคคลภายนอกอันทำให้สามารถฟ้องเป็นคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่กระทำนอกเหนืออำนาจ ต่อการกระทำนั้นได้

ในที่นี้จะขอกล่าวถึง"มาตรการภายในหน่วยงาน" ประเภทที่สำคัญ 2 ประเภท คือ หนังสือเวียน (Circulaires) และระเบียบปฏิบัติ (Directives)

(2.7.1) หนังสือเวียน (Circulaires)

"หนังสือเวียน" คือ บันทึกหรือคำสั่งที่หัวหน้าหน่วยงานมีไปยังผู้ใต้บังคับบัญชาในเรื่องเกี่ยวกับการตีความ และการบังคับใช้รัฐบัญญัติและกฎของฝ่ายปกครอง (Règlements)

ผลทางกฎหมายของหนังสือเวียนที่มีต่อข้าราชการและที่มีต่อเอกชนจะต่างกัน กล่าวคือ สำหรับข้าราชการ หนังสือเวียนจะมีลักษณะบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม เช่น ต้องถือตามการตีความกฎหมายที่ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งเวียนมาให้ทราบ และต้องถือปฏิบัติให้สอดคล้องกับแนวทางที่คำสั่งนั้น ๆ กำหนด ทั้งนี้ ก็ด้วยเหตุผลที่ว่าผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา มิเช่นนั้นการบริหารงานย่อมจะดำเนินไปไม่ได้ แต่สำหรับเอกชนแล้ว หนังสือเวียนไม่มีผลบังคับใด ๆ และไม่ได้โต้แย้งสิทธิใดของเอกชน การตีความกฎหมายในหนังสือ

เวียนไม่ผูกพันเอกชนให้ต้องถือตาม ด้วยลักษณะของผลทางกฎหมายเช่นนี้ จึงกล่าวได้ว่า หนังสือเวียนไม่ได้เป็นที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย(Source de légalité) คงเป็นที่มาแห่งหลักการบังคับบัญชาภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น

ก. หนังสือเวียนที่ตีความกฎหมาย (Circulaires interprétatives)

หนังสือเวียนที่ตีความกฎหมาย จัดเป็นมาตรการภายในหน่วยงาน (Mesures d' ordre intérieur) เอกชนไม่อาจร้องขอให้เพิกถอนหนังสือเวียนประเภทนี้ได้ แม้ว่าหนังสือเวียนดังกล่าวจะเป็นหนังสือเวียนที่ตีความกฎหมายผิดก็ตาม การขอให้เพิกถอนจะกระทำได้ก็เฉพาะต่อตัวคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยตีความกฎหมายตามหนังสือเวียนนั้น โดยอ้างเหตุว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะที่ว่าผู้ออกคำสั่ง "เข้าใจผิดในข้อกฎหมาย" (erreur de droit) เพราะถือตามหนังสือเวียนนั้น

ข. หนังสือเวียนที่วางกฎเกณฑ์ (Circulaires réglementaires)

หนังสือเวียนที่วางกฎเกณฑ์ จัดเป็นกฎเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อเพิ่มเติมบางสิ่งบางอย่างไปในกฎหมาย เช่น การกำหนดเงื่อนไขใหม่หรือให้สิทธิหรือหลักประกันใหม่แก่เอกชน หนังสือเวียนประเภทนี้มักเกิดขึ้นในกรณีผู้มีอำนาจออกกฎได้วางกฎเกณฑ์ในรูปของหนังสือเวียน เช่น รัฐมนตรีซึ่งมีอำนาจออกกฎกระทรวงหรือประกาศรัฐมนตรี แต่กลับไปวางกฎเกณฑ์โดยใช้รูปแบบ"หนังสือเวียน" ดังนั้น หนังสือเวียนที่ออกมาจึงไม่ใช่การตีความกฎหมายตามปกติอันถือเป็นเรื่องของการบังคับบัญชาในระหว่างข้าราชการด้วยกัน แต่จะเป็นการวางกฎเกณฑ์อันมีผลทางกฎหมายต่อเอกชนด้วย

อนึ่ง จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในเรื่องหนังสือเวียนมีข้อที่น่าสังเกตเพิ่มเติมเกี่ยวกับหนังสือเวียนหรือคำสั่งอื่น ๆ ภายในหน่วยงาน ที่มีผลต่อบุคลากรหรือผู้ใช้บริการของบางหน่วยงาน เช่น สถานศึกษาของรัฐ กองทัพ สถานควบคุมต่าง ๆ ฯลฯ นั้น แม้หนังสือเวียนหรือคำสั่งดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายต่อผู้เกี่ยวข้อง ก็ไม่อาจมีการดำเนินคดี

ขอให้เพิกถอนได้ เช่น คำสั่งของสภาโรงเรียนสตรีแห่งหนึ่งที่ห้ามนักเรียนนุ่งกางเกงสกีมาเรียนถ้าไม่ใช่ฤดูที่มีหิมะตก[57] คำสั่งที่เป็นการติเตียนว่ากล่าว[58] หรือให้ลงโทษทางร่างกาย[59] เป็นต้น

(2.7.2) ระเบียบปฏิบัติ (Directives)

"ระเบียบปฏิบัติ" เหมือนกับ "หนังสือเวียน" ในแง่ที่ว่าเป็นคำสั่งของหัวหน้าหน่วยงานที่มีต่อบุคลากรภายในหน่วยงานเพื่อการปฏิบัติหน้าที่แต่"ระเบียบปฏิบัติ" ต่างกับ "หนังสือเวียน" ในข้อที่ว่า "ระเบียบปฏิบัติ" เป็นคำสั่งที่วางแนวปฏิบัติหรือการวินิจฉัยสั่งการเนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้

ระเบียบปฏิบัติเป็นเรื่องของการชี้แนะหรือชี้แนวทางดำเนินการ ฉะนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติจึงอาจไม่ทำตามก็ได้ถ้าเห็นว่ามีเหตุผลอย่างอื่นที่เหมาะสม และดังนั้น ระเบียบปฏิบัติจึงไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย คือไม่เปลี่ยนแปลงสภาพการณ์ทางกฎหมายอย่างใด จึงจะร้องขอให้เพิกถอนระเบียบปฏิบัติโดยตรงไม่ได้ (ซึ่งกรณีนี้จะเหมือนกับกรณีของหนังสือเวียนที่ตีความกฎหมาย)

อย่างไรก็ตาม แม้ระเบียบปฏิบัติจะไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายต่อเอกชนก็ตาม แต่ในการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองก็มีข้อแตกต่างไปจากกรณีหนังสือเวียน กล่าวคือ ในกรณีการดำเนินคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอันเนื่องมาจากระเบียบปฏิบัติ นั้น จะต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติหรือไม่ ถ้าปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัตินั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และถ้าไม่ปฏิบัติตาม มีมูลเหตุอะไรเป็นพิเศษที่จะทำให้การไม่ปฏิบัติตามนั้นชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า คำสั่งภายในหน่วยงานที่ออกมานั้นชื่อที่เรียกหรือรูปแบบที่ใช้ อาจไม่จำต้องเป็นเช่นนั้นเสมอไป

---

[57] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 20 ตุลาคม 1954 คดี Chapou.

[58] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 2 มกราคม 1958 เดตาท์ คดี Lozoir.

[59] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, วันที่ 5 มกราคม 1924 เดตาท์ คดี Liault.

บางครั้งแม้จะใช้ชื่อว่า"หนังสือเวียน" แต่ลักษณะที่แท้จริงอาจเป็น"ระเบียบปฏิบัติ" ก็ได้ เช่น คำสั่งของรัฐมนตรี อธิบายถึงกฎหมายที่จะบังคับใช้ และได้กล่าวถึงนโยบายที่เจ้าหน้าที่พึงปฏิบัติในทางบังคับใช้กฎหมายนั้น "ส่วนที่เป็นนโยบาย"จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็น"ระเบียบปฏิบัติ" ในกรณีกลับกัน คำสั่งที่ใช้ชื่อว่า"ระเบียบปฏิบัติ"อาจมีลักษณะเป็น"หนังสือเวียนที่ตีความกฎหมาย"ก็ได้ ถ้าปรากฏว่าระเบียบปฏิบัติดังกล่าวไม่ให้อิสระแก่เจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณาว่าควรปฏิบัติตามหรือไม่

นอกจากนี้ ในกฎหมายฝรั่งเศส หาก"ระเบียบปฏิบัติ" ได้ใช้ไปในความหมายที่แสดงถึงกฎที่ออกตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ หรือออกโดยอาศัยกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหาร "ระเบียบปฏิบัติ"ในลักษณะนี้เป็นกฎหมายลำดับรอง มิใช่คำสั่งภายในเพื่อการบังคับบัญชาของหน่วยงานดังที่กล่าวมาตอนต้น

2.2.2 นิติกรรมทางปกครองจะต้องเป็นนิติกรรมซึ่งกระทำโดย"ฝ่ายปกครอง"(L' Administration)

กรณีอย่างไรจึงถือว่าเป็นการกระทำที่กระทำโดย"ฝ่ายปกครอง"นั้น จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ มีหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาซึ่งเป็นการพิจารณาและเปรียบเทียบกับนิติกรรมทางนิติบัญญัติและนิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด อันเป็นหัวข้อที่จะได้กล่าวให้เห็นโดยชัดเจนต่อไป ในที่นี้จึงขอกล่าวถึงความหมายของฝ่ายปกครองแต่เพียงว่า หมายถึง องค์กรหนึ่งหรือหลายองค์กรซึ่งเป็นผู้อำนวยการและบริหารการงานของกลุ่มมหาชน (Les tâches publiques) ซึ่งได้แก่การงานของรัฐและการงานของกลุ่มมหาชนอื่น เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงหมายถึงองค์กรปกครองทั้งหลายซึ่งรวมทั้งองค์กรปกครองของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย[๕๐]

---

[๕๐]อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาส, "เอกสิทธิของฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส," เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง "การจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครอง", เสนอที่คณะกรรมาธิการการปกครองและ ฯลฯ สภาผู้แทนราษฎร, 3-4 กรกฎาคม 2532, หน้า 1. (อัดสำเนา)

อนึ่ง จากการศึกษาลักษณะของ"นิติกรรมทางปกครอง" ซึ่งสามารถศึกษาได้จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้น จึงพอทำให้เห็นได้ว่าในการฟ้องคดีปกครองมีหลักอยู่ว่า จะต้องมีนิติกรรมทางปกครองเป็นฐานเสมอ[๖๑] ในแง่หนึ่ง"นิติกรรมทางปกครอง"จึงมีความสัมพันธ์กับ"เขตอำนาจ"ของศาลปกครองในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงสมควรกล่าวไว้ในที่นี้ด้วยว่า นิติกรรมทางปกครองตามแนวทางของฝรั่งเศสอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท[๖๒] คือ นิติกรรมที่มีผลบังคับเฉพาะราย (acte individuel) และนิติกรรมที่มีผลบังคับทั่วไป (acte réglementaire)[๖๓] ซึ่งระบบกฎหมาย (régime juridique) ของนิติกรรมสองประเภทดังกล่าวก็มี

---

[๖๑]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส," : 717.

[๖๒]เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง นิติกรรมทางแพ่ง-นิติกรรมทางปกครอง-สัญญาทางปกครอง," วารสารกฎหมายปกครอง 7 (สิงหาคม 2531), : 602.

[๖๓]เป็นที่น่าสังเกตว่า ในเรื่องประเภทของนิติกรรมทางปกครองนี้ตามแนวทางของประเทศเยอรมันก็มีแนวทางที่แตกต่างไปจากของฝรั่งเศส กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองของเยอรมันหรือที่เรียกว่า"Verwaltungsakt"นั้น หมายถึงนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะรายเท่านั้น (สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง", วารสารนิติศาสตร์, 17 (กันยายน 2530), : 66) ซึ่งในจุดนี้ที่แนวทางของเยอรมันใช้เป็นเกณฑ์แยกข้อแตกต่างจาก"นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (Mahendra P. Singh, German administrative law in common law perspective, (Germany : Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985), p. 34) อย่างไรก็ดี แนวทางของเยอรมันก็ยอมรับให้มีข้อยกเว้นได้ สำหรับนิติกรรมที่มีผลบังคับทั่วไปบางประเภทซึ่งในภาษาเยอรมันเรียกว่า"Allgemeinverfugungfue" (หรืออาจใช้คำในภาษาไทยว่า"คำสั่งทั่วไปทางปกครอง") (สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง", : 66-67)

ออกไป เป็นต้นว่า วิธีการประกาศให้ทราบ การยกเลิกหรือการเพิกถอน ฯลฯ[64]

3. <u>การพิจารณาความหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยเปรียบเทียบข้อแตกต่างกับ"นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (acte législatif) และ"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด" (acte juridictionnel)</u>[65]

โดยที่อำนาจหน้าที่ทางกฎหมายของรัฐ (les fonctions juridiques de l'Etat) อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ อำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ(la fonction législative) อำนาจหน้าที่ทางปกครอง(la fonction administrative) และอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ(la fonction juridictionnelle)[66] ดังนั้น หากพิจารณาถึงการกระทำใด ๆ ของรัฐ ในฐานะที่รัฐเป็นนิติบุคคลหนึ่งเดียวแล้ว กรณีอาจเกิดปัญหาขึ้นว่า การกระทำอย่างใด จึงจัดว่าเป็น"นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" อย่างใดเป็น"นิติกรรมทางปกครอง" หรืออย่างใดเป็น "นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด" นอกจากนั้น ในการบริหารงานของรัฐ รัฐอาจมอบหมายให้องค์กรใดมีอำนาจหน้าที่หลายประการ ซึ่งบางครั้งองค์กรดังกล่าวอาจดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครอง แต่บางครั้งองค์กรเดียวกันนี้ก็อาจ

---

[64]André de Laubadère, <u>Traité élémentaire de Droit Administratif</u>, 4° édition. (Paris, L.G.D.J., 1967), p.192.

[65]คำว่า"acte législatif"และ"acte juridictionnel"นั้น ในทางวิชาการอาจยังไม่เป็นที่ยุติว่าจะสมควรใช้คำแปลในภาษาไทยอย่างไร ในที่นี้ จึงขอใช้คำว่า"นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" สำหรับการแปลคำว่า"acte législatif และใช้คำว่า"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด" สำหรับการแปลคำว่า"acte juridictionnel ไปพลางก่อน

[66]André de Laubadère, <u>Traité Élémentaire de Droit Administratif</u>, pp.21-22.

ดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดในทางตุลาการ กรณีจึงมีปัญหาที่ซับซ้อนยิ่งขึ้นไปอีกว่า การกระทำขององค์กรเดียวกันดังกล่าวในกรณีใดมีลักษณะอย่างไร และโดยที่ระบบกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการกระทำแต่ละประเภทจะมีความแตกต่างกัน[67] ดังนั้น จึงนำไปสู่ปัญหาที่ว่า การพิจารณาแยกแยะลักษณะประเภทของการกระทำประเภทต่าง ๆ เหล่านี้จะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร

3.1 การพิจารณาความหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยเปรียบเทียบกับ"นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (acte législatif)

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ ได้กล่าวถึงเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อแบ่งแยกข้อแตกต่างระหว่างการกระทำต่าง ๆ ของรัฐ นิติกรรม(actes)ที่รัฐกระทำไปในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นนั้น อาจพิจารณาแบ่งแยกได้โดยคำนึงถึง "องค์กร" ผู้ใช้อำนาจหน้าที่ หรือโดยคำนึงถึง "เนื้อหาสาระ" ของตัวนิติกรรม นั้น โดยนิติกรรมทุกอย่างที่กระทำโดยองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้นที่ถือว่าเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (actes législatifs) และในแง่เนื้อหาสาระนั้น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (actes législatifs) ย่อมได้แก่ข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นโดยมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่เจาะจงว่าจะใช้บังคับกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ[68]

การกล่าวอธิบายข้างต้นอาจทำให้เข้าใจว่า การพิจารณาแยกแยะนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางนิติบัญญัติเป็นเรื่องที่ง่าย แต่ในความเป็นจริงแล้วมิใช่เช่นนั้นเสียทีเดียว เพราะก่อนที่ฝรั่งเศสจะได้พัฒนาหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้จนเป็นระบบ ในประวัติศาสตร์ของฝรั่งเศสก็ชี้ให้เห็นว่า ปัญหาว่านิติกรรมใดเป็น

---

[67]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฯ," หน้า 13 และ 16.

[68]เรื่องเดียวกัน, หน้า 11-12.

นิติกรรมทางนิติบัญญัติหรือนิติกรรมใดเป็นนิติกรรมทางปกครอง เป็นปัญหาที่มีความสับสนมากพอสมควร[69] อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณามีความเป็นระบบมากขึ้น โดยมีเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา อย่างน้อย 2 เกณฑ์ด้วยกัน กล่าวคือ เกณฑ์พิจารณาทางด้าน"องค์กร"ผู้ก่อให้เกิดนิติกรรม และเกณฑ์พิจารณาทางด้าน"เนื้อหาสาระ"ของนิติกรรม

3.1.1 การใช้องค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

การใช้องค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาก็คือ การพิจารณาจากลักษณะขององค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น โดยในเบื้องต้นหากองค์กรใดเป็นองค์กรทางปกครอง(organe administratif) นิติกรรมต่าง ๆที่กระทำโดยองค์กรนั้น ก็จะต้องเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" และถ้าองค์กรใดเป็นองค์กรทางนิติบัญญัติ นิติกรรมที่กระทำโดยองค์กรนั้นก็ย่อมเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ"[70]

ปัญหาในเบื้องต้นจึงมีอยู่เพียงว่า อะไรคือองค์กรทางนิติบัญญัติ

ปัญหาดังกล่าวนี้ เป็นปัญหาที่ไม่มีข้อยุ่งยากแต่อย่างใด ด้วยเหตุที่การพิจารณาองค์กรทางนิติบัญญัติ ย่อมพิจารณาได้จากรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีของฝรั่งเศสนี้รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสกำหนดไว้ชัดเจนแล้วว่า องค์กรใดเป็นองค์กรทางนิติบัญญัติ

---

[69]โภคิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส," เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง เสนอที่คณะกรรมธิการการปกครอง สภาผู้แทนราษฎร 3-4 กรกฎาคม 2532, หน้า 22. (อัดสำเนา)

[70]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฯ," หน้า 12.

ตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน(ค.ศ. 1958) กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า องค์กรทางนิติบัญญัติคือรัฐสภา (le Parlement) อันประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎร(l'Assemblée Nationale) และวุฒิสภา (le Sénat)[71] และดังนั้น บรรดานิติกรรมทั้งหลายที่กระทำโดยรัฐสภา อันได้แก่ รัฐบัญญัติ ข้อบังคับ และมติของสภาจึงเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และในทางตรงกันข้ามย่อมมีความหมายโดยนัยด้วยว่า นิติกรรมที่กระทำโดยองค์กรดังกล่าวมิใช่นิติกรรมทางปกครอง

3.1.2 การใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

หากพิจารณาในด้านเนื้อหาสาระแล้ว นิติกรรมอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป และนิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย ซึ่งศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ เห็นว่า วิธีการแบ่งแยกประเภทของนิติกรรมเช่นนี้อาจนำไปใช้ในการแบ่งแยกระหว่าง "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" กับ"นิติกรรมทางปกครอง"ได้ กล่าวคือ ข้อกำหนดทุกอย่างที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นซึ่งมีผลเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด จะถือว่าเป็น"นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" แต่ถ้าหากเป็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเฉพาะรายซึ่งกำหนดขึ้นในรูปของนิติกรรมแบบอัตวิสัย(actes subjectifs) แล้วก็หมายถึงนิติกรรมทางปกครอง นั่นเอง[72]

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในปัจจุบัน การพิจารณาเพื่อแยกความแตกต่างระหว่าง"นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" กับ "นิติกรรมทางปกครอง" แม้จะต้องอาศัยเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่บ้าง แต่ก็เป็นเรื่องที่ไม่มีข้อยุ่งยากนัก เพราะการพิจารณาโดยใช้ลักษณะขององค์กร และใช้เนื้อหาสาระเป็นเกณฑ์ มีความเป็นระบบและสามารถให้คำอธิบายได้ตามสมควร อนึ่ง สมควรกล่าวเสริมไว้ ณ ที่นี้ด้วยว่า

---

[71]โภคิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส," หน้า 26.

[72]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฯ," หน้า 14-15.

โดยที่ตัวอย่างของนิติกรรมทางนิติบัญญัติที่เห็นได้ชัดประการหนึ่ง คือ "รัฐบัญญัติ" (la loi) และโดยที่ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสกำหนดอำนาจและขอบเขตในการตรา"รัฐบัญญัติ"(la loi) และอำนาจและขอบเขตในการออกกฎหมายโดยฝ่ายบริหารไว้ค่อนข้างจะเปิดช่องให้มีการตีความได้ต่างกัน ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับ"นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" จึงมิได้อยู่ที่ว่านิติกรรมใดเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติหรือไม่ แต่กลับเป็นปัญหาว่า "รัฐบัญญัติ"(la loi)มีความหมายและขอบเขตเพียงใด[73]

3.2 การพิจารณาความหมายของนิติกรรมทางปกครองเปรียบเทียบกับ"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด" (acte juridictionnel)

แต่เดิมนั้น ปัญหาที่ว่า นิติกรรมทางปกครอง(acte administratif) และนิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด (acte juridictionnel) มีข้อแตกต่างกันอย่างไรหรือไม่ เป็นปัญหาที่นักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสในสมัยต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ไม่ได้ให้ความสำคัญมากนัก โดยปรมาจารย์ทางกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสในสมัยนั้นหลายท่านเช่น แบร์เธเลมี(Berthelemy) โอริยู(Hauriou) และกาเร่ เดอ มาลแบร์(Carré de Malberg) ได้เคยแสดงความเห็นไว้ว่า อำนาจหน้าที่ (fonctions)ที่สำคัญของรัฐคงมีเพียง 2 อย่างเท่านั้น คือ อำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ (fonction législative) ซึ่งได้แก่การวางกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไป และอำนาจหน้าที่ทางปกครอง(fonction administrative) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดไว้โดยนำมาใช้บังคับกับกรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจริงเป็นการเฉพาะราย ดังนั้น จึงไม่มีข้อแตกต่างอะไรระหว่างนิติกรรมทางปกครอง(acte administratif)และคำพิพากษาหรือ"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด"

---

[73] ปัญหาในเรื่องความหมายและขอบเขตของ"รัฐบัญญัติ"นี้มีอยู่อย่างไร โปรดดูในโภคิน พลกุล, "คดีปกครองในฝรั่งเศส," หน้า 22-25.

(acte juridictionnel) เพราะนิติกรรมทั้งสองประเภทต่างก็เป็นการบังคับใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปนั่นเอง[74]

แนวความเห็นดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากจากนักกฎหมายมหาชนในรุ่นต่อมาซึ่งเห็นว่า ที่จริงแล้ว "นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด"นั้นมีความเป็นเอกเทศของตนเองต่างหากจากนิติกรรมทางปกครอง และเห็นว่านิติกรรมทั้งสองประเภทยังมีข้อแตกต่างกันอยู่[75] ดังนั้น ในเวลาต่อมาปัญหาดังกล่าวนี้จึงเป็นปัญหาที่นักนิติศาสตร์ได้ให้ความสำคัญ

อย่างไรก็ดี แม้นักกฎหมายมหาชนในรุ่นต่อ ๆ มาค่อนข้างเห็นพ้องต้องกันว่าปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่สำคัญ แต่นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการก็ยังมีความเห็นแตกต่างกันในประเด็นที่ว่าจะใช้เกณฑ์ใดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมใดมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด (acte juridictionnel) ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่มีการโต้แย้งกันมามาก แม้ในปัจจุบันก็ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่

ในที่นี้ อาจกล่าวได้ว่าเกณฑ์ที่นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการและศาลปกครองใช้ในการพิจารณา อาจแบ่งออกได้เป็น 2 เกณฑ์ใหญ่ ๆ คือ เกณฑ์ทางด้านรูปแบบหรือองค์กร (critères formels et organiques) กับเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาสาระของนิติกรรม (critères matériels)

3.2.1 การใช้รูปแบบหรือองค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา (critères formels et organiques)

---

[74]Henry Solus et Roger Perrot, Droit Judiciaire Privé (Paris : Sirey, 1961), 1 : 428.

[75]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "เอกสารทางวิชาการประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522," วารสารกฎหมายปกครอง 7 (สิงหาคม 2531) : 660-661.

นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการบางคนเห็นว่าจะต้องพิจารณาจากองค์กรที่เป็นผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น(critère organique) บางคนเห็นว่าจะต้องพิจารณาจากวิธีการปฏิบัติงานหรือวิธีพิจารณาความที่นำไปสู่นิติกรรมนั้น (critère procedural) บางคนเห็นว่าต้องพิจารณาจากผลของนิติกรรมนั้นว่าเป็นที่สุดหรือไม่ และบางคนก็เห็นว่าจะต้องอาศัยเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นประกอบกัน

(ก) การใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

กาเร่ เดอ มาลแบร์(Carré de Malberg) ปรมาจารย์ทางกฎหมายมหาชนคนหนึ่งของฝรั่งเศสในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ได้เคยแสดงความเห็นไว้ว่าการพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็น"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด" หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่านิติกรรมนั้นเกิดมาจากองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง (juridiction)ใช่หรือไม่

อย่างไรเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง (juridiction) นั้น โดยทั่วไปอาจกล่าวได้ว่า ย่อมสามารถพิจารณาได้จากกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้นนั่นเอง โดยในกรณีที่กฎหมายซึ่งจัดตั้งองค์กรนั้นระบุไว้โดยตรงโดยเรียกองค์กรนั้นว่า "juridiction"หรือระบุว่าองค์กรนั้นมีลักษณะเป็นเช่นนั้น (ayant le caractère juridictionnel)หรือในกรณีที่กฎหมายมิได้ระบุไว้โดยตรงแต่ใช้ถ้อยคำต่าง ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างชัดเจนเพียงพอ เช่น เรียกคำวินิจฉัย (décision)ขององค์กรนั้นว่า "jugement" กรณีเช่นนี้ถือว่าองค์กรดังกล่าวนั้นมีลักษณะเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง[76]

กาเร่ เดอ มาลแบร์ ผู้ซึ่งเสนอให้ใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ได้อธิบายถึงลักษณะขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งไว้ด้วยว่า เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในรูปคณะกรรมการ(tribunal) ซึ่งมีหลักประกันในด้านความเป็นอิสระและความเป็นกลาง

---

[76]ชาญชัย แสวงศักดิ์, "เอกสารทางวิชาการประกอบการพิจารณาปัญหาฯ," หน้า 658-659.

นอกจากนั้น นักนิติศาสตร์อีกท่านหนึ่งคือศาสตราจารย์สต๊าซซีโนปูล็อส(Stassinopoulos) ได้ให้คำอธิบายไว้ว่าเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญที่สุดก็คือ การที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรนั้นในอันที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้เองโดยอิสระโดยที่คำวินิจฉัยขององค์กรนั้นไม่ต้องอยู่ใต้อำนาจการตรวจสอบหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงของผู้บังคับบัญชาที่อยู่เหนือขึ้นไป กล่าวคือกฎหมายกำหนดให้คำวินิจฉัยขององค์กรนั้นเป็นที่สุด(la force de la chose jugée)[77]

สำหรับศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น ได้ใช้วิธีการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้นว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้องค์กรนั้นเป็นองค์กรทางปกครองหรือองค์กรทางตุลาการ ทั้งนี้ ด้วยการพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ขององค์กร ตลอดจนโครงสร้างและวิธีพิจารณาขององค์กรนั้นตามที่กฎหมายกำหนด โดยจะพิจารณาว่าองค์กรนั้นมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยคำวินิจฉัยเป็นที่สุดหรือไม่เป็นเกณฑ์หลัก และพิจารณาจากโครงสร้างและวิธีพิจารณาขององค์กรนั้นเป็นเกณฑ์รอง[78]

อย่างไรก็ดี แนวความเห็นที่เสนอให้ใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ได้รับการวิจารณ์จากนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการคนอื่นว่าน่าจะไม่ถูกต้อง และมิได้เป็นการแก้ปัญหาแต่กลับเป็นการเปลี่ยนปัญหาเสียใหม่ ทั้งนี้ในประการแรก เนื่องมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า ในปัจจุบันมีการจัดตั้งคณะกรรมการฝ่ายปกครอง(Commissions administratives)ขึ้นเป็นจำนวนมากจนไม่อาจทราบได้ว่าคณะกรรมการใดมีฐานะอย่างไร ซึ่งหากใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแล้วก็คงจะต้องมีปัญหาต่อไปอีกว่า แล้วจะทราบได้อย่างไรว่าองค์กร

---

[77]Michel Stassinopoulos, Traité des actes administratifs, (Athènes : Collection de l' institut francais d' Athènes, 1954), p. 48.

[78]André de Laubadère, Traité élémentaire de Droit Administratif, pp. 185-187.

นั้นเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือไม่ ในประการที่สอง ยังมีสถาบันอีกเป็นจำนวนมากที่มีความเป็นอิสระอย่างเต็มที่แต่คำวินิจฉัยของสถาบันเหล่านั้นมิได้มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด เช่น คณะกรรมการออกธงคำตอบสำหรับข้อสอบ(jury d'examens) และในประการสุดท้าย แม้ว่าองค์กรนั้นมีลักษณะเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง แต่ก็มิได้หมายความว่านิติกรรมทุกอย่างขององค์กรนั้นจะต้องเป็น"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด"เสียในทุกกรณี เช่น การที่สภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลได้ให้คำปรึกษาทางกฎหมายและได้ช่วยตรวจหรือยกร่างกฎหมายให้แก่รัฐบาล หรือการที่ศาลยุติธรรมได้กำหนดบัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญประจำศาล เป็นต้น การกระทำดังกล่าวมิได้เป็นนิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาดแต่อย่างใด[70]

(ข) การใช้วิธีการปฏิบัติงานหรือวิธีพิจารณาความเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

ความไม่เพียงพอของเกณฑ์ในการพิจารณาตาม(ก) ทำให้นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการกลุ่มแรกพยายามที่จะค้นหาเกณฑ์อื่นมาเสริม โดย กาเร่ เดอ มาลแบร์ ได้เสนอความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า สิ่งที่ทำให้องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง(la juridiction)แตกต่างจากฝ่ายปกครอง(l' Administration) นั้น มิได้ขึ้นอยู่ที่ว่านิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาดคือการชี้ขาดว่าตามหลักกฎหมายแล้วใครเป็นฝ่ายถูก ใครเป็นฝ่ายผิด แต่ขึ้นอยู่กับ"วิธีการ"โดยเฉพาะที่จะนำมาสู่การชี้ขาดเช่นว่านั้น เช่น มีการเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ชี้แจงข้ออ้างข้อเถียงของตน ตลอดจนแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนหรือไม่เพียงใด และจะต้องมีการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งความเห็นเช่นนี้นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการบางคนเช่น ลองปูเอ(Lampue)ได้ทักท้วงไว้ว่า แม้ว่าการใช้วิธีพิจารณาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานั้นจะเป็นเครื่องบ่งชี้ที่เป็นประโยชน์ แต่ก็ไม่ใช่ว่าเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาที่เด็ดขาดทีเดียวนัก โดย

---

[70] Henry Solus et Roger Perrot, Droit Judiciaire Privé, pp.429-432.

ยกตัวอย่างของ"สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด(Conseils de préfecture)" ซึ่งนโปเลียน โบนาปาร์ต ได้จัดตั้งขึ้นในสมัยเดียวกันกับสภาแห่งรัฐโดยกำหนดให้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองบางประเภทได้เอง จึงมีฐานะเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง(juridiction)มาตั้งแต่แรกแล้ว แต่ในระยะแรก "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด"ยังมิได้กำหนดวิธีพิจารณาความอย่างศาลแต่อย่างใด หากแต่ค่อย ๆ สร้างวิธีพิจารณาความของตนขึ้นมาทีละเล็กทีละน้อยในภายหลังต่างหาก[80]

(ค) การใช้ผลของนิติกรรมนั้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการบางคน เช่น ชาปิโย (Japiot)และแช็ช(Jèze)เสนอให้ใช้ผลของนิติกรรมมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยเห็นว่า ลักษณะเฉพาะของ"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด"ที่นิติกรรมอื่นใดไม่มีก็คือ "l'autorité de la chose jugée" หรือ "res judicata" ซึ่งหมายความว่า เมื่อพ้นกำหนดเวลาสำหรับอุทธรณ์ฎีกาแล้วและไม่มีการอุทธรณ์ฎีกา หรือมีการอุทธรณ์ฎีกาแต่เมื่อองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งในชั้นที่สุดวินิจฉัยชี้ขาดอย่างไรกฎหมายกำหนดให้ถือว่า"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด"นั้นเป็นที่สุด คู่ความเดียวกันจะรื้อฟื้นขึ้นมาฟ้องร้องในประเด็นที่ได้วินิจฉัยไว้แล้วโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันอีกไม่ได้ และกฎหมายให้ถือว่าเป็นอันยุติ นั้น ลักษณะเฉพาะดังกล่าวนี้เองที่สามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมนั้นเป็น"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด"หรือไม่[81] อย่างไรก็ดี ยังมีนักนิติศาสตร์บางคนวิพากษ์วิจารณ์แนวความเห็นนี้อีกว่า เป็นการวางเกณฑ์ในการพิจารณาที่ผิดวิธี กล่าวคือ จุดมุ่งหมายสำคัญของการค้นหาว่านิติกรรมขององค์กรหนึ่งองค์กรใดที่เป็นปัญหานั้นเป็น"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด" หรือไม่ ก็เพื่อที่จะได้ทราบว่านิติกรรมนั้นกฎหมายให้ถือว่าเป็นที่สุดหรือไม่ ฉะนั้น

---

[80] Ibid., pp. 432-433.

[81] ชาญชัย แสวงศักดิ์, "เอกสารทางวิชาการประกอบการพิจารณาปัญหาฯ," หน้า 663.

การใช้ผลของนิติกรรมนั้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาจึงเป็นการพิจารณาที่"กลับหัวกลับหางกัน"[82]

3.2.2 การใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา(critères matériels)

นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการอีกกลุ่มหนึ่ง เช่น โอริยู (Hauriou) และเอโบร(Hebraud)เห็นว่า ลักษณะบ่งเฉพาะของ"acte juridictionnel"นั้นมิได้อยู่ที่รูปแบบหรือลักษณะภายนอกของนิติกรรมนั้น แต่อยู่ที่เนื้อหาสาระของนิติกรรมนั้น โดยเห็นว่า"acte juridictonnel" ก็คือนิติกรรมที่มีจุดมุ่งหมายที่จะชี้ขาด"ข้อโต้แย้ง(contestation)"โดยอาศัยกฎหมายเป็นหลัก แต่คำว่า"ข้อโต้แย้ง"ที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณานั้นอาจมีความหมายได้หลายอย่าง กล่าวคือ ในความหมายสามัญ "ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาท"นั้นย่อมหมายถึงการที่คู่ความสองฝ่ายเผชิญหน้ากันในศาลโดยแต่ละฝ่ายต่างก็ชี้แจงข้ออ้างข้อเถียงของตนและหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถ้าหากถือเอาความหมายตามนัยนี้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแล้วก็จะทำให้มีความหมายแคบเกินไป เพราะจะไม่คลุมถึงกรณีต่าง ๆ อีกหลายกรณี เช่น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมในคดีที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การซึ่งศาลพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียว หรือคำพิพากษาของศาลปกครองในคดีที่โจทก์ขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(recours pour excès de pouvoir)อันเป็นคดีปกครองประเภทที่สำคัญที่สุดของฝรั่งเศส ซึ่งในคดีประเภทนี้โจทก์กล่าวหาว่า"นิติกรรมทางปกครอง"ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยมิได้ฟ้อง"เจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครอง"ที่เกี่ยวข้องเป็นจำเลยโดยตรง ด้วยเหตุนี้ นักนิติศาสตร์หลายคน เช่น วิชิโอซ(Vizioz) และบอนนาร์(Bonnard) จึงเห็นว่าน่าจะถือเอา"ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาท"ในความหมายอย่างกว้างเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยเห็นว่ากรณีที่สิทธิประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดถูกกระทบกระเทือนหรือถูกละเมิดเพราะเหตุที่บุคคลอีกบุคคลหนึ่งกระทำการหรืองดเว้น

---

[82]Henry Solus et Roger Perrot, Droit Judiciaire Privé, หน้า 422.

กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเพิกเฉยหรือไม่ยอมปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของบุคคลนั้นเป็นเหตุให้การใช้สิทธิของบุคคลนั้นต้องหยุดชะงักลงเนื่องจากยังมีข้อสังสัยเกี่ยวกับความมีอยู่หรือขอบข่ายของสิทธินั้น ก็ถือได้แล้วว่ามีข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วโดยไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการโต้แย้งหรือพิพาทกันอย่างแท้จริงระหว่างคู่ปฏิปักษ์[83]

3.2.3 การใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลาย ๆ อย่างประกอบกัน นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการบางคนเช่น โซลุสและแปโรต์ (Solus et Perrot) เห็นว่า ถึงแม้ว่าการใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายที่จะชี้ขาดข้อโต้แย้งโดยอาศัยกฎหมายเป็นหลักหรือไม่นั้น จะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาที่ค่อนข้างจะแน่นอนมากที่สุดก็ตาม แต่ก็ไม่แน่นอนเสมอไป ดังนั้น นักนิติศาสตร์เหล่านี้จึงเห็นว่า น่าจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลาย ๆ อย่างดังกล่าวข้างต้นประกอบกัน กล่าวคือ ควรจะพิจารณาดูว่านิติกรรมที่เป็นปัญหานั้นเป็นนิติกรรมของ"องค์กร"ซึ่งมีลักษณะต่าง ๆ ขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง(juridiction)ที่ชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทโดยอาศัยกฎหมายหรือไม่เป็นหลัก ทั้งนี้ ตามวิธีพิจารณาความที่ให้ความคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความ และพิจารณาดูว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นเมื่อคดีถึงที่สุดแล้วกฎหมายให้ถือว่าเป็นที่สุดโดยคู่ความไม่อาจรื้อฟื้นขึ้นมาฟ้องร้องกันใหม่ได้อีก (res judicata) ใช่หรือไม่[84]

สำหรับแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในเรื่องนี้ ในเบื้องต้น สภาแห่งรัฐจะพยายามค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้นว่ามีจุดมุ่งหมายที่จะให้นิติกรรมขององค์กรนั้นเป็น"นิติกรรมทางวินิจฉัยชี้ขาด" หรือไม่ แต่ในกรณีที่ไม่สามารถค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ สภาแห่งรัฐก็จำเป็นอยู่เองที่จะต้อง

---

[83] Ibid., pp.438-439.

[84] Ibid., pp.440-441.

กำหนดเกณฑ์ในการวินิจฉัยขึ้นมาเองโดยสภาแห่งรัฐได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากจากแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการ ดังนั้น แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในเรื่องนี้จึงเปลี่ยนแปลงไปในแต่ละสมัยตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการด้วย[85] และในปัจจุบัน สภาแห่งรัฐได้ใช้เกณฑ์ในการพิจารณาด้านเนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์หลัก และใช้เกณฑ์ในการพิจารณาด้านรูปแบบและองค์กรเป็นเกณฑ์รอง[86]

4. <u>การพิจารณาความหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยเปรียบเทียบกับนิติกรรมทางแพ่ง</u>

การพิจารณาเปรียบเทียบนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางแพ่งได้กล่าวมาบ้างแล้ว ในส่วนของข้อเสนอให้ใช้คำว่า "นิติกรรม" ในการแปลคำว่า "acte administratif"(บทที่ 1 ส่วนที่ 2 ภาค 1) และในส่วนของการพิจารณาความหมายทั่วไปของคำว่านิติกรรมทางปกครอง (ข้อ 1 ของบทนี้) ซึ่งพอทำให้เห็นได้ว่ามีข้อเหมือนกันอย่างไรบ้าง อย่างไรก็ดี ในส่วนนี้จะได้พิจารณาเปรียบเทียบนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางแพ่งอีกครั้งหนึ่ง โดยนำเอาลักษณะหรือองค์ประกอบของนิติกรรมทางแพ่งมาเปรียบเทียบกับนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้โดยประสงค์ที่จะแสดงให้เห็นชัดเจนยิ่งขึ้นว่า นิติกรรมทางแพ่งและนิติกรรมทางปกครองมี"ลักษณะหรือองค์ประกอบร่วม"ของการกระทำที่เป็น "นิติกรรม" อย่างไร แท้จริงแล้วอะไรคือข้อแตกต่างพื้นฐานระหว่างนิติกรรมทางแพ่งและนิติกรรมทางปกครอง และจากข้อแตกต่างพื้นฐานมีผลให้เกิดข้อแตกต่างประการใดที่ตามมาอีกบ้าง

---

[85] J.-M. Auby et R. Drago, <u>Traité de Contentieux Administratif</u> (Paris : L.G.D.J., 1984), 2 : 302.

[86] ชาญชัย แสวงศักดิ์, "เอกสารทางวิชาการประกอบการพิจารณาปัญหาฯ," หน้า 667.

4.1 ลักษณะหรือองค์ประกอบร่วม

นิติกรรมทางแพ่งมีองค์ประกอบอย่างไร นั้น อาจพิจารณาได้จากบทวิเคราะห์ศัพท์ของนิติกรรม ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในมาตรา 112

องค์ประกอบของนิติกรรม จึงอาจแยกได้ดังนี้[87]

1) การใด ๆ ที่บุคคลกระทำลง

2) การที่บุคคลกระทำลงต้องเป็นการชอบด้วยกฎหมาย

3) ต้องเป็นการที่ทำลงโดยใจสมัคร

4) ต้องมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์

5) นิติสัมพันธ์ที่มุ่งจะผูกขึ้นต้องเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

6) ต้องกระทำเพื่อก่อความเคลื่อนไหวในสิทธิ

องค์ประกอบประการที่หนึ่ง : การใด ๆ ที่บุคคลกระทำลง

องค์ประกอบข้อนี้กล่าวอีกอย่าง ก็คือนิติกรรมต้องเป็นการกระทำของบุคคล

ที่ว่าจะเป็นนิติกรรมได้จะต้องมีการกระทำ หมายถึงต้องมีการแสดงเจตนา[88] เหตุผลที่จำต้องมีการกระทำหรือการแสดงเจตนาก็เพราะถ้าเพียงบุคคลมีเจตนาหรือคิดอยู่ในใจไม่เผยเจตนาออกมาก็ย่อมจะไม่มีผู้ใดทราบ และย่อมไม่มีทางที่จะเกิดผล

องค์ประกอบประการที่สอง : ต้องเป็นการชอบด้วยกฎหมาย

นิติกรรมเป็นเรื่องที่กฎหมายยอมรับบังคับบัญชาให้เป็นไปตาม

---

[87] โปรดดูมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบด้วย

[88] หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 35.

เจตนาของผู้กระทำ จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่ต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย[89] การกระทำใด ๆ ที่กฎหมายไม่ห้ามย่อมเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย[90] การใด ๆที่ขัดต่อประโยชน์ส่วนได้เสียของประเทศชาติหรือประชาชนเป็นส่วนรวม ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม กฎหมายจะขัดขวางไม่ยอมรับรองการกระทำอันนั้น องค์ประกอบของนิติกรรมข้อนี้จึงแสดงข้อขีดขั้นเขตจำกัดในความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา[91]

องค์ประกอบประการที่สาม ต้องกระทำโดยใจสมัคร

องค์ประกอบข้อนี้หมายความว่าผู้แสดงเจตนาจะต้องแสดงเจตนาออกมาโดยสมัครใจ[92] คือแสดงเจตนาออกมาโดยอิสระและตรงกับความรู้สึกนึกคิด[93] หรืออีกนัยหนึ่งได้กระทำโดยตั้งใจ มิได้กระทำลงไปเพราะสำคัญผิดหรือถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่[94]

การแสดงเจตนาโดยไม่สมัครใจอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือกรณีที่ผู้กระทำมิได้มีเจตนาเสียเลย เช่นกรณีที่มีการใช้อำนาจเด็ดขาด(vis absoluta) แก่ร่างกายของบุคคล หรือกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาความสมัครใจ แต่ความสมัครใจเกิดขึ้นโดยถูกหลอกลวงหรือบังคับข่มขู่ เช่นกรณีที่มีแต่เพียงการใช้อำนาจบังคับ (Viscompulsive)

---

[89]ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา , หน้า 16.

[90]ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 12.

[91]ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 17.

[92]หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 36.

[93]ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบาย ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 15.

[94]เสริม วินิจฉัยกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 6.

องค์ประกอบประการที่สี่ : ต้องมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์

หมายความว่าผู้แสดงเจตนาจะต้องมีความมุ่งหมายที่จะให้เกิดความผูกพันในทางกฎหมายขึ้นระหว่างกัน[95] และแม้จะมีความมุ่งหมายผูกความสัมพันธ์กันขึ้นแต่ถ้าเป็นไปในทางอัธยาศัยไมตรีหรือทางสังคม ไม่ใช่ความสัมพันธ์ทางกฎหมายคือนิติสัมพันธ์แล้ว การที่ทำไปก็หาใช่นิติกรรมไม่[96]

องค์ประกอบประการที่ห้า : ต้องเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

ความสำคัญขององค์ประกอบข้อนี้ ก็เพื่อจะจำกัดความหมายให้นิติกรรมเป็นเรื่องที่ทำกันเองระหว่างบุคคล ไม่หมายถึงความผูกพันระหว่างบุคคลกับสัตว์หรือวัตถุอื่นที่ไม่อาจมีสิทธิหน้าที่อย่างใดได้ตามกฎหมาย[97]

อนึ่ง คำว่าบุคคลย่อมหมายความได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และไม่มีความจำเป็นอย่างใดเลยที่นิติกรรมจะต้องเป็นการที่ทำกันระหว่างบุคคลสองฝ่าย อาจเป็นเรื่องที่คน ๆ เดียวผูกมัดตนเองเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น หรืออาจเป็นเรื่องที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจำนวนตั้งพันตั้งหมื่นก็เป็นได้[98]

องค์ประกอบประการที่หก : ต้องกระทำเพื่อก่อความเคลื่อนไหวในสิทธิ

การก่อความเคลื่อนไหวในสิทธิ ได้แก่การก่อสิทธิ การเปลี่ยนแปลงสิทธิ การโอนสิทธิ การสงวนสิทธิ หรือการระงับสิทธิ อนึ่ง สิทธิที่จะเกิดอาการเคลื่อนไหวจากการกระทำนิติกรรมนี้หมายความถึงสิทธิเรียกร้องอันมีอยู่ต่อบุคคลเฉพาะคู่กรณีหรือเรียกว่าบุคคลสิทธิ (jus in personnam)[99]

---

[95] หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 36.

[96] ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ป.พ.พ.ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, หน้า 20.

[97] เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

[98] เรื่องเดียวกัน

[99] ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 17

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบในทางกฎหมายของนิติกรรมทางแพ่งแล้ว นิติกรรมทางปกครองจะมีองค์ประกอบดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร อาจพิจารณาได้ดังนี้

<u>องค์ประกอบประการแรก</u> : นิติกรรมจะต้องมีการกระทำคือการแสดงเจตนา

โดยปกติการดำเนินการของรัฐจะกระทำไปภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ แต่"รัฐ"มีลักษณะเป็นนามธรรม การกระทำใด ๆ จึงต้องกระทำโดยผ่านทางตัวบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใด ๆ ไปตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย จึงเป็นการแสดงเจตนาในนามของรัฐให้ปรากฏออกมา เมื่อพิจารณากันในแง่นี้ นิติกรรมทางปกครองจึงมีองค์ประกอบคือต้องมีการแสดงเจตนาทำนองเดียวกับองค์ประกอบประการแรกของนิติกรรมทางแพ่งเช่นกัน

<u>องค์ประกอบประการที่สอง</u> : ต้องเป็นการชอบด้วยกฎหมาย

องค์ประกอบข้อนี้เห็นได้ชัดเจน เนื่องจากฝ่ายปกครองจะดำเนินการใดได้ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย

<u>องค์ประกอบประการที่สาม</u> : ต้องกระทำโดยใจสมัคร

โดยที่นิติกรรมทางปกครอง จะเป็นการใช้อำนาจสั่งการบังคับบัญชาไปโดยฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว โดยไม่จำต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง เช่นนี้อาจทำให้เข้าใจว่า เมื่อเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครองมิได้มีใจสมัคร ฉะนั้น นิติกรรมทางปกครองจึงขาดองค์ประกอบของนิติกรรมในข้อนี้

กรณีจึงต้องย้อนกลับไปพิจารณาถึงองค์ประกอบข้อนี้ของนิติกรรมในทางแพ่งว่า ที่ว่าต้องกระทำโดยใจสมัครนั้น นิติกรรมทางแพ่งพิจารณาจากเจตนาของบุคคลใด ซึ่งกรณีนี้จะเห็นได้ว่า นิติกรรมทางแพ่งพิจารณาเฉพาะตัว "ผู้แสดงเจตนา" หรือ "ตัวผู้กระทำนิติกรรม" เท่านั้น หาได้พิจารณาเลยไปถึงบุคคลอื่นด้วยแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น เมื่อองค์ประกอบข้อนี้พิจารณาจากตัว "ผู้แสดงเจตนา" เป็นสำคัญ กรณีของนิติกรรมทางปกครองจึงมีข้อพิจารณาแต่เพียงว่า ในการแสดงเจตนาของรัฐ (ซึ่งโดยปกติกระทำโดยผ่านทางตัวบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ)นั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยใจสมัครหรือไม่ ซึ่งในหลักการ การกระทำ

ของเจ้าหน้าที่จะมีผลผูกพันรัฐต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำโดยใจสมัคร หากกระทำไปโดยไม่สมัครใจก็ถือว่าขาดองค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองเช่นกัน เมื่อเป็นเช่นนี้กรณีจึงเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์อย่างเดียวกับในทางแพ่งนั่นเอง

องค์ประกอบประการที่สี่ : ต้องมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์

การกระทำของฝ่ายปกครองบางอย่าง เช่น การให้คำแนะนำปริกษานั้น มิได้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด ทั้งนี้ ก็ด้วยเหตุที่การกระทำดังกล่าวมิได้มุ่งให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย ดังนั้น ที่จะเป็นนิติกรรมทางปกครอง จึงต้องเป็นการกระทำที่มุ่งให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายเป็นสำคัญ

องค์ประกอบประการที่ห้า : ต้องเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

องค์ประกอบข้อนี้ก็เป็นเช่นเดียวกับนิติกรรมทางแพ่ง คือ เป็นการก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างบุคคลคือฝ่ายปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครอง

องค์ประกอบประการที่หก : ต้องกระทำเพื่อก่อความเคลื่อนไหวในสิทธิ

นิติกรรมทางปกครองเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิ(faisant grief) ดังนั้น จึงนับว่ามีองค์ประกอบข้อนี้เช่นกัน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาองค์ประกอบต่าง ๆ ของนิติกรรมทางแพ่งเปรียบเทียบกับนิติกรรมทางปกครองตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว จึงกล่าวได้ว่านิติกรรมทั้งสองประเภทต่างก็มี"องค์ประกอบร่วม"เป็นอย่างเดียวกัน

4.2 ข้อแตกต่างพื้นฐาน

อย่างไรก็ดี การที่นิติกรรมทั้งสองประเภทมี"องค์ประกอบร่วม"เป็นอย่างเดียวกันเช่นนี้ หาได้หมายความว่านิติกรรมทั้งสองประเภทจะเหมือนกันไม่ตรงกันข้าม นิติกรรมทางแพ่งและนิติกรรมทางปกครองกลับมีข้อแตกต่างกัน ทั้งนี้เนื่องจากหลักพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง กับหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองมีความแตกต่างกัน(ในจุดนี้หากพิจารณาองค์ประกอบในทางตำราของนิติกรรม ซึ่งแยกองค์ประกอบในประการหนึ่งไว้อย่างชัดเจนที่ว่า นิติกรรมทางแพ่งต้องเป็นการแสดงเจตนาในฐาน"เอกชน"หรือเป็นการแสดงเจตนาในทางแพ่งนั้น จะทำให้เห็นได้โดย

ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า ข้อแตกต่างพื้นฐานระหว่างนิติกรรมทางแพ่งกับนิติกรรมทางปกครองอยู่ที่องค์ประกอบในเรื่องการแสดงเจตนานี้เองว่า เป็นการแสดงเจตนาในฐานะที่ต่างกัน)

ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันนั้น เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีฐานะเท่าเทียมกัน เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการดำเนินการของเอกชน คือการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว บุคคลใดจะประสงค์ให้เกิดความผูกพันกับบุคคลใด หรือไม่และอย่างไรนั้นเป็นไปโดยอิสระและเสรี หรือที่เรียกว่าอิสระทางแพ่ง หลักกฎหมายแพ่งจึงเป็นบทบัญญัติที่วางฐานอยู่บนหลักเสรีภาพอย่างลึกซึ้ง[100] แม้กรณีละเมิดตามมาตรา ๔๒๐ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่า บุคคลต้องรับผิดต่อกรรมซึ่งตนเองทำไว้ ก็เป็นหลักที่วางฐานอยู่บนเสรีภาพเช่นกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะกระทำการใด ๆ ก็ได้แต่ต้องรับผิดต่อกรรมที่ตนทำไว้[101] กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม(ทางแพ่ง) จึงมีรากฐานจากหลักในเรื่องเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนานั่นเอง[102]

ขณะที่ วัตถุประสงค์ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงได้รับเอกสิทธิแห่งอำนาจมหาชน ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครองจึงไม่ใช่เรื่องที่แต่ละฝ่ายอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันเช่นอย่างกฎหมายเอกชน หากแต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า พื้นฐานของหลักกฎหมายปกครองจึงแตกต่างกับพื้นฐานของหลักกฎหมายแพ่ง

---

[100] จิด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 7.

[101] เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

[102] พวงผกา บุญโสภาคย์ และประสาน บุญโสภาคย์, คำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า 9.

เมื่อพื้นฐานของหลักกฎหมายปกครองและหลักกฎหมายแพ่งแตกต่างกันเช่นนี้ จึงมีผลว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันนั้น สภาพทางกฎหมายของเอกชนคนหนึ่งจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยความประสงค์ของเอกชนอีกคนหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่ได้รับ"ความยินยอม" จากเอกชนนั้นไม่ได้ ความยินยอมระหว่างเอกชนต่อเอกชนจัดเป็นวิธีการปกติในการดำเนินการทางกฎหมายเอกชน อันเป็นไปตามหลักเสรีภาพและความเสมอภาคทางกฎหมายระหว่างเอกชนด้วยกัน แม้ว่าจะมีกรณีที่เอกชนคนหนึ่งอาจทำนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งมีผลต่อเอกชนอีกคนหนึ่งได้บ้าง แต่กรณีเช่นว่านั้นส่วนใหญ่จะเป็นเพราะเอกชนนั้นได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนเป็นการล่วงหน้าแล้ว (เช่น กรณีที่ลูกจ้างได้ยอมรับตามสัญญาจ้างแรงงานที่จะปฏิบัติตามคำสั่งลงโทษทางวินัยของนายจ้าง) หรือเป็นเพราะเอกชนนั้นได้ให้ความยินยอมในภายหลัง(เช่น การยอมรับพินัยกรรม และการยอมรับการให้) กฎเกณฑ์เช่นว่านี้เป็นไปตามหลักสำคัญในเรื่องความสัมพันธ์ทางแพ่ง คือ ความเสมอภาคทางกฎหมายระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน แต่กฎหมายปกครองนั้น โดยที่ฝ่ายปกครองได้รับเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน ฉะนั้น ในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง ฝ่ายปกครองจึงสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยไม่ต้องได้รับ"ความยินยอม"จากเอกชนที่เกี่ยวข้อง[103]

ข้อแตกต่างขั้นมูลฐานระหว่างนิติกรรมทั้งสองประเภทจึงอยู่ที่ว่ารากฐานของนิติกรรม(ทางแพ่ง)อยู่บนหลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา ขณะที่นิติกรรมทางปกครอง จะเป็นการใช้อำนาจมหาชน(la puissance publique) ซึ่งจะไม่พบในนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน[104]

---

[103] Jean Rivero, Droit administratif (Paris : Dalloz, 1977), p. 93.

[104] ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฯ," หน้า 18.

4.3 ข้อแตกต่างที่ตามมา

จากข้อแตกต่างขั้นมูลฐานดังกล่าวได้ก่อให้เกิดข้อแตกต่างตามมาอีกหลายประการ คือ

(ก) นิติกรรมตามกฎหมายเอกชนอยู่ภายใต้หลักอิสระในทางแพ่งหรือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (le principe de l'autonomie de la volonté)ที่ว่าเอกชนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่จะก่อนิติสัมพันธ์ใด ๆ ก็ได้ที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ในขณะที่"นิติกรรมทางปกครอง"นั้นจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายเสมอและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีความประสงค์ได้ก็แต่ในเรื่องและตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

(ข) การแสดงเจตนาของเอกชนนั้นมีข้อจำกัดอยู่ที่ตัวเอกชนนั้นเองเท่านั้น เว้นแต่ในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นเท่านั้นที่จะมีข้อจำกัดโดยเจตนาของบุคคลอื่น ในขณะที่"นิติกรรมทางปกครอง"มักจะเป็นการออกคำสั่งให้ราษฎรปฏิบัติตามและฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกนิติกรรมของตนเองในภายหลังได้

(ค) ข้อขัดแย้งกันระหว่างนิติกรรมกับกฎหมายนั้นมีผลที่แตกต่างกันในกฎหมายเอกชนและกฎหมายปกครอง กล่าวคือ ถ้านิติกรรมตามกฎหมายเอกชนขัดแย้งต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วนิติกรรมนั้นก็ย่อมจะไม่สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามที่มุ่งหมายได้ แต่ถ้า"นิติกรรมทางปกครอง"ขัดต่อกฎหมายแล้วนิติกรรมนั้นก็ยังคงสามารถมีผลตามที่ต้องการต่อไปได้จนกว่าฝ่ายปกครองจะสั่งเพิกถอนนิติกรรมนั้น ทั้งนี้ เนื่องจากนิติกรรมทางปกครองได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานที่ว่า"นิติกรรมทางปกครอง"ย่อมชอบด้วยกฎหมายและสามารถมีผลบังคับใช้หรือได้รับการเชื่อฟังและปฏิบัติตามได้จนกว่าจะถูกสั่งเพิกถอน เว้นแต่ในกรณีที่นิติกรรมนั้นขัดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรงจนถึงขั้นที่ต้องถือว่าไม่เคยมีนิติกรรมนั้นในสายตาของกฎหมายมาก่อนเลย

(ง) ข้อแตกต่างอีกประการหนึ่งระหว่างนิติกรรมทั้งสองประเภทนี้ก็คือ การบังคับคดี(l' exécution)หรือการบังคับการให้เป็นไปตามนิติกรรมนั้น กล่าวคือเอกชนจะบังคับคดีให้มีการปฏิบัติตามนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนได้ ก็ต่อเมื่อมีคำพิพากษารับรองสิทธิของตน ในขณะที่ "นิติกรรมทาง

ปกครอง"นั้นมีสภาพบังคับต่อเอกชนที่จะต้องปฏิบัติตามได้ทันทีโดยที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องไปร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งบังคับให้เอกชนปฏิบัติตาม"นิติกรรมทางปกครอง" การที่ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิที่จะบังคับให้เอกชนปฏิบัติตามนิติกรรมของตนได้เอง เช่นนี้เป็นผลมาจากการที่ฝ่ายปกครองมี"อำนาจมหาชน(la puissance publique)" การตรวจสอบของศาลว่า"นิติกรรมทางปกครอง"นั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จะทำกันในภายหลัง (la contrôle a posteriori)[105]

---

[105] Michel Stassinopoulos, Traité des actes administratif (Athènes : Collection de l' institut français d' Athènes, 1954) pp. 32-35. อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฯ," หน้า 18-19.

บทที่ 4

ระบบกฎหมาย(régime juridique)ของนิติกรรมทางปกครอง[1]

1. การเตรียมการจัดทำนิติกรรมทางปกครอง

ในข้อนี้จะขอกล่าวถึงปัญหาที่ควรพิจารณาในเรื่องการเตรียมการจัดทำนิติกรรมทางปกครอง คือ ปัญหาที่ว่าใครเป็นผู้มีอำนาจทำนิติกรรม การทำนิติกรรมจะทำได้ในรูปแบบวิธีการ และภายในเงื่อนไขอย่างไร และนิติกรรมทางปกครองมีผลใช้บังคับเมื่อใด โดยจะขอแยกพิจารณาออกเป็น 2 หัวข้อคือ

1.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (la théorie de la compétence)

1.2 การมีผลบังคับใช้ของนิติกรรมทางปกครอง (l' entrée en application de l' acte administratif)

1.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

โดยหลักทั่วไป นิติกรรมทางปกครองไม่อาจที่จะกระทำโดยเจ้าหน้าที่คนใด ๆ ก็ได้ นิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น ความสามารถตามกฎหมายที่จะกระทำนิติกรรมทางปกครองเช่นนี้เราเรียกว่าเป็น"อำนาจ"(competence)

---

[1]แปลและเรียบเรียงจาก André de Laubadère, Traité élémentaire de Droit administratif, 4° édition. (Paris : L.G.D.J., 1967), pp.243-283.

1.1.1 ลักษณะทั่วไปของกฎเกณฑ์ของอำนาจ

(1) ที่มา

การกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองส่วนหนึ่งจะถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ และอีกส่วนหนึ่งโดยรัฐบัญญัติ(lois) และกฎข้อบังคับ (règlements) ต่าง ๆ อย่างไรก็ดี แนวคำพิพากษาของศาลก็มีส่วนในการกำหนดกฎเกณฑ์ของอำนาจของเจ้าหน้าที่โดยอาศัยพื้นฐาน"หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" ซึ่งกฎเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่ศาลยอมรับเป็น"หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" คือ กฎเกณฑ์เรื่องการขนานกันของอำนาจ(la règle du parallelisme des compétences) กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่ากฎหมายได้กำหนดตัวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการทำนิติกรรมไว้ แต่มิได้กำหนดอำนาจในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกนิติกรรมนั้น ดังนี้ ให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่คนเดียวกันนั้นที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกนิติกรรมดังกล่าว[2]

(2) สภาพและขอบเขตของอำนาจ

การกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของอำนาจเป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด ความเคร่งครัดนี้อาจจะแสดงออกให้เห็นได้ในหลายลักษณะคือ 1) การกระทำผิดต่อกฎเกณฑ์ของอำนาจถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งคู่กรณีสามารถยกขึ้นอ้างได้หรือศาลจะยกขึ้นเองก็ได้ 2) การตีความและการบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับอำนาจจะต้องกระทำอย่างเคร่งครัด เช่น คำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแต่ปรากฏว่าเป็นการลอกเลียนคำสั่งอื่นที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้กระทำไปโดยไม่มีอำนาจ ดังนี้ คำสั่งดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำไปโดยมิชอบ[3] 3) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะให้สัตยาบัน(ratification)

---

[2]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 10 เมษายน 1959, Fourré-Cormeray, D. 1959. 210, Concl. Heumann.

[3]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 25 พฤษภาคม 1962, Bonnec, R. ADM. 1952, 281, Note Liet-Veaux

แก่คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ผู้ออกไม่มีอำนาจออกคำสั่งนั้นไม่ได้[๔]

1.1.2 องค์ประกอบในการกำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่

องค์ประกอบที่จะกำหนดว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดมีอำนาจออกคำสั่งนั้น ๆหรือไม่ ได้แก่

(1) องค์ประกอบของอำนาจที่เป็น "ratione materiae"

คือกฎเกณฑ์ของอำนาจ ซึ่งกำหนดกรณีต่าง ๆ ที่จะอยู่ในขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่แต่ละคน กฎเกณฑ์ดังกล่าวเกี่ยวกับลำดับชั้นของการบังคับบัญชา กล่าวคือ ในการกำหนดให้อำนาจอย่างใดอย่างหนึ่งแก่เจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งนั้น โดยปกติจะกำหนดในลักษณะของการระบุตัวบุคคลตามลำดับชั้นของการบังคับบัญชาจากระดับเหนือลงมาสู่ระดับล่าง การจัดลำดับชั้นของอำนาจเช่นนี้มีความสำคัญ 2 ประการ คือ แสดงให้เห็นว่าผู้ใต้บังคับบัญชาไม่อาจที่จะก้าวก่ายอำนาจของผู้บังคับบัญชาได้ และในขณะเดียวกันผู้บังคับบัญชาก็ไม่อาจที่จะก้าวก่ายอำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เช่นกัน เว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้

ข้อควรพิจารณาต่อมาก็ คือ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะมอบอำนาจให้ผู้อื่นทำการแทนตนได้หรือไม่ และจะมีวิธีการมอบอำนาจกันอย่างไร

ในเรื่องนี้ โดยหลักกฎหมายมหาชนแล้ว การมีอำนาจจะต่างจากการมีสิทธิ กล่าวคือผู้มีอำนาจจะต้องเป็นผู้ที่ใช้อำนาจนั้นเอง จะมอบให้คนอื่นใช้อำนาจนั้นแทนตนไม่ได้

อย่างไรก็ดี มีกรณียกเว้นที่กฎหมายบัญญัติให้มีการมอบอำนาจได้โดยแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ

---

[๔]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 13 มีนาคม 1936, Chevreau, S. 1936.3.62, Concl. Anorieux ; คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2 พฤษภาคม 1945, Machet, 87.

กรณีแรกเป็นการมอบอำนาจในความหมายอย่างแคบ โดยมุ่งถึงการเปลี่ยนแปลงลำดับชั้นของอำนาจที่มีอยู่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้อง โดยการโอนอำนาจของเจ้าหน้าที่คนหนึ่งให้กับเจ้าหน้าที่อีกคนหนึ่ง ซึ่งอาจเรียกการมอบอำนาจในกรณีนี้ว่า"การมอบอำนาจสั่งการ"

ส่วนกรณีที่สองเป็นการมอบอำนาจในการลงนาม ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อต้องการปลดเปลื้องภาระบางส่วนของผู้มอบอำนาจ ด้วยการอนุญาตให้ผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจลงนามแทนตน(fondé de pouvoir)และผู้รับมอบย่อมมีอำนาจตัดสินใจกระทำการใด ๆ แทนในนามของผู้มอบได้ ซึ่งอาจเรียกว่า "การมอบอำนาจลงนาม"

การมอบอำนาจทั้ง 2 กรณีนี้ ไม่มีข้อแตกต่างกันเกี่ยวกับเงื่อนไขในการมอบอำนาจ(conditions de la délégation) คงมีแต่เรื่อง "ผลที่ตามมา"เท่านั้นที่แตกต่างกัน

เงื่อนไขพื้นฐานที่จะทำให้การมอบอำนาจทั้ง 2 ประเภท ดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย มี 3 ประการ คือ

เงื่อนไขประการแรก คือ กรณีการมอบอำนาจตามที่รัฐบัญญัติหรือกฎข้อบังคับ(texte législatif ou réglementaire)ได้กำหนดไว้[5] ซึ่งเงื่อนไขนี้ใช้ได้กับการมอบอำนาจช่วง(subdélégations) ด้วย[6]

เงื่อนไขประการที่สอง คือ การมอบอำนาจนั้น ๆ จะต้องไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย[7] และจะต้องเป็นการมอบอำนาจ

---

[5]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 23 มกราคม 1959, Min. des anciens Combattants, 57.

[6]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 6 มกราคม 1954, Angeras, 8.

[7]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 30 มิถุนายน 1961, Proc. Gen.Cour des Comptes, RDP 1968. P. 845, concl. A. Bernard

ให้แต่เพียงบางส่วน เจ้าหน้าที่จะมอบอำนาจทั้งหมดของตนให้คนอื่นไม่ได้[8]

เงื่อนไขประการที่สาม คือ การมอบอำนาจนั้นจะต้องประกาศอย่างเป็นทางการให้บุคคลทั่วไปทราบ[9]

สำหรับผลทางกฎหมายที่ตามมาของการมอบอำนาจสั่งการกับการมอบอำนาจลงนามนั้น มีข้อแตกต่างกัน 3 ประการ คือ

ประการแรก ในเรื่องของการเปลี่ยนแปลงลำดับชั้นของอำนาจ(l' ordre des compétences) เพราะการมอบอำนาจสั่งการจะทำให้ผู้มอบไม่อาจใช้อำนาจของตนในส่วนที่มอบให้ผู้อื่นทำการแทนนั้นตลอดระยะเวลาของการมอบอำนาจ[10] ตรงกันข้ามกับการมอบอำนาจลงนามซึ่งไม่ทำให้อำนาจของผู้มอบหมดลง

ประการที่สอง การมอบอำนาจสั่งการมุ่งที่ตัวผู้ดำรงตำแหน่งในลักษณะที่เป็นนามธรรม(in abstracto) คือ ถ้ามีการเปลี่ยนตัวผู้ดำรงตำแหน่ง การมอบอำนาจดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่[11] ตรงกันข้ามกับการมอบอำนาจลงนามซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัว (personnelle) คือ การมอบอำนาจลงนามจะสิ้นสุดลงถ้ามีการเปลี่ยนตัวผู้มอบอำนาจ[12] หรือเปลี่ยนตัวผู้รับมอบอำนาจ[13]

---

[8]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 13 พฤษภาคม 1949, Couvrat, D. 1950, 77, note J.G.

[9]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2 ธันวาคม 1959, Sté Bordeaux export, 641.

[10]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 5 พฤษภาคม 1950, Buisson, 258.

[11]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 28 มิถุนายน 1957, Sté. X, R.D.P. 1957, 1072, concl. Méric

[12]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 13 กรกฎาคม 1951, Sté Protectrice des animaux, 403

[13]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 10 มกราคม 1951, Descours, 12.

ประการที่สาม คำสั่งในการมอบอำนาจมีลักษณะเป็นการทำตามรูปแบบและมีลำดับชั้นตามสายการบังคับบัญชา โดยในกรณีการมอบอำนาจสั่งการจะขึ้นอยู่กับฐานะตำแหน่งของผู้รับมอบอำนาจ แต่สำหรับกรณีการมอบอำนาจลงนามแล้วจะขึ้นอยู่กับฐานะตำแหน่งของผู้มอบอำนาจเอง

(2) องค์ประกอบของอำนาจที่เป็น"ratione loci"

คือ อำนาจของเจ้าหน้าที่ในส่วนกลางจะแพร่ขยายไปทั่วทั้งอาณาเขตประเทศ ตรงกันข้ามกับเจ้าหน้าที่ของภาค(régions) ของส่วนภูมิภาค (departements)และของส่วนท้องถิ่น(communes) ที่มีขอบเขตอำนาจจำกัดอยู่แต่เฉพาะในเขตการปกครองของตนเท่านั้น

(3) องค์ประกอบของอำนาจที่เป็น"ratione temporis"

อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจจะถูกจำกัดในเรื่องของระยะเวลาได้ใน 2 กรณี ดังนี้

(3.1) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจของตนได้ก็ต่อเมื่อได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้น ๆ แล้ว ทั้งนี้ โดยเริ่มตั้งแต่วันที่มีการลงนามในคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้นเป็นต้นไป แม้คำสั่งดังกล่าวจะยังไม่ได้มีการประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไปก็ตาม[14]

(3.2) ในทางตรงข้าม อำนาจของเจ้าหน้าที่จะสิ้นสุดลงเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวแล้ว อย่างไรก็ดี เพื่อความต่อเนื่องในการบริการสาธารณะ กฎหมายให้เจ้าหน้าที่คนดังกล่าวยังคงดำเนินการบางประการต่อไปได้จนกว่าจะมีผู้มารับตำแหน่งแทน ระบบการรักษาการชั่วคราวนี้ บางครั้งถูกกำหนดโดยรัฐบัญญัติ เช่น มาตรา 63 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยการปกครองท้องที่ ซึ่งบัญญัติว่า ให้นายกเทศมนตรีและผู้ช่วยนายกเทศมนตรีปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าผู้ได้รับเลือกตั้งใหม่จะเข้ารับตำแหน่งแทน เป็นต้น แต่ถ้ามิได้มีกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ก็ให้ถือว่ายังคงมีอำนาจอยู่ต่อไปโดยอาศัย"หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" เช่น

---

[14]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 10 มกราคม 1958, Deville, 54

กรณีรัฐมนตรีลาออกจากตำแหน่งแล้ว แต่ก็ยังสามารถปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นงานประจำ (expédition des affaires courantes) ต่อไปได้จนกว่าจะมีผู้เข้ารับตำแหน่งแทน ซึ่งศาลปกครองเห็นว่าศาลมีอำนาจพิจารณาว่าอะไรที่เรียกว่าเป็นงานประจำ และงานดังกล่าวมีขอบเขตและเนื้อหาเพียงไร และศาลมีอำนาจยกเลิกมาตรการต่าง ๆ ของรัฐบาลรักษาการที่กระทำนอกเหนือไปจากงานประจำได้[15]

1.2 การมีผลบังคับใช้ของนิติกรรมทางปกครอง

1.2.1 ข้อแตกต่างระหว่างการมีผลบังคับ(la validité) ของนิติกรรมทางปกครองกับการที่ผู้อยู่ใต้ปกครองจะใช้สิทธิโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับนับแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งที่เป็นนิติกรรมทางปกครองนั้น แต่ผู้อยู่ใต้ปกครองจะโต้แย้งนิติกรรมนั้นได้ก็ต่อเมื่อได้มีการประกาศให้ทราบคำสั่งหรือนิติกรรมนั้นแล้วเท่านั้น ฉะนั้น การโต้แย้งดังกล่าวจะกระทำได้นับแต่วันที่มีการประกาศให้ทราบเป็นต้นไป

1.2.2 รูปแบบของการประกาศให้ทราบนิติกรรมทางปกครอง

การประกาศให้ทราบมี 2 รูปแบบ คือ การลงพิมพ์ประกาศอย่างเป็นทางการ(publication) กับการแจ้งให้ทราบ(notification)

การลงพิมพ์ประกาศอย่างเป็นทางการ ไม่ได้ถูกจำกัดว่าจะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียวเหมือนอย่างการประกาศรัฐบัญญัติ[16] เพราะในกรณีการประกาศรัฐบัญญัตินั้น รูปแบบการประกาศจะถูกกำหนด

---

[15] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เมษายน 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, S. 1952,3,49 concl. Delvolvé.

[16] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 19 มิถุนายน 1959, Cazes D.1959, 370.

ตายตัวให้ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Journal Officiel) ซึ่งกรณีการประกาศรัฐกฤษฎีกาก็ต้องดำเนินการอย่างเดียวกัน แต่ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่นอกเหนือจากกรณีรัฐบัญญัติและรัฐกฤษฎีกานี้แล้ว ฝ่ายปกครองย่อมสามารถดำเนินการได้เองตามที่เห็นสมควร เช่นอาจจะประกาศในหนังสือรวมนิติกรรมทางปกครอง (recueils administratifs) หรืออาจจะประกาศในหน้าหนังสือพิมพ์ (la presse)[17] ก็ได้ อย่างไรก็ดี บางครั้งรัฐบัญญัติอาจจะกำหนดบังคับให้การประกาศนิติกรรมทางปกครองต้องดำเนินการตามรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งโดยเฉพาะก็ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ก็เป็นอำนาจของผู้พิพากษาที่จะพิจารณาดูว่า ในกรณีคดีที่ขึ้นมาสู่ศาลนั้น ได้มีการใช้วิธีการประกาศที่เพียงพอหรือไม่[18]

1.2.3 หลักเกณฑ์การใช้วิธีการในการประกาศ

โดยหลัก ถ้าเป็นกรณีมาตรการที่มีผลบังคับทั่วไป (mesures à portée générale) ก็จะต้องเปิดเผยให้ทราบด้วยวิธีการประกาศอย่างเป็นทางการ(publication) แต่ถ้าเป็นกรณีคำสั่งที่มีผลเฉพาะราย (décisions individuelles) ก็จะต้องแจ้ง(notification)ให้บุคคลที่เกี่ยวข้องแต่ละคนทราบ[19]

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ข้างต้นไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่ตายตัวทีเดียวนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับรูปแบบการประกาศให้ทราบถึงนิติกรรมที่มีผลเฉพาะรายหรือเฉพาะบุคคลนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ผู้พิพากษาจะถือว่าตนมีอำนาจในการพิจารณากำหนดรูปแบบตามความเหมาะสม เช่น สภาแห่งรัฐเห็นว่าเมื่อผู้ที่เกี่ยวข้องมีเป็นจำนวนมาก การประกาศมาตรการที่กระทบถึงบุคคลเหล่านั้น

---

[17] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 23 พฤษภาคม 1938, Mimerskren, 449.

[18] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 9 ธันวาคม 1953, Dlie Larue.

[19] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 22 มกราคม 1934, Veuve Lacoste, 66.

อย่างเป็นทางการสามารถกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้บุคคลเหล่านั้นทราบเป็นรายบุคคล[20] หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ทราบว่าผู้ที่เกี่ยวข้องนั้นจะเป็นใครบ้าง (เช่นการประกาศกำหนดเขตที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินริมฝั่งแม่น้ำ (domaine public fluvial) ซึ่งในบางครั้งเอกชนเจ้าของที่ดินติดริมฝั่งแม่น้ำไม่ได้มาแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบก่อนการประกาศ) ฝ่ายปกครองก็สามารถดำเนินการได้ในทำนองเดียวกัน[21]

1.2.4 ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ได้มีการประกาศให้ทราบ

การไม่ประกาศให้ทราบไม่กระทบถึงการมีผลบังคับของนิติกรรมนั้นคือไม่ทำให้ตัวนิติกรรมนั้นเสียไป[22] เพียงแต่ผู้อยู่ใต้ปกครองยังไม่อาจที่จะโต้แย้งนิติกรรมนั้นได้ตราบใดที่ยังไม่มีการประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไปและเพราะยังไม่มีการประกาศให้ทราบจึงยังไม่ก่อให้เกิดสิทธิโต้แย้งแก่ผู้อยู่ใต้ปกครอง[23]

แนวความคิดนี้สามารถแก้ปัญหาเฉพาะเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่ยังไม่ประกาศให้ทราบ 2 ประการ คือ

---

[20]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 24 มกราคม 1902, Avezard, S. 1904, 3,33, note Hauriou.

[21]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 22 มกราคม 1934, Veuve Lacoste, อ้างแล้ว

[22]คำวินจิฉัยสภาแห่งรัฐ 27 มีนาคม 1914, Laroche, S. 1914, 3,97, note Hauriou.

[23]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ(ที่ประชุมใหญ่) 23 พฤศจิกายน 1946, s. 1936,1,160.

(1) ปัญหาประการแรก ฝ่ายปกครองจะสามารถนำเอานิติกรรมทางปกครองที่ยังไม่มีการประกาศให้ทราบนี้มาใช้บังคับได้หรือไม่

ในปัญหานี้ ศาลได้วางหลักไว้ว่าฝ่ายปกครองสามารถนำเอานิติกรรมทางปกครองที่ยังไม่ประกาศนี้มาใช้บังคับได้ ด้วยเหตุผลที่ว่าความมีอยู่ทางกฎหมายและอำนาจบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมนั้นเป็นผลมาจากตัวผู้ออกคำสั่งนั้นเองเพราะตัวผู้ออกคำสั่งมีอำนาจออกคำสั่งนั้น ๆ อยู่แล้ว แต่นิติกรรมดังกล่าวจะมีผลต่อผู้อยู่ใต้ปกครองก็ต่อเมื่อมีการประกาศให้ทราบแล้วและมีผลนับแต่วันที่ประกาศ[24]

(2) ปัญหาประการที่สอง ฝ่ายปกครองจะถูกผูกพันโดยนิติกรรมทางปกครอง(หรือรัฐบัญญัติ)ที่ยังไม่ประกาศนั้นหรือไม่

โดยหลัก การประกาศให้ทราบจะมีผลต่อเอกชนเท่านั้น อย่างไรก็ตามหลักที่ว่าบุคคลจะอ้างว่าตนไม่รู้กฎหมาย(ที่ประกาศใช้แล้ว)ไม่ได้ ย่อมรวมถึงการที่ฝ่ายปกครองจะอ้างว่าตนไม่รู้กฎหมายไม่ได้เช่นกัน เป็นต้น และด้วยเหตุนี้ฝ่ายปกครองจะอ้างว่าตนไม่รู้ถึงนิติกรรมของตน(แม้ที่ยังไม่ประกาศก็ตาม)เช่นนี้ไม่ได้[25]

ในปัจจุบัน ตามแนวคำพิพากษาของศาลได้แยกข้อแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย (actes administratifs individuels)กับนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไป (actes administratifs réglementaires) กล่าวคือ ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถยกเรื่องนิติกรรมเฉพาะรายขึ้นอ้างได้ในทันทีที่มีการลงนามในนิติกรรมนั้นแล้วแม้จะยังไม่มีการแจ้งให้ทราบ

---

[24]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 18 กรกฎาคม 1913, Syndicat national des chemins de fer, s.1914,3,1 concl. Heilbronner, note Hauriou; C.E. 27 มิถุนายน 1913, 764.

[25]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 16 เมษายน 1948, Min. prod. ind., s.1948,3,55.

(notification) ก็ตาม[26] ตรงกันข้ามกับนิติกรรมที่มีผลบังคับทั่วไปซึ่งบุคคลที่สามจะใช้สิทธิโต้แย้งได้ก็ต่อเมื่อได้มีการประกาศนิติกรรมนั้นให้ทราบแล้วเท่านั้น[27]

1.2.5 นิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลัง

โดยหลักทั่วไป เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดให้คำสั่งของตนมีผลย้อนหลังได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่ใช่เป็นการประยุกต์ใช้มาตรา 2[28] ของประมวลกฎหมายแพ่ง(ซึ่งเกี่ยวข้องเฉพาะที่เกี่ยวกับรัฐบัญญัติ) แต่เป็น"หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป"ประการหนึ่งซึ่งศาลยอมรับว่ามีคุณค่าอย่างกฎเกณฑ์ของกฎหมาย (valeur de règle de droit)[29]

ศาลปกครองจะพิจารณาโดยยึดถือหลักนี้อย่างเคร่งครัด กล่าวคือศาลจะยอมรับให้นิติกรรมทางปกครองมีผลย้อนหลังได้ก็ต่อเมื่อมีรัฐบัญญัติกำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้วเท่านั้น[30] ถ้านอกเหนือจากกรณีมีรัฐบัญญัติกำหนดเปิดช่องไว้แล้ว ศาลจะเพิกถอนมาตรการที่มีผลย้อนหลังในทุกกรณี ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่มี

---

[26]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 19 ธันวาคม 1952, Dlle Mattei, s.1953,3,38.

[27]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 16 เมษายน 1943, Lanquetot, s. 1943,3,41.

[28]มาตรา 2 รัฐบัญญัติจะบัญญัติแต่เฉพาะเพื่อผลในอนาคตเท่านั้น โดยจะไม่มีผลย้อนหลัง

[29]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 8 กรกฎาคม 1949, Delacommune, d. soc. 1949, 315.

[30]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 15 กุมภาพันธ์ 1949, Soc. civile de l'ecole Gerson, 98.

ผลบังคับทั่วไป(règlements administratifs)[31] หรือเป็นคำสั่งที่มีผลเฉพาะราย (décisions individuelles) เช่น การแต่งตั้งข้าราชการย้อนหลัง[32] เป็นต้น

2. ผลของนิติกรรมทางปกครอง(Effets de l'acte administratif)

2.1 คำสั่งให้ปฏิบัติตาม(décisions exécutoires)

"คำสั่งให้ปฏิบัติตาม" เป็นลักษณะของนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นแบบฉบับของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ มีผลเป็นการบังคับให้ผู้อยู่ใต้ปกครองต้องปฏิบัติตาม ตรงกันข้ามกับวิธีการตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งต้องอาศัยเทคนิคของการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกัน การบ่งบอกลักษณะของคำสั่งให้ปฏิบัติตามนี้ไม่ได้ดูแต่เฉพาะลักษณะที่เป็นการบังคับฝ่ายเดียวให้ผู้อยู่ใต้ปกครองต้องปฏิบัติตามเท่านั้น แต่ดูที่วิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการบังคับให้ปฏิบัติตามด้วย

2.2 มาตรการภายใน(mesures d'ordre intérieur)

2.2.1 แนวคิด

โดยทั่วไปมาตรการภายในหรือมาตรการทางปกครองภายในเป็นมาตรการซึ่งมีวัตถุที่ประสงค์(objet) เพื่อใช้บังคับภายในหน่วยงานนั้น ๆ เอง โดยมุ่งที่การจัดระเบียบภายในและการดำเนินการของหน่วยงาน ดังนั้น

---

[31] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2 พฤษภาคม 1947, Devouge, s.1948, 3,8.

[32] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 17 พฤษภาคม 1907, Le Gibot, 460, concl. Teissier.

จึงไม่ใช่มาตรการที่จะใช้บังคับกับผู้อยู่ใต้ปกครองโดยตรง คงมีผลกระทบถึงผู้อยู่ใต้ปกครองแต่ในทางอ้อม และด้วยเหตุนี้จึงทำให้มาตรการดังกล่าวแตกต่างจากคำสั่งให้ปฏิบัติตาม

2.2.2 การใช้บังคับ(applications)

มาตรการภายในอาจมีทั้งกรณีที่ใช้บังคับทั่วไปหรือใช้บังคับเฉพาะรายก็ได้ มาตรการที่ใช้บังคับทั่วไปซึ่งใช้กันมากได้แก่ บรรดาหนังสือเวียนต่าง ๆ (circulaires) และมาตรการจัดระเบียบภายในหน่วยงาน (réglementation interne du service) ส่วนมาตรการที่ใช้บังคับเฉพาะรายคือคำสั่งเฉพาะ (instructions particulières) ที่ผู้บังคับบัญชาสั่งการแก่ข้าราชการคนใดคนหนึ่ง รวมทั้งมาตรการเฉพาะอื่น ๆ ที่มุ่งถึงตัวเจ้าหน้าที่หรือมุ่งถึงตัวบุคคลที่มาติดต่อกับหน่วยงาน เช่นการลงทัณฑ์ทหารหรือคำสั่งที่ใช้กับผู้ใช้บริการของหน่วยงาน

2.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการภายใน

การที่มาตรการภายในมีลักษณะเป็นการ"ภายใน" (caractère intérieur) และก็ไม่ใช่เป็นแหล่งที่มา(source) ของความชอบด้วยกฎหมายนั้น จึงทำให้ดูเหมือนว่ามาตรการเหล่านี้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมาย คือบุคคลไม่อาจฟ้องขอให้ยกเลิก(annulation) มาตรการเหล่านี้ได้หากมีการฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวโดยนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาภายหลัง การฝ่าฝืนนั้นไม่ก่อให้เกิดสิทธิฟ้องร้องขอให้ยกเลิกนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาภายหลังนี้แต่อย่างใด

แต่จากการตรวจสอบ (L'examen) แนวคำพิพากษาของศาลปรากฏว่า หลักการข้างต้นไม่ได้ถูกนำมาใช้กับเรื่องมาตรการภายในในทุกกรณี ฉะนั้นในที่นี้ จึงสมควรที่จะแยกพิจารณากรณีที่เป็นหนังสือเวียน(circulaires) หรือคำสั่งของหน่วยงาน(instructions du services) กับกรณีมาตรการอื่น ๆ ที่เรียกว่าเป็นมาตรการภายในโดยแท้

(1) หนังสือเวียนหรือคำสั่งของหน่วยงาน

หนังสือเวียนหรือคำสั่งของหน่วยงานเป็นหนังสือที่หัวหน้าส่วนราชการออกเพื่อสั่งการแก่ผู้ใต้บังคับบัญชา ซึ่งอาจมีลักษณะเป็นการตีความ(interprétation) หรือเป็นการประยุกต์ใช้รัฐบัญญัติและกฎข้อบังคับ (règlements)

ขอบเขตทางกฎหมายของหนังสือเวียนและคำสั่งของหน่วยงานขึ้นอยู่กับว่าจะใช้บังคับกับบุคคลใด(ข้าราชการหรือผู้อยู่ใต้ปกครอง) ถ้าใช้บังคับกับข้าราชการ หนังสือเวียนจะมีลักษณะบังคับ กล่าวคือ ข้าราชการจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและตามคำสั่งที่ได้รับโดยเคร่งครัด ลักษณะบังคับนี้เป็นผลมาจากหน้าที่ของข้าราชการที่จะต้องเคารพเชื่อฟังผู้บังคับบัญชา (devoir d' obéissance hiérarchique)ของตน แต่ถ้าใช้บังคับกับผู้อยู่ใต้ปกครอง หนังสือเวียนจะไม่มีอำนาจบังคับใด ๆ และผู้อยู่ใต้ปกครองไม่อาจยกขึ้นโต้แย้งได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตีความรัฐบัญญัติในหนังสือเวียนก็ไม่ผูกพันผู้อยู่ใต้ปกครอง ฉะนั้น เฉพาะรัฐบัญญัติและการตีความกฎหมายของศาลเท่านั้นที่มีผลบังคับเหนือการตีความของหนังสือเวียน ด้วยเหตุนี้ การตีความทางปกครอง (interprétation administrative) จึงไม่มีผลบังคับใด ๆ ต่อเอกชนถ้าปรากฏว่าศาลได้ตีความไปในทางตรงกันข้าม

โดยสรุป หนังสือเวียนไม่ใช่แหล่งที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย เป็นแต่เพียงแหล่งที่มาของข้อบังคับการบังคับบัญชา (obligation hiérarchique) ภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้น หนังสือเวียนจึงเป็นรูปแบบของมาตรการภายในโดยแท้

โดยหลักทั่วไป แนวคำวินิจฉัยของศาลมิได้ถือปฏิบัติกับหนังสือเวียนหรือคำสั่งภายในอย่างเดียวกันในทุกกรณี กล่าวคือ ได้มีการแบ่งแยกกรณีตามแนวการตีความซึ่งแยกเป็น 2 แนวตามลำดับ ดังนี้

แนวแรก เป็นการแบ่งแยกตามตัวโจทก์ คือ แยกเป็นกรณีที่ข้าราชการเป็นโจทก์ฟ้องกับกรณีที่เอกชนเป็นโจทก์ฟ้อง โดยในกรณีข้าราชการเป็นโจทก์นั้น เนื่องจากข้าราชการถูกผูกพันตามหนังสือเวียน ดังนั้น จึงสามารถ

ฟ้องคดีเกี่ยวกับหนังสือเวียนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หรือจะฟ้องคดีเกี่ยวกับมาตรการที่ออกมาขัดกับหนังสือเวียนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ แต่สำหรับกรณีที่เอกชนเป็นโจทก์ฟ้องนั้น เอกชนไม่สามารถฟ้องร้องต่อหนังสือเวียนหรือมาตรการที่ออกมาไม่ว่าในกรณีใด ๆ อย่างไรก็ดี แม้แนวการตีความในแนวแรกจะเป็นที่น่าสนใจ แต่ก็ไม่มีคุณค่าอย่างแน่นอนนัก ทั้งนี้ เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลยังมิได้เป็นไปในแนวเดียวกันทั้งหมด นักวิจารณ์ได้ยอมรับว่าข้าราชการไม่อาจฟ้องคดีต่อมาตรการอื่น ๆ ว่าได้มีการฝ่าฝืนหนังสือเวียนในกรณีที่หนังสือเวียนนั้นมีลักษณะเป็นการชี้แนะโดยแท้(instruction purement indicative) ซึ่งฝ่ายปกครองมิได้มีเจตนาที่จะผูกพันตามหนังสือเวียนนั้น[33]

แนวที่สอง ในปัจจุบันแนวคำวินิจฉัยได้ยึดถือตามแนวที่สอง ซึ่งแบ่งแยกตามลักษณะของหนังสือเวียน คือ แยกเป็นหนังสือเวียนที่ตีความ (circulaires interprétative) ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการภายใน กับหนังสือเวียนที่วางกฎเกณฑ์(circulaires réglementaires) ซึ่งถือว่ามีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์

(1.1) ข้อแตกต่างระหว่างหนังสือเวียนที่ตีความกฎหมาย (circulaires interprétatives) กับหนังสือเวียนที่วางกฎเกณฑ์(circulaires réglementaires)

โดยทั่วไปหนังสือเวียนที่วางกฎเกณฑ์จะเป็นหนังสือที่มีการกำหนดบางสิ่งบางอย่างเพิ่มเติมให้กับรัฐบัญญัติหรือเป็นการวางลำดับชั้นทางกฎหมาย (ordonnancement juridique) โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีการกำหนดบทบังคับใหม่ ๆ ให้ผู้อยู่ใต้ปกครองต้องปฏิบัติตาม หรือในทางตรงกันข้ามมีการกำหนดการให้หลักประกันใหม่ ๆ แก่ผู้อยู่ใต้ปกครอง

(1.2) ระบบกฎหมาย

---

[33] CHEVALLIER J.-J., "L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir", Thèse Nancy, 1924.

(1.2.1) ระบบกฎหมายของหนังสือเวียนที่วางกฎเกณฑ์

หนังสือเวียนประเภทนี้มีลักษณะเป็นกฎระเบียบแท้ ๆ ซึ่งผลที่ตามมาคือ หนังสือเวียนนี้จะออกได้ก็ต่อเมื่อผู้ออกมีอำนาจออกกฎระเบียบที่มีผลบังคับทั่วไป(pouvoir réglementaire)ในเรื่องที่จะออกนั้น ๆ และผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถยกขึ้นอ้างเป็นเหตุฟ้องร้องได้ โดยฟ้องเพิกถอนนิติกรรมที่กระทำนอกเหนืออำนาจ(recours pour excès de pouvoir) ซึ่งการฟ้องหนังสือเวียนประเภทนี้ถือว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย[34]

(1.2.2) ระบบกฎหมายของหนังสือเวียนตีความกฎหมาย

ตามแนวคำพิพากษาของศาลจะรวมหนังสือเวียนประเภทนี้ไว้ในระบบคดีความเดียวกัน โดยตั้งอยู่บนแนวความคิดที่ว่าหนังสือเวียนดังกล่าวไม่ใช่องค์ประกอบใหม่ของความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ

ประการแรก สภาแห่งรัฐพิพากษาวางหลักทั่วไปว่า คู่ความไม่อาจฟ้องคดีว่าหนังสือเวียนนั้นเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจ ถ้าหนังสือเวียนดังกล่าวไม่ใช่เป็นนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นการบังคับทั่วไป[35]

ประการที่สองในกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ฟ้องหนังสือเวียนประเภทนี้ การฟ้องนั้นหาใช่เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จะเป็นเหตุเพิกถอนการกระทำนอกเหนืออำนาจ[36]

---

[34]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 5 มกราคม 1934, Fedel, 30.

[35]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 5 มกราคม 1945, La famille capitalisation, d. 1945, 204.

[36]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 17 มีนาคม 1934, Colleye, p.220.

ประการสุดท้าย หนังสือเวียนประเภทนี้ไม่ใช่เหตุความชอบด้วยกฎหมาย(créatrices de légalité) ฉะนั้น ฝ่ายปกครองจะอ้างหนังสือเวียนดังกล่าวเพื่อวางข้อบังคับให้ผู้อยู่ใต้ปกครองต้องปฏิบัติตามทั้ง ๆ ที่ไม่มีกฎหมายเปิดช่องให้กำหนดข้อบังคับเช่นนั้นไม่ได้[37]

ในปัจจุบัน การที่ไม่อาจรับคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนหนังสือเวียนที่ตีความไว้พิจารณาได้นั้น อาจใช้ยันได้ทั้งต่อข้าราชการและประชาชน โดยหลักดังกล่าวจะต้องอธิบายได้ชัดเจนยิ่งขึ้นเพราะไม่เหมือนกัน กรณีที่เอกชนเป็นโจทก์ อธิบายได้โดยเหตุผลที่ว่าหนังสือเวียนตีความไม่อาจใช้ยันราษฎรได้เนื่องจากไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อราษฎร อย่างไรก็ตาม มีหนังสือเวียนตีความบางกรณีที่สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าอาจถูกนำมาสฟ้องคดีประเภทดังกล่าวได้ ถ้าหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นการเตรียมการหรือกำหนดให้มีมาตรการเฉพาะราย ซึ่งตัวมาตรการเฉพาะรายนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งกรณีเช่นนี้เองที่ตัวหนังสือเวียนนั้นก่อให้เกิดสถานการณ์ที่กระทบต่อบุคคลภายนอก

สำหรับข้าราชการนั้น การที่ข้าราชการไม่อาจฟ้องคดีให้เพิกถอนหนังสือเวียนตีความ แม้จะใช้บังคับกับตนได้ก็ตาม เป็นผลมาจากหลักที่ว่าคดีประเภทฟ้องขอให้เพิกถอนนั้น เจ้าหน้าที่ทางราชการไม่อาจฟ้องคดีขอให้เพิกถอนต่อคำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการจัดองค์กรและการปฏิบัติตนของหน่วยงานที่ตนสังกัดได้ จากหลักดังกล่าวนี้ ศาสตราจารย์ โลบาแดร์ เห็นว่า ย่อมหมายความว่าหลักที่ว่านี้ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่มีการฟ้องคดีกับหนังสือเวียนที่มีวัตถุประสงค์ดังว่ามานั้น แต่หนังสือเวียนที่ตีความที่เกี่ยวกับสถานะภาพและสิทธิประโยชน์ของข้าราชการ ข้าราชการย่อมฟ้องได้ อย่างไรก็ดี ความเห็นที่กล่าวมานี้ไม่ใช่แนวคำวินิจฉัยของศาล

---

[37]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1 กุมภาพันธ์ 1946, Dame Christelle, s.1947, 336.

(2) มาตรการภายในอื่นที่ไม่ใช่หนังสือเวียน

รูปแบบของมาตรการภายในประเภทนี้ที่ศาลยอมรับว่ามีลักษณะเป็นมาตรการภายใน มีอยู่ 3 ประเภท

1. คำสั่งเฉพาะของหน่วยงาน กล่าวคือเป็นคำสั่งตามสายการบังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชาสั่งการแก่ผู้ใต้บังคับบัญชา มาตรการภายในประเภทนี้ใช้กับกรณีข้าราชการ[38]

2. มาตรการการวางระเบียบภายในหน่วยงาน เป็นมาตรการที่ใช้กับเจ้าหน้าที่และผู้ใช้บริการของหน่วยงาน(usagers) เช่นคำสั่งของผู้บริหารโรงเรียนมัธยมที่สั่งห้ามนักเรียนติดเครื่องหมายบางอย่าง[39] หรือห้ามแต่งกายด้วยเสื้อผ้าบางชนิด[40]

3. มาตรการเฉพาะบางอย่างที่มีลักษณะส่วนบุคคล ซึ่งโดยทั่วไปเป็นเรื่องทางวินัยเกี่ยวกับข้าราชการ ผู้ใช้บริการของหน่วยงาน หรือผู้จัดหาอุปกรณ์ให้ส่วนราชการ (fournisseurs de l'administration) หรือเป็นเรื่องการเปลี่ยนตำแหน่งหน้าที่หรือการลงทัณฑ์ทางวินัยทหาร เป็นต้น

2.2.4 ข้อจำกัดของแนวคิดเรื่องมาตรการภายใน

โดยปกติศาลจะไม่เข้าไปควบคุมเรื่องมาตรการภายใน แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้มีข้อจำกัดอยู่ว่า มาตรการภายในใดที่มีผลกระทบถึงสถานะทางกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้อง(statut juridique des intéressés)แล้วจะสิ้นสุดสภาพของการเป็น"มาตรการภายใน" และศาลถือว่าเป็นมาตรการทางปกครอง

---

[38]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 24 กรกฎาคม 1935, Benssahli Semoussi, 885.

[39]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 21 ตุลาคม 1938, Lote, 787.

[40]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 20 ตุลาคม 1954, Chapou,541.

และอยู่ในเรื่องนิติกรรมทางปกครอง ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในเรื่องนี้คือกรณีของนักเรียนและกรณีของทหาร กรณีของนักเรียนก็เช่นการให้นักเรียนออกจากโรงเรียน[41] หรือ การปฏิเสธไม่ให้นักเรียนเลื่อนชั้นเรียน[42] เป็นต้น สำหรับกรณีของทหารก็เช่นการโยกย้าย (mutation d'office)[43] หรือการให้ออกจากโรงเรียนทหาร[44] เป็นต้น

2.2.5 ระบบวิธีพิจารณาคดีในเรื่องมาตรการภายใน

ในกรณีระบบวิธีพิจารณาคดีหนังสือเวียนตีความกฎหมายนั้นไม่มีปัญหา เพราะหลักเกณฑ์ค่อนข้างชัดเจน แต่กรณีมาตรการภายในอื่นมักจะมีปัญหาคือ

1. ในกรณีที่เกี่ยวกับการรับฟ้องคดีมาตรการภายในเรื่องการกระทำนอกเหนืออำนาจนี้ โดยหลักแล้วศาลจะไม่รับฟ้อง แต่ก็เคยมีบางครั้งที่สภาแห่งรัฐได้รับคดีประเภทนี้ไว้พิจารณาโดยตรวจสอบในสาระของคำฟ้อง แต่ในที่สุดก็ยอมรับในอำนาจใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง[45]

2. ในกรณีคำฟ้องเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองฐานฝ่าฝืนข้อกำหนดของมาตรการภายในก็เช่นกัน แนวคำพิพากษาของศาลก็ยังแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ ในบางครั้งศาลไม่รับคำฟ้องดังกล่าว แต่บ่อยครั้งที่ศาลรับคำฟ้อง แต่ก็วินิจฉัยว่าคำฟ้องนั้นไม่มีมูล (non fondé) และถือว่ามาตรการภายในนี้ไม่ผูกพันฝ่ายปกครอง[46] บางครั้งศาลรับคำฟ้องและพิพากษาว่าการฝ่าฝืนข้อกำหนดของมาตรการภายในเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจ[47]

---

[41] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 19 มีนาคม 1952, Veillard, 169.

[42] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 6 กรกฎาคม 1949, Andrade, 331.

[43] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 5 พฤศจิกายน 1920, Wannieck, 923.

[44] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 6 ธันวาคม 1957, Serre, 657.

[45] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 16 ธันวาคม 1904, Bazenant, 823.

[46] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 11 ธันวาคม 1908, Chalmette, p.1023.

[47] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 6 สิงหาคม 1909, Rageot, rdp 1909, p.707.

โดยสรุป เป็นการยากที่จะเห็นว่ามาตรการภายในมีระบบกฎหมายโดยเฉพาะระบบวิธีพิจารณาคดีที่มีรูปแบบเดียวที่แน่นอน อันที่จริงเป็นกรณีที่แนวคำพิพากษาของศาลถือหลักว่า ฝ่ายปกครองย่อมมีอิสระในการออกมาตรการภายใน

อนึ่ง นอกจากทฤษฎีเรื่องมาตรการภายในแล้ว ยังมีกรณีนิติกรรมที่เป็นแบบ(actes - types) ซึ่งอาจเป็นมาตรการที่มีทั่วไปหรือมาตรการที่มีเฉพาะรายที่ออกโดยฝ่ายปกครองระดับเหนือขึ้นไป โดยฝ่ายปกครองระดับถัดลงมาหรือในบางครั้งก็เป็นเอกชนได้ลอกเลียนแบบดังกล่าวมาใช้ทั้งหมดหรือบางส่วนในการทำนิติกรรม เช่น แบบกฎระเบียบ(règlements - types) แบบสัญญา (contrats - types) แบบข้อกำหนดพิเศษท้ายสัญญา (cahiers des charges - types) เป็นต้น

แบบนิติกรรมนี้จะถือว่าเป็นประเภทหนึ่งของมาตรการภายในก็ต่อเมื่อมีเจตนามุ่งใช้กับเจ้าหน้าที่ทางปกครอง[48] อย่างไรก็ตาม กรณีนิติกรรมที่เป็นแบบนี้ก็เช่นเดียวกับกรณีหนังสือเวียนคือควรจะได้มีการแยกแยะความแตกต่างระหว่างแบบนิติกรรมที่ไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งให้ปฏิบัติตาม(décision exécutoire) กับแบบนิติกรรมที่มีลักษณะคล้ายกับกฎระเบียบ(règlement)โดยแท้จริง ซึ่งแบบนิติกรรมประเภทหลังนี้ศาลถือว่าเป็นกฎระเบียบทางปกครอง (règlement administratif) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลยอมรับคำฟ้องเรื่องแบบนิติกรรมประเภทหลังดังกล่าวฐานเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจ[49] ด้วย

3. การบังคับให้ปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครอง(Exécution de l'acte administratif)

โดยทั่วไป นิติกรรมทางปกครองไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมประเภทกฎเกณฑ์

---

[48]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ มีนาคม 1938, Union de la propriété batie de Fravce, 235.

[49]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 24 มิถุนายน 1956, Union des industries metallurgiques et minières, D. soc. 1956. 235,concl. Chardeau.

ที่มีผลบังคับทั่วไปหรือนิติกรรมประเภทที่มีผลบังคับเฉพาะราย มีผลก่อให้เกิดภาระหรือข้อบังคับแก่ผู้อยู่ใต้ปกครอง ซึ่งผู้อยู่ใต้ปกครองอาจจะไม่เต็มใจที่จะยอมรับข้อบังคับดังกล่าว ดังนั้น เพื่อเป็นการบังคับให้ผู้อยู่ใต้ปกครองต้องปฏิบัติตาม กฎหมายจึงบัญญัติวิธีการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษซึ่งถือว่าเป็นต้นกำเนิดของทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง โดยเป็นเอกเทศจากต้นกำเนิดทฤษฎีคำสั่งให้ปฏิบัติตาม (décision exécutoire)

ในที่นี้จะขอแยกพิจารณาออกเป็น 3 หัวข้อ คือ

3.1 การลงโทษในกรณีการไม่ปฏิบัติตาม (les sanctions pour inexécution)

3.2 การบังคับให้ปฏิบัติตามโดยวิถีทางทางปกครอง (l'exécution par voie administrative)

3.3 การบังคับให้ปฏิบัติตามโดยวิถีทางทางศาลยุติธรรม (l'exécution par voie judiciaire)

3.1 การลงโทษในกรณีการไม่ปฏิบัติตาม(sanctions pour inexécution)

การลงโทษในกรณีการไม่ปฏิบัติตามมี 2 ประเภท คือ การลงโทษทางอาญาและการลงโทษทางปกครอง

3.1.1 การลงโทษทางอาญา

การปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครองมิใช่ว่าจะต้องถูกลงโทษทางอาญาเสมอไป กรณีจะถูกลงโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อรัฐบัญญัติได้กำหนดไว้ ซึ่งมีตัวอย่างหลายกรณีกล่าวคือ

(1) กรณีกฎระเบียบทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไป (règlements administratifs)

ตัวอย่างที่เห็นได้คือ กฎระเบียบเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย (règlements de police) ซึ่งมาตรา R 26, 150 ของประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติให้ลงโทษปรับแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามรัฐกฤษฎีกาหรือกฎ(arrêtés) ที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ทางปกครอง หรือกฎ (arrêtés)ที่ประกาศให้ทราบแล้วโดยเจ้าหน้าที่เทศบาล

(2) กรณีนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย (acte administratifs individuels)

รัฐบัญญัติได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่ผู้ไม่ปฏิบัติตาม เช่น กรณีการเกณฑ์แรงงานหรือการเกณฑ์ทรัพย์สิน (réquisitions) ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติลงวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๑๙๓๘ และรัฐกำหนดลงวันที่ ๖ มกราคม ๑๙๕๙ ซึ่งมาตรา ๓๑ ของรัฐบัญญัติลงวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๑๙๓๘ ได้กำหนดโทษจำคุกและโทษปรับแก่ผู้ใดก็ตามที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรการที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมาย

3.1.2 การลงโทษทางปกครอง

ในบางกรณี รัฐบัญญัติเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษผู้อยู่ใต้ปกครองได้ การลงโทษดังกล่าวนี้แตกต่างจากการลงโทษทางอาญา แต่ก็เหมือนกันในแง่ที่ว่ามีลักษณะเป็นการลงโทษ (caractère punitif) เช่น คำสั่งปิดสถานที่ คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ คำสั่งริบทรัพย์ เป็นต้น อำนาจดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลอาญา แต่เป็นอำนาจพิเศษหรือเป็นอภิสิทธิ์ที่ให้แก่ฝ่ายปกครอง

(1) หลักเกณฑ์(critère)

จากลักษณะของการลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวทำให้มองเห็นถึงหลักเกณฑ์การลงโทษทางปกครองที่แฝงอยู่ในมาตรการต่าง ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพส่วนบุคคล ด้วยเหตุนี้จึงอาจจะรวมมาตรการการลงโทษทางวินัยให้เข้าอยู่ในทฤษฎีการลงโทษทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง(lato sensu)ได้ แต่การลงโทษทางปกครองนี้จะ

ต้องแยกออกจากมาตรการอื่นที่มีวัตถุประสงค์ใกล้เคียงกัน(เช่น การปฏิเสธ การเพิกถอน การห้ามมิให้กระทำกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง) ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการลงโทษการกระทำความผิด

(2) สภาพทางกฎหมาย (nature juridique)

การลงโทษทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครอง ไม่ใช่เป็นการกระทำของศาลอาญา และมีผลดังนี้

(2.1) การลงโทษทางปกครองเป็นอิสระจากการลงโทษทางอาญากล่าวคือ อาจจะมีการลงโทษทางปกครองได้ทั้ง ๆ ที่ศาลอาญาได้พิพากษาให้ปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือยกฟ้องผู้ต้องหาไปแล้ว หรืออาจจะมีการลงโทษทางปกครองไปพร้อม ๆ กับการลงโทษทางอาญาก็ได้

ปัญหาที่ตามมา คือ ปัญหาในเรื่องที่เกี่ยวกับผลบังคับตามคำพิพากษา (autorité de la chose jugée) เพราะในคดีอาญา คดีที่ศาลมีคำพิพากษาจะไม่ผูกพันฝ่ายปกครอง(ซึ่งตรงกันข้ามกับคดีปกครอง) ยกเว้นกรณีที่เกี่ยวกับการพิจารณาความมีอยู่ของข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุให้มีการลงโทษ ส่วนผลเกี่ยวกับรัฐบัญญัตินิรโทษกรรม (lois d'amnistie) นั้น การนิรโทษกรรมทางอาญาไม่เป็นการลบล้างข้อเท็จจริง (ipso facto) ของการลงโทษทางปกครอง

(2.2) การลงโทษทางปกครองไม่จำเป็นจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกับกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการลงโทษทางอาญาเสมอไป เช่น อาจจะมีการควบโทษทางปกครองได้[๕๐]

(2.3) ผลจากการที่คำสั่งลงโทษทางปกครองมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้น ทำให้การลงโทษทางปกครองทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและระบบคดีข้อพิพาทของนิติกรรมทางปกครอง นั่นคือ ผู้ที่เกี่ยวข้องมีสิทธิโต้แย้งเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษดังกล่าวต่อ

---

[๕๐]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 21 มกราคม 1949, Trouvé, 29 และคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 5 มีนาคม 1954, Banque Alsacienne, R.D.P., 1954,804 note Waline

ศาลโดยอ้างว่าเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจได้ และหากฝ่ายปกครองผิดจริง ก็จะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากคำสั่งลงโทษที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

(3) การลงโทษทางปกครองและการปกป้องเสรีภาพ

กรณีมีข้อที่ควรคำนึงเกี่ยวกับเสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองว่า สมควรปกป้องผู้อยู่ใต้ปกครองจากคำสั่งลงโทษที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย กล่าวคือ

(3.1) การลงโทษทางปกครองจะกระทำได้แต่เฉพาะตามที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้ ซึ่งการตีความรัฐบัญญัติดังกล่าวจะต้องตีความโดยเคร่งครัด[51]

(3.2) แม้ว่ารัฐบัญญัติจะไม่ได้บัญญัติเรื่องสิทธิโต้แย้ง (droits de la defense) ไว้ แต่หลักเรื่องสิทธิโต้แย้งนี้สามารถใช้อ้างได้เสมอกับมาตรการทางปกครองทุกประเภทที่มีลักษณะเป็นการลงโทษ

3.2 การบังคับให้ปฏิบัติตามโดยวิถีทางทางปกครอง

3.2.1 เอกสิทธิของฝ่ายปกครอง(privilèges de l'Administration)

เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่ง กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ 2 ประการ คือ เอกสิทธิที่จะไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยศาลก่อนออกคำสั่ง (privilège du préalable) และเอกสิทธิที่คำสั่งของฝ่ายปกครองจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม (privilège de l'exécution d'office) ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดโดยเปรียบเทียบกับคดีแพ่ง คือ ในคดีแพ่งที่เอกชนคนหนึ่งอ้างว่าตนมีสิทธิเหนือเอกชนอีกคนหนึ่ง และคนหลังโต้แย้งว่าไม่เป็นความจริงตามที่อ้าง คนแรกก็จำเป็นต้องไปฟ้องศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งบังคับการให้เป็นไป

---

[51] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 4 มีนาคม 1960, Lévy, R.D.P. 1960, 1030, note Waline.

ตามสิทธิของตนและหากศาลพิพากษาให้สิทธิแก่คนแรกแล้ว คนหลังไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา คนแรกก็อาจจะขอให้ศาลสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีบังคับให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ ซึ่งตรงกันข้ามกับเอกสิทธิของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถมีคำสั่งบังคับให้มีการปฏิบัติตามได้โดยไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยศาลก่อน ซึ่งถ้าหากผู้อยู่ใต้ปกครองจะโต้แย้งคำสั่งดังกล่าว ผู้อยู่ใต้ปกครองก็จะต้องไปฟ้องศาลซึ่งผู้อยู่ใต้ปกครองจะตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ

ข้อจำกัดของเอกสิทธิประเภทนี้คือ ฝ่ายปกครองไม่อาจมีคำสั่งให้ปฏิบัติตามได้เสมอไป คำสั่งให้ปฏิบัติตามจะมีได้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น เช่น เรื่องของตำรวจ หรือการเกณฑ์แรงงานหรือการเกณฑ์ทรัพย์สิน เป็นต้น

สำหรับเอกสิทธิอีกประการหนึ่ง คือเอกสิทธิที่คำสั่งของฝ่ายปกครองจะต้องได้รับการปฏิบัติตามนั้น เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งบังคับให้ผู้อยู่ใต้ปกครองปฏิบัติตาม ทั้งนี้ โดยอาศัยกำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

เอกสิทธิในการบังคับให้ปฏิบัติตามนี้เป็น"ลักษณะเฉพาะ" ของแนวความคิด(conception) ของกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสซึ่งผูกพันอยู่กับแนวความคิดเรื่องระบบทางปกครอง (régime administratif) แนวความคิดดังกล่าวนี้ตรงกันข้ามกับแนวความคิดของประเทศระบบกฎหมายแองโกลแซกซอนซึ่งถือว่ารัฐอยู่ภายใต้อำนาจศาลในเงื่อนไขเดียวกันกับพลเมือง ดังนั้น หากมีปัญหาโต้แย้งเกิดขึ้น รัฐก็จำเป็นจะต้องไปดำเนินการทางศาลเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิตามแนวความคิดของฝรั่งเศส หลักเรื่องเอกสิทธิในการบังคับให้ปฏิบัติตามนี้มีลักษณะพิเศษ (caractère exorbitant) เพราะวางอยู่บนแนวความคิดที่ว่ารัฐบัญญัติและนิติกรรมทางปกครองที่บังคับการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม และในบางกรณี การบังคับให้ปฏิบัติตามนี้เป็นเพียงวิธีการเดียวหรืออย่างน้อยเป็นวิธีการที่เหมาะสมเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตาม

เอกสิทธิในการบังคับให้ปฏิบัติตามจะใช้ได้เฉพาะใน 3 กรณีนี้เท่านั้น คือ

1. เมื่อผู้บัญญัติกฎหมายได้ให้อนุญาตไว้ คือ บางครั้งในขณะที่รัฐบัญญัติเองได้กำหนดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งรัฐบัญญัตินั้นก็ได้บัญญัติเพื่อให้คำสั่งนั้น ๆ เป็นจริงเป็นจังขึ้นมาโดยอนุมัติให้ใช้วิธีการบังคับทางปกครองได้ ตัวอย่างเช่น การเกณฑ์ทหารในสมัยก่อน หากราษฎรไม่มารับการเกณฑ์ทหารก็อาจจะถูกเจ้าหน้าที่ใช้กำลังบังคับเอาได้ (รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 กรกฎาคม 1877) เป็นต้น

2. เมื่อไม่มีวิถีทางทางกฎหมายอื่น คือ แม้ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติอนุญาตไว้ก็ตาม ฝ่ายปกครองก็ยังสามารถบังคับให้มีการปฏิบัติตามได้ในเมื่อฝ่ายปกครองไม่มีวิถีทางทางกฎหมายอย่างอื่นที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายของตน ซึ่งกรณีนี้เองที่เป็นการใช้หลักที่ว่ารัฐบัญญัติจะต้องได้รับการปฏิบัติตามเสมอ

วิถีทางทางกฎหมายอย่างอื่นที่มีผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีการบังคับให้ปฏิบัติตามได้นั้น ได้แก่

- กรณีที่อาจลงโทษทางอาญาได้ กล่าวคือ เมื่อผู้อยู่ใต้ปกครองปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น มีผลให้ผู้อยู่ใต้ปกครองต้องถูกลงโทษทางอาญา ดังนี้ รัฐก็จะต้องใช้วิถีทางการดำเนินคดีทางอาญา แต่หากผู้บัญญัติกฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องโทษทางอาญาไว้สำหรับกรณีผู้อยู่ใต้ปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองแล้ว รัฐย่อมสามารถใช้วิถีทางบังคับให้ปฏิบัติตามได้ โดยสรุป ถ้าปรากฏว่าฝ่ายปกครองยังสามารถใช้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายอื่น (procédés legaux) เพื่อลดการต่อต้านโดยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของฝ่ายปกครองได้แล้ว ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้วิธีการบังคับให้ปฏิบัติตามดังกล่าวได้ เช่น ในคดี Auduran[52] ซึ่งศาลพิพากษาว่า การที่ฝ่ายปกครองใช้วิธีการออกคำสั่งบังคับให้เจ้าของโรงโม่แป้งปฏิบัติตามเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะฝ่ายปกครองอาจใช้วิธีการสั่งพักการขนส่งสินค้าดังกล่าว และใช้สิทธิเรียกเกณฑ์ทรัพย์สินดังกล่าว

---

[52] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 23 มกราคม 1925, Auduran, d.1925, 3,43, concl. Josse.

ได้ โดยสรุป เราอาจจะขอยืมถ้อยคำของ Léon blum ที่กล่าววางเป็นหลักทั่วไปไว้ว่า"คำสั่งให้ปฏิบัติตามทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องหาหลักประกันความเคารพต่อกฎหมายและเป็นกรณีที่ไม่อาจหาหลักประกันความเคารพต่อกฎหมายด้วยกระบวนการทางกฎหมายอื่น (procédé juridique)"

3. กรณีรีบด่วน (Urgence) คือถ้าในกรณีสภาพแวดล้อมนั้น ๆ (circonstances de l'espèce) ฝ่ายปกครองจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้วิธีการบังคับให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายต้องปฏิบัติตามโดยเร่งด่วน ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองย่อมทำได้โดยอาศัยหลักที่ว่ากฎหมายจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม[53]

3.2.2 เงื่อนไขของการใช้วิธีการบังคับให้ปฏิบัติตาม

วิธีการบังคับให้ปฏิบัติตามจะใช้ได้โดยต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไข 3 ประการ คือ

1. ต้องปรากฏว่า การปฏิบัติการทางปกครองที่จะต้องให้มีการปฏิบัติตามนั้น มี"ที่มา(source)" จากบทบัญญัติที่แน่ชัดของรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง เพราะพื้นฐานของการบังคับให้ปฏิบัติตาม มาจากแนวความคิดที่ว่ากฎหมายจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม ดังนั้น วิธีการบังคับให้ปฏิบัติตามจึงต้องใช้เพื่อนำบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับใช้โดยตรง หรือใช้ในกรณีนิติกรรมทางปกครองที่ออกเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

2. ต้องเป็นกรณีที่ผู้อยู่ใต้ปกครองปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามรัฐบัญญัติหรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง

---

[53]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 7 กรกฎาคม 1939, Etabl.Morillon p. 462 (หน้า 278)

3. ต้องเป็นกรณีเพื่อให้มีการดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น ฉะนั้น คำสั่งให้ปฏิบัติตามจะต้องไม่นอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ[54]

3.2.3 การลงโทษฝ่ายปกครองกรณีการใช้วิธีการบังคับให้ปฏิบัติตามโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้วิธีการบังคับให้ปฏิบัติตามก็เท่ากับว่าฝ่ายปกครองยอมเสี่ยงต่อความเสียหายที่อาจจะมีขึ้น ด้วยเหตุนี้ หากคำสั่งนั้น ๆ ถูกยกเลิกในภายหลังและได้ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อยู่ใต้ปกครอง ฝ่ายปกครองก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย (dommages-intérêts) ให้แก่ผู้นั้น[55]

อนึ่ง แม้ว่าคำสั่งให้ปฏิบัติตามจะชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่หากการใช้วิธีการบังคับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองก็จะต้องรับผิด (หรือข้าราชการผู้นั้นจะต้องรับผิดหากเป็นความผิดส่วนตัว (faute personnelle))

3.3 การบังคับให้ปฏิบัติตามโดยวิถีทางทางศาลยุติธรรม

ปัญหาที่เกี่ยวกับการบังคับให้ปฏิบัติตามโดยวิถีทางทางศาลยุติธรรม ได้แก่ ปัญหาที่ว่า เมื่อฝ่ายปกครองไม่ใช้วิธีการบังคับให้ปฏิบัติตามโดยตรง ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการบังคับทางศาลยุติธรรมได้ในเงื่อนไขและรูปแบบอย่างไรบ้าง

กรณีนี้มีอยู่ 2 รูปแบบ คือ รูปแบบแรก ฝ่ายปกครองฟ้องผู้ฝ่าฝืนคำสั่งเป็นคดีอาญา รูปแบบที่สอง ฝ่ายปกครองดำเนินการทางศาลแพ่งเสมือนอย่างเอกชนผู้หนึ่งโดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับการให้เป็นไปตามคำฟ้อง ในกรณี

---

[54] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 25 มีนาคม 1889, Etabl. Morillon, p.462.

[55] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 27 กุมภาพันธ์ 1903, Zimmermann, S.1905,3,17. note Hauriou

แรกนั้น ไม่มีปัญหา เพราะรัฐบัญญัติจะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้มีการลงโทษทางอาญา แต่กรณีหลังยังไม่แน่ชัด เพราะยังมีปัญหาว่าระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ศาลใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคดี

โดยหลักแล้ว ศาลยุติธรรมเท่านั้นที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาลงโทษเอกชน ผู้พิพากษาศาลปกครองจะลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น แต่ปัญหาว่าการฟ้องคดีบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวต่อผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจะกระทำได้หรือไม่ ในปัญหานี้นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการยอมรับว่า ผู้พิพากษาศาลแพ่งไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับ "นิติกรรมทางปกครอง" นอกจากนั้น แนวคำพิพากษาของศาลปกครองยังเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่ฝ่ายปกครองหันไปใช้วิธีการดำเนินคดีทางแพ่งอีกด้วย ฉะนั้น หลักก็คือ ถ้าฝ่ายปกครองเลือกดำเนินการทางอาญาแล้ว ก็จะไปดำเนินการทางแพ่งไม่ได้ แต่ถ้าไม่มีการดำเนินการทางอาญา ก็จะต้องใช้วิธีการบังคับให้ปฏิบัติตามทางปกครอง[56]

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองอาจจะใช้วิธีการดำเนินคดีทางแพ่งได้ใน 4 กรณี ดังต่อไปนี้ คือ

1. ในกรณีการทำสัญญา (matière contractuelle) เพื่อใช้ในการลงโทษผู้ไม่ปฏิบัติตามสัญญา[57]

2. ในกรณีที่ดินที่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (matière domaniale) เพื่อไล่เอกชนที่ไม่ได้รับใบอนุญาตให้เข้าครอบครองที่ดินสาธารณะออกจากที่ดินดังกล่าว ซึ่งฝ่ายปกครองอาจดำเนินการทางศาลแพ่งในฐานะผู้เป็น

---

[56] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 30 พฤษภาคม 1913, Préfet de l, Eure, S.1915,3,9, note Hauriou.

[57] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 26 ธันวาคม 1924, Ville de Paris, S.1925,3,25, note Hauriou.

เจ้าของที่ดินสาธารณะดังกล่าวได้[58] หรือจะดำเนินการทางศาลปกครองก็ได้[59]

3. เมื่อฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีการมีคำสั่งให้ปฏิบัติตามได้[60] หรือในบางครั้งการดำเนินการทางอาญาไม่อาจจะกระทำได้

4. เมื่อกฎหมายพิเศษ (texte particulier) บัญญัติไว้ให้ใช้วิธีการดำเนินคดีทางแพ่ง

4. การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครอง (La disparition de l' acte administratif)

คำว่า"สิ้นสุด"ในที่นี้มีความหมายอย่างกว้าง หมายความรวมถึงกรณีที่ได้มีนิติกรรมทางปกครองและได้บังเกิดผลตามนิติกรรมนั้น ๆ ไปแล้ว ก็ให้มีผลเป็นการสิ้นสุดย้อนหลังขึ้นไป และรวมถึงกรณีนิติกรรมทางปกครองไม่มีผลบังคับต่อไปในอนาคตด้วย

4.1 การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองที่อยู่นอกเหนือเจตนารมณ์ของผู้ออกคำสั่ง

กรณีเป็นการสิ้นสุดเพราะเหตุภายนอก เหตุภายนอกดังกล่าวเกี่ยวกับตัววัตถุแท้ ๆ ซึ่งสามารถทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดลงได้ นอกจากนั้นในกรณีที่วัตถุที่ประสงค์ของนิติกรรมหมดไปหรือกรณีการตายของผู้ที่เกี่ยวข้องก็มีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดลงเช่นเดียวกัน

---

[58] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 10 ตุลาคม และ 20 พฤศจิกายน 1957, A.J.D.A. 1957, II.41.

[59] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 13 กรกฎาคม 1961, Cie.Fermière du Casino de Constantine, R.D.P. 1961.1087, concl. A. Bernard.

[60] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 7 กุมภาพันธ์ 1964, Assoc. synd. du canal de Gap, 81, concl. M. Bernard.

ผลของการเปลี่ยนแปลงสภาพเหตุการณ์แวดล้อมก็อาจทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นสุดลงได้ เพราะนอกจากข้อเท็จจริงภายนอกที่ทำให้วัตถุที่ประสงค์หรือนิติกรรมทางปกครองที่มุ่งต่อตัวบุคคลสิ้นสุดลงแล้ว ในบางครั้งการเปลี่ยนแปลงสภาพเหตุการณ์แวดล้อมยังมีผลต่อองค์ประกอบที่เป็นมูลเหตุและความถูกต้องของการทำนิติกรรมนั้น ๆ อีกด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้นคือทำอย่างไรจึงจะรู้ได้ว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีหรือไม่มีผลในทางข้อเท็จจริง (ipso facto) เกี่ยวกับการมีอยู่ของนิติกรรมนั้น

ปัญหานี้แยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีคือ

ก. กรณีนิติกรรมที่มีผลเฉพาะราย (actes individuels) การเปลี่ยนแปลงสภาพเหตุการณ์แวดล้อมจะไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ตามกฎหมายของนิติกรรมนั้น

ข. กรณีนิติกรรมที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (règlements) การเปลี่ยนแปลงสภาพเหตุการณ์แวดล้อม โดยตัวของมันเองจะไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อการที่ได้มีการบังคับตามกฎระเบียบที่มีผลบังคับทั่วไปหรือที่จะมีการบังคับให้ปฏิบัติในอนาคต แต่มีผลบังคับให้ผู้ออกนิติกรรมต้องปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกนิติกรรมของตนนั้นเสีย

นอกจากนั้น เหตุของการสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่มีผลย้อนหลัง ได้แก่ การเพิกถอนนิติกรรมด้วยเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (annulation pour illégalité) การเพิกถอนอาจทำโดยทางปกครองคือผู้บังคับบัญชาเป็นผู้เพิกถอน หรืออาจทำโดยการฟ้องเป็นคดีต่อศาลฐานกระทำนอกเหนืออำนาจก็ได้

4.2 การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองโดยเจตนาของผู้ออกคำสั่ง : ทฤษฎีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

กล่าวโดยทั่วไป การสิ้นสุดของนิติกรรมทางปกครองโดยเจตนาของผู้ออกคำสั่งนี้เป็นผลจากการแสดงเจตนาของผู้ออกคำสั่งซึ่งแสดงเจตนาไว้ในตัว

คำสั่งนั้นเอง เช่น การกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดหรือการกำหนดเงื่อนไขที่หากเกิดขึ้นจะทำให้นิติกรรมนั้นสิ้นผลไป ฯลฯ

4.2.1 ความหมายของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

คำว่า"เพิกถอน" (retrait) มีความหมายเป็น 2 นัย กล่าวคือ นัยแรก หมายถึง ตัวคำสั่งหรือการตัดสินใจของผู้ทำนิติกรรมที่เพิกถอนนิติกรรมอันหนึ่ง โดยให้มีผลเป็นการเพิกถอนผลที่ได้เกิดขึ้นแล้วของนิติกรรมนั้นย้อนหลังไปตั้งแต่ต้น นัยที่สอง หมายถึง การแสดงเจตนาของผู้ออกคำสั่งที่จะให้มีผลเป็นการยกเลิกนิติกรรมไม่ให้มีผลต่อไปในอนาคตนับตั้งแต่วันที่ยกเลิก อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของศาสตราจารย์โลบาแดร์ เห็นว่า ศัพท์คำว่าเพิกถอน (retrait) น่าจะใช้สำหรับนัยความหมายแรก (การเพิกถอนที่มีผลย้อนหลัง) ส่วนนัยความหมายที่สองควรจะใช้คำว่าการยกเลิก(abrogation) แต่จะต้องยอมรับว่าในความหมายตามธรรมดาสามัญนั้น มีการใช้คำว่าเพิกถอน(retrait) โดยครอบคลุมความหมายทั้งสองนัยปะปนกัน

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนนี้อาจนำมาใช้กับกรณีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข(modification) ข้อกำหนดบางส่วนของนิติกรรมทางปกครองได้ด้วยโดยให้ถือว่าเป็นการเพิกถอนข้อกำหนดที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขแล้วนั้น

สำหรับการยกเลิกนั้น มีข้อจำกัดอยู่ 2 ประการ คือ ในประการแรกเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับตัวเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจยกเลิก กล่าวคือ ผู้ที่จะมีอำนาจยกเลิกนิติกรรมใด จะต้องเป็นผู้มีอำนาจทำนิติรรมนั้นเท่านั้น และในประการที่สองเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับรูปแบบของนิติกรรม กล่าวคือ การยกเลิกนิติกรรมใดจะต้องกระทำไปภายใต้รูปแบบอย่างเดียวกันกับรูปแบบของนิติกรรมที่ถูกยกเลิกนั้น

4.2.2 หลักทั่วไปของทฤษฎีการเพิกถอนนิติกรรม

ทฤษฎีการเพิกถอนนิติกรรมมีหลักสำคัญอันเป็นที่ยอมรับของผู้พิพากษาศาลปกครองและถือว่าเป็น"หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" ได้แก่ หลักที่ว่าการเพิกถอนนิติกรรมให้มีผลย้อนหลังจะต้อง"ไม่กระทบกระเทือนถึงผลของนิติกรรม

ทางปกครองที่ได้เกิดขึ้นแก่บุคคลใดโดยเฉพาะแล้ว" (principe de l'intangibilité des effets individuels des actes administratifs) หรือทฤษฎีว่าด้วยสิทธิที่ได้รับมาแล้ว(droit acquis) กล่าวคือ เมื่อคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้บังเกิดผลขึ้นแก่บุคคลใดแล้ว ผลที่เกิดแก่บุคคลนั้นจะต้องได้รับการยอมรับปฏิบัติตาม

"หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป"ข้างต้น ยังอาจมีผลที่แตกต่างกันต่อไปทั้งนี้ เนื่องจากทฤษฎีการเพิกถอนนิติกรรมยังต้องพิจารณาต่อไปอีกด้วยว่า นิติกรรมทางปกครองที่ได้ทำไปนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นิติกรรมนั้นเป็นการก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือไม่ หรือเป็นกรณีนิติกรรมที่มีผลเฉพาะบุคคลหรือไม่ ฉะนั้นหากปรากฏว่านิติกรรมทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือไม่ได้มีผลต่อบุคคลใดโดยเฉพาะแล้ว การเพิกถอนนิติกรรมย่อมกระทำได้เสมอ

4.2.3 ลักษณะของการเพิกถอน

(1) การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย

ก. กรณีการเพิกถอนนิติกรรมที่มีผลย้อนหลัง

โดยหลักทั่วไปแล้ว การเพิกถอนที่มีผลย้อนหลังไม่อาจกระทำต่อนิติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายได้[61] หลักการนี้มีพื้นฐานมาจากหลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองจะต้องไม่มีผลย้อนหลัง (la non-rétroactivité des actes administratifs) เพราะ"การเพิกถอน"นิติกรรมทางปกครองก็เป็น"นิติกรรมทางปกครอง"นั่นเอง ฉะนั้นจึงไม่มีเหตุผลใดที่จะห้ามไม่ให้นำหลักการไม่มีผลย้อนหลังมาใช้กับคำสั่งเพิกถอนสถานภาพทางกฎหมาย อย่างไรก็ดี หลักนี้มีข้อยกเว้นในกรณีมาตรการไล่ข้าราชการออกจากราชการซึ่งศาลยอมรับให้มีการเพิกถอนย้อนหลังได้เมื่อการไล่ออกนั้นไม่ได้มีการออกคำสั่งแต่งตั้งบุคคลอื่นให้มาดำรงตำแหน่งแทน แต่ถ้า

---

[61] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 23 เมษายน 1948, Veillard, 175

มีการแต่งตั้งบุคคลอื่น การเพิกถอนคำสั่งไล่ออกจากราชการย้อนหลังจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการเพิกถอน (retrait) หรือการยกเลิก (annulation) มาตรการไล่ออกจากราชการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย้อนหลังนี้มีผลเป็นการยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งแทนด้วย[62]

ข. การเพิกถอนหรือการยกเลิก

ปัญหาการเพิกถอนหรือยกเลิกนิติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายจะกระทำได้หรือไม่นี้ ไม่ใช่เป็นปัญหา"การไม่มีผลย้อนหลัง" แต่เป็นปัญหา "การไม่อาจทำให้กระทบกระเทือนถึงผลเฉพาะบุคคลของนิติกรรมทางปกครอง" ในที่นี้สมควรพิจารณาถึงผลและขอบเขตของหลักนี้ว่ามีแค่ไหน โดยอาจแยกอธิบายดังนี้

กรณีนิติกรรมที่วางกฎเกณฑ์ (actes-règles)นั้น การเพิกถอนหรือการยกเลิกทำได้เสมอ กล่าวคือ กฎเกณฑ์ทางปกครอง (règlements administratifs) ทุกชนิดอาจถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎได้เสมอ[63] และแม้กฎระเบียบดังกล่าวจะมีขึ้นเพื่อใช้ในระยะเวลาจำกัด กฎระเบียบนั้นก็อาจถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขก่อนครบกำหนดระยะเวลาได้[64]

สำหรับนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย(actes individuels) หากออกโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว จะไม่ถูกเพิกถอน(ผลย้อนหลัง) หรือยกเลิก(ผลในอนาคต) ถ้าหากว่านิติกรรมนั้นก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง[65]

---

[62]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 6 กุมภาพันธ์ 1948, Dlle Mollet et Salvan, S. 1948.3.66

[63]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 17 มีนาคม 1911, Blanchet, p.332

[64]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 25 มิถุนายน 1954, Syndicat meunerie, D. 1955, 49, concl. J. DonneDieu de Vabre.

[65]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1 ธันวาคม 1950, Electricité de France, S. 1951, 3, 61, Note Boulouis.

ปัญหาที่ตามมาของหลักนี้คือว่า นิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิคืออะไร และก่อให้เกิดสิทธิอย่างไร และอย่างไรที่ถือว่าไม่อาจกระทบกระเทือนนิติกรรมเฉพาะรายที่ก่อให้เกิดสิทธิได้

1. สำหรับคำว่า"นิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิ(acte generateur de droits)"นั้น ที่จริงแล้วเป็นคำที่มีความหมายกว้างขวางมาก คำนี้ไม่ควรให้มีความหมายเพียงว่าหมายถึง"สิทธิส่วนบุคคล(droits subjectifs)" หรือ"สถานการณ์ทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็น subjectif (situation juridique subjective)" ทั้งนี้ เพราะว่า"หลักที่ว่าไม่อาจเพิกถอนนิติกรรมได้ (l'irrevocabilite)"นั้น ใช้บังคับได้ทั้งกับ"นิติกรรม-เงื่อนไข(actes-conditions)" และกับ "นิติกรรมแบบอัตตวิสัย(actes subjectifs)" อาจกล่าวได้ว่าโดยทั่วไปแล้ว นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย(actes individuels)นั้นสร้างหรือก่อให้เกิดสถานการณ์ทางกฎหมาย และหลังจากนั้นจึงจะก่อให้เกิดสิทธิ นอกจากนี้ "นิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิ"สร้างสิทธิขึ้นมานับตั้งแต่มีการลงนามในนิติกรรมนั้น ไม่ว่าจะได้มีการแจ้งนิติกรรมนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบหรือได้มีการประกาศโฆษณานิติกรรมนั้นหรือไม่ก็ตาม

ส่วนนิติกรรมที่ศาลพิพากษาว่าไม่ใช่นิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิ เช่น นิติกรรมที่มีลักษณะชั่วคราว[66] นิติกรรมซึ่งมีผลขึ้นอยู่กับเงื่อนไขชั่วคราว[67] นิติกรรมที่ไม่มีอยู่ (actes inexistants) หรือนิติกรรมเชิงปฏิเสธ เช่น การปฏิเสธคำขอไม่ใช่นิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลที่สาม[68] หรือมาตรการที่มีลักษณะเป็นการให้อนุญาตของตำรวจ[69] เป็นต้น

---

[66]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 27 พฤษภาคม 1932, Antoni

[67]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 6 มีนาคม 1953, Levert, 116

[68]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 12 มกราคม 1962, Canton, A.J.D.A., 1962, 234, concl. Combarnous

[69]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 18 ธันวาคม 1954, Dame Simon, 678

2. สำหรับขอบเขตของการไม่อาจกระทบกระเทือนนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธินั้น ไม่ได้หมายความว่า สถานการณ์(situation) ที่เกิดจากนิติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายจะไม่อาจถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ แต่หมายความว่า การเพิกถอน(suppression)สถานการณ์นั้นจะกระทำได้ก็แต่โดยการทำนิติกรรมทางปกครองใหม่เท่านั้น (นิติกรรมตรงกันข้าม) ซึ่งนิติกรรมใหม่นี้จะต้องทำตามวิธีการและรูปแบบที่กฎหมายกำหนดหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งผู้ออกคำสั่งไม่อาจใช้ดุลพินิจเพื่อกลับมาแก้ไขคำสั่งที่ได้ออกไปแล้ว ผู้ออกคำสั่งจะทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจออกกฎเกณฑ์ที่ตนมีอยู่เพื่อออกคำสั่งใหม่ที่ตรงกันข้ามกับคำสั่งแรก เช่น คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการโดยถูกต้องตามกฎหมายจะถูกเพิกถอนโดยผู้ออกคำสั่งไม่ได้[70] หากผู้ออกคำสั่งจะให้ข้าราชการผู้นั้นออกจากราชการก็จะต้องเป็นกรณีการลงโทษทางวินัย เช่น ไล่ออก ปลดออก หรือให้ออก เป็นต้น โดยต้องแสดงเหตุผล (motifs) และต้องทำตามกระบวนวิธีพิจารณาความ (procédure) ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมดังกล่าวได้หากเป็นกรณีที่ไม่ใช่เป็นเรื่องดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งเดิมของผู้ออกคำสั่ง[71] ผลที่ตามมาคือการยกเลิก(l'abrogation)นิติกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องแสดงเหตุผลไว้เสมอ[72]

(2) การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลักทั่วไป นิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกเพิกถอนย้อนหลังขึ้นไปโดยผู้ออกคำสั่ง(หลักนี้ตรงกันข้ามกับหลักกฎหมายในเรื่องการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย) หรือในกรณีที่เป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะผู้ออกไม่มีอำนาจในการทำนิติกรรมก็จะต้องถูกเพิกถอนโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอย่างแท้จริง[73]

---

[70] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 14 มิถุนายน 1912, Wulliet, 659

[71] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 5 ธันวาคม 1947, Rivers, S. 1948, 3, 14.

[72] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 5 มีนาคม 1948, Jeunesse indep. chretienne feminine.

[73] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 24 มกราคม 1964, Marguerite, 38

หลักเกณฑ์นี้มีพื้นฐานที่มา 2 ประการ คือ ประการแรก เนื่องจากเป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น นิติกรรมดังกล่าวจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิ และ ประการที่สอง การเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ถือว่าเป็นการเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งสามารถเพิกถอนได้โดยไม่จำเป็นต้องให้ศาลเป็นผู้สั่งเพิกถอน เช่น ในคดี Baldocchi[74] ซึ่งศาลพิพากษาว่ารัฐมนตรีก็มีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง(ที่ก่อให้เกิดสิทธิ)ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แม้นิติกรรมทางปกครองนั้นโดยสภาพหากนำมาฟ้องศาลแล้วจะต้องถูกศาลสั่งให้เพิกถอนเช่นกัน การสั่งเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้จะต้องกระทำภายในระยะเวลาเดียวกันกับระยะเวลาการฟ้องฐานกระทำนอกเหนืออำนาจ คือ ภายใน 2 เดือน[75] ฉะนั้น การเพิกถอนในที่นี้จึงเป็นการแทนที่การเพิกถอนโดยคำสั่งศาล อันเป็นวิธีการที่ง่ายกว่าการดำเนินคดีทางศาล แต่แม้ว่าระยะเวลา 2 เดือนจะสิ้นสุดลง การเพิกถอนก็ยังอาจกระทำได้หากมีการฟ้องคดีต่อศาล ทั้งนี้ ศาลจะพิพากษาให้เพิกถอนหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับคำฟ้องของผู้ร้องเอง[76] หรือหากมีการร้องขอต่อผู้บังคับบัญชา(ขอให้ผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่งยกเลิกคำสั่งดังกล่าว)(recours gracieux) ภายในอายุความ แม้ในภายหลังจะครบกำหนดอายุความแล้วก็ตามก็ยังอาจจะเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ ทั้งนี้ เว้นแต่คำสั่งของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจที่สั่งเกี่ยวกับคำขอนี้จะเป็นที่สุดเนื่องจากอายุความในการนำคดีมาฟ้องศาลได้สิ้นสุดลงแล้ว กรณีนี้จะมีการเพิกถอนนิติกรรมไม่ได้[77]

---

[74]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 24 พฤศจิกายน 1922, Baldocchi, 877

[75]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 3 พฤศจิกายน 1922, Dame Cachet, R.D.P. 1922, p. 552, concl. Rivet.

[76]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 12 มิถุนายน 1936, Kremer, d. 1936.3.53, concl. Lagrange.

[77]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 23 พฤศจิกายน 1962, Assoc. Anciens élèves de l' Institut commercial de Nancy, A.J.D.A. 1962. 677.

การนับระยะเวลาเริ่มต้นของกำหนดเวลาดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้คือ ในคดีข้อพิพาท จะเริ่มนับเมื่อผู้ร้องขอได้รับทราบนิติกรรมนั้นอย่างเป็นทางการ(ซึ่งได้แก่การแจ้งให้ทราบ (notificaton)สำหรับกรณีผู้ที่เกี่ยวข้อง และะการประกาศให้ทราบ (publicat̀ion)สำหรับกรณีบุคคลที่สาม) สำหรับคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรม โดยหลักแล้วระยะเวลาเริ่มต้นคือวันลงลายมือชื่อในนิติกรรม แต่ศาลในคดี Ville de Bagneux[78] กลับพิพากษาในอีกแนวทางหนึ่ง โดยพิพากษาว่าตราบใดที่คำสั่งยังไม่ถูกประกาศให้ทราบ ระยะเวลาเริ่มต้นของการเพิกถอนนิติกรรมก็ยังไม่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่สาม(โดยการร้องขอต่อผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่งหรือฟ้องศาล) หรือฝ่ายปกครองเองก็ตาม ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงอาจจะเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ทุกเมื่อ แต่ถ้าคำสั่งดังกล่าวได้มีการแจ้ง (notification) ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบแล้ว ระยะเวลาก็เริ่มนับตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้ง

หลักเกณฑ์ข้างต้นได้ถูกนำมาใช้ในกรณีการยกเลิกโดยผู้บังคับบัญชาระดับเหนือผู้ออกคำสั่งด้วย คือ ผู้บังคับบัญชาต้องสั่งยกเลิกนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในระยะเวลาของการฟ้องคดี[79]

ข้อยกเว้นหลักเรื่องระยะเวลา ได้แก่ กรณีนิติกรรมชอบด้วยกฎหมายโดยเป็นผลจากนิติกรรมอื่น กล่าวคือ ในบางครั้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมเฉพาะรายมีขึ้นโดยเป็นผลจากการยกเลิกนิติกรรมอีกอันหนึ่ง ดังนั้น แม้ว่าระยะเวลาเพิกถอนจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม นิติกรรมที่เป็นผลจากนิติกรรมแรกนี้ก็ยังอาจจะถูกเพิกถอนได้ หรืออาจจะถูกนำไปฟ้องศาลได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ว่านิติกรรมแรกต้องเป็นนิติกรรมเฉพาะรายเหมือนกัน เช่น การยกเลิกคำสั่งไล่ข้าราชการออกจากราชการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลเป็นการยกเลิก

---

[78]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 6 พฤษภาคม 1966, Ville de Bagneux, A.J.D.A. Septembre 1966.

[79]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 23 มีนาคม 1945, Vercruyce, 58

คำสั่งแต่งตั้งผู้มาดำรงตำแหน่งแทนด้วย[80] ในทางตรงกันข้าม หากเป็นการยกเลิกบทบัญญัติที่มีผลบังคับทั่วไปแล้ว (การขอให้เพิกถอนคำสั่งเฉพาะราย) หรือนิติกรรมเฉพาะรายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว ไม่อาจจะกระทำได้ หากคำสั่งนั้นเป็นที่สุดแล้วเนื่องจากผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ได้ฟ้องศาลหรือไม่มีการเพิกถอนภายในเวลาที่กำหนด[81]

(3) กรณีฝ่ายปกครองถูกบังคับให้ต้องเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงนิติกรรมทางปกครอง

ในการเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขนิติกรรมทางปกครองนั้น นอกจากฝ่ายปกครองจะสามารถเลือกทำได้แล้ว ในบางครั้งก็มีการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำอีกด้วย ได้แก่

1. กรณีนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การเพิกถอนหรือการยกเลิกโดยผู้บังคับบัญชาระดับเหนือเป็นการเพิกถอนความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเหมือนกับการยกเลิกนิติกรรมในคดีข้อพิพาท ซึ่งผู้อยู่ใต้ปกครองมีสิทธิร้องขอให้มีการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรม และการปฏิเสธคำขอนี้เป็นการกระทำเกินอำนาจ[82]

2. กรณีกฎระเบียบทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไป กรณีนี้การบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องเพิกถอนนั้นไม่จำกัดเฉพาะการเพิกถอนกฎระเบียบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวเท่านั้น แต่ยังบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกกฎระเบียบนั้นในเมื่อต้องกระทบถึงองค์ประกอบของ

---

[80] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 20 มกราคม 1939, Hollender, 20.

[81] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 1 เมษายน 1960, Quériaud, 245, concl. Henry.

[82] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 13 กุมภาพันธ์ 1948, Syndicat national des statistiques, 74.

ข้อเท็จจริงหรือองค์ประกอบของข้อกฎหมายที่เป็นเงื่อนไขความถูกต้องของนิติกรรม ทั้งนี้ โดยผู้ที่เกี่ยวข้องต้องร้องขอและจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล และเพื่อปรับนิติกรรมให้เข้ากับเงื่อนไขใหม่ของความชอบด้วยกฎหมาย[83]

---

[83]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 10 มกราคม 1930, Despujol, S. 1930, 3, 41, Note Alibert.

ส่วนที่ 3

เหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir)

FR 310

บทที่ 1

การจัดประเภทเหตุเพิกถอน

1. ความทั่วไป

เหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เป็นเรื่องที่พัฒนาขึ้นทั้งจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(recours en annulation) โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่กระทำนอกเหนืออำนาจ(recour pour excès de pouvoir) และจากข้อเสนอแนะของบรรดานักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการทั้งหลายโดยต่างเกื้อหนุนซึ่งกันและกันกล่าวคือ ในบางครั้งสภาแห่งรัฐเองก็ได้รับอิทธิพลทางแนวความคิดมาจากข้อเสนอแนะของนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการ และในบางครั้งนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการก็ได้อาศัยแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐมาเป็นแนวทางในการศึกษาและในการมีข้อเสนอแนะของตน

วิวัฒนาการต่าง ๆ เกี่ยวกับเหตุเพิกถอนฯ แสดงถึงการจัดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นระบบยิ่งขึ้น และขณะเดียวกันก็ยังแสดงให้เห็นถึงการขยายขอบเขตการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลเป็นลำดับด้วย[1]

---

[1]โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร"หลักกฎหมายปกครอง":"วิธีสบัญญัติ" บรรยายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สิงหาคม 2530, หน้า 67. (อัดสำเนา)

เหตุประการแรกที่ยอมรับให้เป็นเหตุเพิกถอนฯ ได้แก่ เหตุที่ไม่มีอำนาจ (l'incompétence) โดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 7-13 ตุลาคม 1790 ได้ยอมรับเหตุดังกล่าวนี้ และยอมรับเป็นเหตุเดียวที่อาจขอให้เพิกถอนได้ ต่อจากนั้นจึงได้เริ่มมีการยอมรับเหตุอื่น ๆ เพิ่มเติมขึ้น เช่น เหตุที่กระทำไม่ต้องตามแบบ (le vice de forme) เหตุที่บิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir) และเหตุที่กระทำฝ่าฝืนกฎหมาย(la violation de la loi) มาโดยลำดับ

2. การจัดประเภทเหตุเพิกถอน

การจัดประเภทเหตุเพิกถอนนี้ได้รับการเสนอแนะจากนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการ โดยแต่ละคนก็มีเกณฑ์ในการจัดประเภทที่เหมือนกันบ้าง แตกต่างกันบ้าง ทั้งนี้ อาจจะเป็นกรณีเห็นด้วยกับข้อเสนอแนะของฝ่ายหนึ่ง หรืออาจเป็นกรณีที่ไม่เห็นด้วยหรือโต้แย้งข้อเสนอแนะของอีกฝ่ายหนึ่งก็มี

เดิมทีนั้น ลาแฟร์รีแอร์(Laferrière) เป็นคนแรกที่จัดประเภทเหตุต่าง ๆ เอาไว้อย่างเป็นระบบ โดยแยกเป็น 4 เหตุด้วยกัน[2] คือ

(1) เหตุที่ไม่มีอำนาจ (L'incompétence)

(2) เหตุที่กระทำไม่ต้องตามแบบ (Le vice de forme)

(3) เหตุที่กระทำนอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Le détournement de pouvoir) และ

(4) เหตุที่กระทำฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)

และต่อมา นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการจัดประเภทดังกล่าวข้างต้น ก็ได้เสนอแนะการจัดประเภทเหตุต่าง ๆ เสียใหม่[3]

---

[2]René Chapus, Droit administratif générale, 3e édition. (Paris: Montchrestien, 1987), p. 710.

[3]โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," หน้า 69-70.

ที่น่าสนใจและน่าจะนำมากล่าวในที่นี้ ได้แก่ การจัดประเภทของลอมปูเอ (Lampue) ซึ่งได้เสนอแนะความคิดเห็นของตนไว้ในหนังสือ Cours de doctorat, Paris 1943-1944 โดยจัดประเภทของความชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ ความชอบด้วยกฎหมายภายนอก (Légalité externe) และความชอบด้วยกฎหมายภายใน (Légalité interne)

เป็นที่น่าสังเกตว่า นับตั้งแต่การจัดประเภทของลาแฟร์ริแอร์แล้ว ข้อเสนอแนะของนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย ซึ่งมีการเสนอแนะกันต่อ ๆ มานั้น แม้จะมีข้อแตกต่างกันไปบ้างแต่ก็เป็นความพยายามที่จะจัดประเภทของเหตุต่าง ๆ ให้เป็นระบบยิ่งขึ้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึง "ลำดับก่อนหลัง" ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้นว่า ในการจัดประเภทโดยแบ่งเป็นความชอบด้วยกฎหมายภายนอกกับความชอบด้วยกฎหมายภายในก็ดี หรือแบ่งเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในด้านรูปแบบของนิติกรรมทางปกครอง กับความไม่ชอบด้วยกฎหมายในด้านเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองก็ดี ต่างก็คำนึงถึงลำดับก่อนหลังในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะขอจัดประเภทเหตุเพิกถอนโดยแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอก กับความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายใน ซึ่งในแต่ละกลุ่มก็สามารถจัดแยกเหตุต่าง ๆ ในแต่ละกลุ่มได้ ดังนี้

(1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอก
  (1.1) เหตุที่ไม่มีอำนาจ (L'incompétence)
  (1.2) เหตุที่กระทำไม่ต้องตามแบบ (Le vice de forme)
  (1.3) เหตุที่กระทำไม่ต้องตามวิธีการ (Le vice de procédur
(2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายใน
  (2.1) เหตุที่เนื้อหาสาระ (contenu) ของนิติกรรม
  (2.2) เหตุที่มูลเหตุ (motif) ของนิติกรรม
  (2.3) เหตุที่วัตถุประสงค์ (but) ของนิติกรรม

3. ประโยชน์ของการจัดประเภทเหตุเพิกถอน

การจัดประเภทเหตุเพิกถอน ก่อให้เกิดประโยชน์หลายประการดังนี้[4]

1. ทำให้เกิดความชัดเจนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองมากขึ้น

2. ทำให้การควบคุมเป็นระบบและมีเหตุผลที่ดีเป็นที่ยอมรับของทั้งประชาชนและฝ่ายปกครองโดยนอกจากจะควบคุมเหตุภายนอกแล้วยังขยายการควบคุมเข้าไปถึงเหตุภายในด้วย

3. เป็นประโยชน์ในการพิจารณาของศาล กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายไปตามลำดับ โดยเริ่มพิจารณาจากเหตุภายนอกเสียก่อน แล้วจึงพิจารณาจากเหตุภายใน นอกจากนั้น ศาลยังสามารถใช้เหตุภายนอกและเหตุภายในมาเป็นหลักเกณฑ์พิจารณาในทางวิธีสบัญญัติด้วยว่ากรณีใดที่ควรถือว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย(L'ordre public) ซึ่งศาลสามารถยกขึ้นเองได้

4. นอกจากนั้น ยังมีผลต่อฝ่ายปกครองด้วย กล่าวคือ โดยปกติซึ่งถ้าศาลพิจารณาเห็นว่านิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายนอกศาลก็จะเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวโดยอ้างเหตุภายนอก แม้เหตุภายในจะไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยก็ตาม แต่ถ้ากรณีที่เหตุภายในเป็นเรื่องชัดแจ้งร้ายแรง ศาลจะอ้างเหตุภายในโดยตรงเป็นเหตุเพิกถอน และกรณีเช่นนี้จะเป็นบรรทัดฐานมิให้ฝ่ายปกครองกระทำผิดโดยเหตุภายในเช่นนั้นอีก

---

[4]โภคิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," หน้า 73-74.

4. เวลาที่ใช้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย

โดยที่ในการออกนิติกรรมของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองย่อมคำนึงถึงปัจจัยทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริงที่เป็นอยู่ในขณะที่กระทำนิติกรรมทางปกครองเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็จำต้องพิจารณาจากปัจจัยทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริงที่เป็นอยู่ในขณะที่ฝ่ายปกครองกระทำนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ดี สภาแห่งรัฐก็ได้วางข้อยกเว้นเอาไว้ในบางกรณี เช่น

1. กรณีมีสถานการณ์พิเศษ(Circonstances exceptionnelles)

2. กรณีมีกฎหมายบัญญัติให้นิติกรรมทางปกครองมีผลย้อนหลังได้หรือมีนิติกรรมทางปกครองขึ้นใหม่ เพื่อทำให้สภาพการณ์ทางกฎหมายที่เปลี่ยนไปเพราะนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งถูกศาลเพิกถอนต่อมากลับเป็นเหมือนเดิม

3. กรณีมีการทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับชอบด้วยกฎหมายโดยการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

4. กรณีการเพิกถอน(Retrait) นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงและก่อให้เกิดสิทธิโดยฝ่ายปกครอง เพราะเห็นว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

5. กรณีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่กระทำโดยมีจุดมุ่งหมายนอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมาย อาจพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังมีการกระทำได้

6. กรณีที่การเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาพการณ์ทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริงอาจมีผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร[5]

---

[5] เรื่องเดียวกัน, หน้า 75-77.

บทที่ 2

เหตุเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[1]

1. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอก

เมื่อมีกรณีโต้แย้งเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอกของคำสั่งใด การโต้แย้งนั้น เป็นการโต้แย้ง"วิธีการ"ในการตัดสินใจออกคำสั่ง แต่ไม่ใช่เป็นการโต้แย้ง"เนื้อหาสาระ"ของคำสั่งที่ออก วิธีการโต้แย้งเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอกมีอยู่ 3 วิธี คือ

- การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (incompétence)
- การกระทำที่ผิดขั้นตอน (vice de procédure)
- การกระทำผิดแบบ (vice de forme)

หากนิติกรรมใดไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอกแล้ว นิติกรรมนั้นย่อมไม่อาจกลับทำให้ชอบด้วยกฎหมายได้อีก แม้จะมีการให้สัตยาบันนิติกรรมนั้นโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือแม้จะมีการทำให้ขั้นตอนหรือรูปแบบของนิติกรรมนั้นสมบูรณ์ในภายหลังก็ตาม คงมีวิธีเดียวคือการออกคำสั่งใหม่

1.1 การกระทำโดยไม่มีอำนาจ

กรณีจะเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรือลงนามในสัญญาโดยไม่ได้เป็นผู้มีคุณสมบัติที่จะทำนิติกรรมนั้น กล่าวคือไม่ใช่เป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำนิติกรรมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อ

---

[1]แปลและเรียบเรียงจาก René Chapus, Droit administratif générale, 3e édition.(Paris : Montchrestien, 1987), pp. 710-739.

พิจารณาโดยเนื้อแท้แล้ว ตัวคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่เป็นคำสั่งที่ไม่ได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเท่านั้น

1.1.1 ประเภทของการกระทำโดยไม่มีอำนาจ

การกระทำโดยไม่มีอำนาจซึ่งถือว่าเป็นวิธีการที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

(1) การกระทำโดยไม่มีอำนาจในเนื้อหาสาระ (incompétence matérielle หรือ incompétence ratione materiae)

กรณีนี้เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำนอกขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน กล่าวคือ

(1.1) กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งในเรื่องที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือของศาล

การก้าวก่ายอำนาจเช่นนี้ นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการคือ ลาแฟร์ริแอร์(Laferrière) เรียกว่าเป็น "การแย่งชิงอำนาจ" (usurpation de pouvoir) ซึ่งถ้อยคำนี้บ่งบอกให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นการก้าวก่ายอย่างร้ายแรง สำหรับ ลาแฟร์ริแอร์(Laferrière)แล้ว ถือว่าการแย่งชิงอำนาจดังกล่าวมีผลทำให้คำสั่งนั้น ๆ ไม่มีอยู่ทางกฎหมาย (inexistence juridique) แต่ในแง่กฎหมายแล้วความไม่มีอยู่ของคำสั่งจะมีเฉพาะในกรณีเป็นคำสั่งที่ก้าวก่ายอำนาจศาลเท่านั้น ส่วนในกรณีคำสั่งที่ก้าวก่ายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การออกรัฐกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาสาระซึ่งโดยปกติเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ออก กรณีนี้ถือว่าเป็นเพียงความไม่ชอบด้วยกฎหมายธรรมดา(illégalité ordinaire)

(1.2) กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก้าวก่ายอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คนอื่น เช่น สภาเทศบาลกำหนดมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย (mesure de police) ซึ่งอำนาจในการกำหนดมาตรการดังกล่าวนี้เป็นอำนาจของนายกเทศมนตรีแต่ผู้เดียว สภาเทศบาลไม่มีอำนาจเช่นว่านี้ หรือการที่รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงในเรื่องซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีคนอื่นหรือเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี เป็นต้น

โดยทั่วไปแล้ว การกระทำโดยไม่มีอำนาจอาจเกิดจากการก้าวก่ายอำนาจของเจ้าหน้าที่ทั้งในระดับเดียวกัน หรือต่างระดับกัน เช่น ผู้ใต้บังคับบัญชาก้าวก่ายอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชา หรือในทางกลับกัน เช่น กรณีการไล่เจ้าหน้าที่ Garde Champêtre ซึ่งก่อนการประกาศใช้บังคับรัฐบัญญัติลงวันที่ 2 มีนาคม 1982 เป็นอำนาจของรองผู้ว่าราชการจังหวัดแต่ผู้เดียว แต่ในคดี Alfred - Joseph[2] ผู้ว่าราชการจังหวัดกลับออกคำสั่งดังกล่าวไปโดยไม่มีอำนาจ เป็นต้น

(2) การกระทำโดยไม่มีอำนาจที่เกี่ยวกับเขตแดน (incompétence territoriale หรือ incompétence ratione loci) มีอยู่ 2 กรณีคือ

(2.1) กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจของตนในขณะที่อยู่นอกเขตการปกครองที่ตนรับผิดชอบ แต่กรณีนี้ไม่ค่อยปรากฏบ่อยครั้งนัก เพราะโดยทั่วไปเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจแต่ในเขตการปกครองของตน และเพราะไม่มีกฎหมายใดบังคับให้ต้องใช้อำนาจแต่ในเขตการปกครองของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้อำนาจเมื่ออยู่นอกเขตการปกครองได้ เช่น กรณีของประธานาธิบดีมีอำนาจลงนามท้ายรัฐกฤษฎีกาได้แม้ว่าในขณะนั้นจะไม่ได้อยู่ในติกทำเนียบประธานาธิบดีหรือไม่ได้อยู่ในกรุงปารีส หรือไม่ได้อยู่ในอาณาเขตประเทศฝรั่งเศส

(2.2) กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งเกี่ยวกับกิจการที่ไม่ได้อยู่ในเขตการปกครองของตน เช่น นายกเทศมนตรีมีอำนาจออกกฎระเบียบเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตเทศบาลของตน ถ้าออกกฎระเบียบเพื่อใช้บังคับในเขตเทศบาลอื่นใกล้เคียง กรณีไม่ใช่เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจในเนื้อหาสาระ แต่เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจที่เกี่ยวกับเขตแดน หรือตัวอย่างเช่น

---

[2]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 15 กุมภาพันธ์ 1961, Alfred-Joseph, p. 114.

ผู้ว่าราชการจังหวัดออกมาตรการวางมาตรการเพื่อรักษาความสงบ(mesure de police) เกี่ยวกับบุคคลที่อาศัยอยู่ในจังหวัดอื่น[3]

กรณีการกระทำโดยไม่มีอำนาจที่เกี่ยวกับเขตแดนนี้มีข้อยกเว้นอยู่บ้าง เช่น การใช้มุมถนนเป็นจุดแบ่งแยกเขตการปกครองท้องถิ่น ซึ่งการออกกฎจราจรที่จะใช้กับเส้นทางในบริเวณนี้อาจจะออกโดยเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในแต่ละเขตโดยต่างฝ่ายต่างออกโดยเพียงแต่ให้สอดคล้องกันหรือออกกฎฉบับเดียวร่วมกันก็ได้ หรือกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดมาตรการเพื่อใช้นอกเขตการปกครองของตนได้เมื่อมาตรการดังกล่าวเกี่ยวกับการดำเนินการเรื่องทรัพย์สินหรือบริการของนิติบุคคลมหาชน ซึ่งตนในฐานะผู้จัดการแทนนิติบุคคลมหาชนจะต้องดูแลรับผิดชอบ

(3) การกระทำโดยไม่มีอำนาจที่เกี่ยวกับเงื่อนเวลา (incompétence temporelle หรือ incompétence ratione temporis)

กรณีนี้เป็นเงื่อนเวลาของวันที่ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งหรือลงนามในสัญญา เช่น เจ้าหน้าที่ได้รับการแต่งตั้งแล้ว แต่ยังไม่เข้ามารับมอบหน้าที่การงาน (installation) ถ้ามีคำสั่งอย่างใดไปในระหว่างนี้ก็จะถือว่าเป็นการสั่งการไปโดยไม่มีอำนาจ[4] หรือกรณีเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจแล้วเพราะเหตุครบวาระการดำรงตำแหน่งที่ได้รับเลือกตั้งเข้ามาหรืออายุครบตามกำหนด(limite d'âge) หรือเพราะกำหนดระยะเวลาที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้หมดลง เช่น กำหนดระยะเวลาที่ให้อำนาจรัฐบาลตรารัฐกฤษฎีกานิรโทษกรรมเป็นรายบุคคล (décrets individuels d'amnistie)[5]

---

[3]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 27 มกราคม 1950, Perrin, p.64.

[4]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 27 เมษายน 1973, Dlle Sere, p.302.

[5]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมร่วม) 22 พฤศจิกายน 1963, Dalmas de Polignac, p.565; AJDA 1964, p.23, Chron. J. Fourré et M. PuybaSet.

1.1.2 ความคล้ายคลึงกันระหว่างการกระทำไม่มีอำนาจกับการกระทำที่ผิดขั้นตอน (vices de procédure)

(1) กรณีที่เป็นการกระทำที่ผิดขั้นตอน แต่ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ เช่น รัฐบาลไม่เคารพในกฎเกณฑ์ที่บังคับให้รัฐบาลต้องออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งภายหลังจากที่ได้ปรึกษาสภาแห่งรัฐแล้ว เป็นต้นว่า รัฐบาลไม่ได้ส่งร่างกฎหมายให้สภาแห่งรัฐพิจารณาก่อน[6] หรือกฎหมายที่รัฐบาลตราขึ้นนั้นแตกต่างจากร่างกฎหมายที่เสนอให้สภาแห่งรัฐพิจารณาและแตกต่างจากร่างกฎหมายที่เสนอโดยสภาแห่งรัฐ[7] หรือรัฐบาลตรากฎหมายขึ้นก่อนได้รับทราบความเห็นของสภาแห่งรัฐ[8] เป็นต้น ซึ่งกรณีเหล่านี้สภาแห่งรัฐไม่ลังเลใจที่จะพิพากษาว่ารัฐกฤษฎีกาเหล่านั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุเป็นการกระทำไปโดยไม่มีอำนาจ เพราะเมื่อรัฐบาลไม่เคารพในกฎเกณฑ์ที่บังคับให้รัฐบาลต้องปรึกษาสภาแห่งรัฐก่อนการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งก็เท่ากับว่ารัฐบาลละเลยต่ออำนาจพิจารณาของสภาแห่งรัฐที่มีอยู่ควบคู่กันกับการดำเนินการนั้น ๆ[9]

(2) กรณีที่กฎหมายบังคับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่จะได้รับความเห็นชอบ (sur avis conforme) จากองค์กรผู้ให้คำปรึกษาองค์กรใดองค์กรหนึ่ง เช่น กรณีที่กฎหมายบังคับให้รัฐบาลจะยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญได้จะต้องปรึกษาตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) เสียก่อน ในเรื่องนี้สภาแห่งรัฐถือว่าคำสั่งที่ออกโดยละเลยต่อข้อบังคับนี้เป็นการกระทำผิดที่

---

[6] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมร่วม) 25 มกราคม 1957, Keinde Serigne, p.63.

[7] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 26 เมษายน 1974, Villatte, p.283.

[8] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 9 มิถุนายน 1978, SCI bd Arago, p. 237.

[9] เรื่องเดียวกัน

กระทบถึงอำนาจของผู้ออกคำสั่งและเป็นการกระทำผิดที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย[10]

1.1.3 ข้อพิจารณาเพิ่มเติม

(1) แม้ว่าโดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่อาจให้สัตยาบันนิติกรรมที่ผู้กระทำได้ทำไปโดยไม่มีอำนาจให้กลับเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นได้ อย่างไรก็ดี ในบางกรณีกฎหมายยอมรับให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจทำได้ เช่น รัฐกฤษฎีกาที่ลงนามโดยประธานาธิบดี ทั้ง ๆ ที่โดยปกติเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีที่จะลงนามในรัฐกฤษฎีกา หากนายกรัฐมนตรีได้ลงนามต่อท้าย ก็ถือว่ารัฐกฤษฎีกานั้นออกโดยนายกรัฐมนตรี หรือกรณีมาตรการอันหนึ่งออกเป็นรัฐกฤษฎีกา ทั้ง ๆ ที่จะต้องทำเป็นกฎกระทรวง (arrêté ministériel) ก็ยังถือว่าชอบด้วยกฎหมายถ้ารัฐมนตรีผู้มีอำนาจได้ลงนามต่อท้ายในรัฐกฤษฎีกานั้น

แต่ในกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ ลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องมีปรากฏอยู่ตั้งแต่แรกที่ทำนิติกรรม ซึ่งจะมีผลทำให้ถือว่าลายมือชื่อที่ไม่ถูกต้องนั้นเป็นส่วนเกินของนิติกรรมและถือว่านิติกรรมดังกล่าวเป็นนิติกรรมที่ทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

(2) การกระทำโดยไม่มีอำนาจ อาจเป็นการกระทำที่ชอบได้หากเป็นกรณีเร่งด่วน (urgence)[11] หรือกรณีมีเหตุการณ์พิเศษ

---

[10] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 29 มกราคม 1969, Vve Chanebout, p.43.

[11] เช่น มาตรการที่นายกเทศมนตรีตราขึ้นเพื่อใช้บังคับกับอาคารที่มีลักษณะอันเห็นได้ชัดว่ามีสภาพเสื่อมโทรมมาก ซึ่งโดยปกติผู้ว่าราชการจังหวัดเท่านั้นที่มีอำนาจกำหนดมาตรการดังกล่าว (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 22 มกราคม 1965, Alix p.44) หรือกรณีมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องให้การดำเนินการบริการสาธารณะของคณะกรรมการการเกษตร (Chambre d' Agriculture) ดำเนินต่อไปอย่างต่อเนื่อง ประธานกรรมการฯย่อมสามารถออกกฎเกณฑ์เพื่อใช้ในการดำเนินการได้โดยชอบ แม้ว่าโดยปกติประธานกรรมการฯจะไม่มีอำนาจเช่นว่านั้น (คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ที่ประชุมร่วม 5 กันยายน 1979, Chambre d' Agriculture de la Charente, p.362)

(circonstances exceptionnelles) หรือกรณีทฤษฎีการเป็นข้าราชการโดยข้อเท็จจริง(la théorie des fonctionnaires de fait) กล่าวคือ เป็นกรณีที่โดยสภาพแล้วมีความจำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจทำการตัดสินใจแทนเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ และบางกรณีจำเป็นต้องให้บุคคลภายนอกหน่วยงานของรัฐใช้มาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดแทนเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ เช่น มาตรการการเกณฑ์อสังหาริมทรัพย์ (réquisition) เพื่อนำมาใช้ประโยชน์สาธารณะที่ออกโดยคณะกรรมการของเทศบาลตำบลหนึ่ง (Comité d' Habitants d' une commune) ในเดือนพฤษภาคม 1940 ภายหลังการจากไปของเจ้าหน้าที่เทศบาล ถือว่าเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมาย[12]

สำหรับทฤษฎีการเป็นข้าราชการโดยข้อเท็จจริงนั้น หมายความถึงกรณีข้าราชการได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบได้สั่งการอย่างหนึ่งอย่างใดไปโดยไม่ทราบว่าการแต่งตั้งนั้นไม่ชอบ ดังนี้ แม้ว่าการยกเลิกคำสั่งแต่งตั้งจะมีผลย้อนหลัง ก็ไม่ถือว่าคำสั่งที่ได้สั่งการไปแล้วนั้นเป็นคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจ ทั้งนี้ เพราะตามทฤษฎีทางกฎหมายเรื่องสิ่งที่ปรากฏ (La théorie juridique de l' apparence) นั้น ถือว่าได้มีการปรากฏต่อสายตาของทุกคนแล้วว่า ข้าราชการผู้นั้นมีอำนาจตามกฎหมายที่จะออกคำสั่งดังกล่าว[13]

(3) กรณีการกระทำโดยไม่มีอำนาจโดยสำคัญผิดในขอบเขตอำนาจที่ตนมีอยู่ (incompétence négative) กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ไปก้าวก่ายอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คนอื่น เพียงแต่ตนเองสำคัญผิดในขอบเขตอำนาจที่ตนมีอยู่ โดยคิดว่าหากดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ

---

[12] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 5 มีนาคม 1948, Marion, p.113; D. 1949, p.147.

[13] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2 พฤศจิกายน 1923, Assoc. des fonctionnaires de l' Administration centrale des postes, p.699.

ไปจะไปก้าวก่ายอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คนอื่น และโดยความสำคัญผิดดังกล่าว จึงได้อ้างเหตุว่าตนไม่มีอำนาจเพื่อที่จะไม่ต้องมีคำสั่งในเรื่องนั้น[14]

1.2 การกระทำที่ผิดขั้นตอน (le vice de procédure)

เหตุเพิกถอนกรณีนี้เป็นกรณีการไม่เข้าใจหรือไม่รู้ขั้นตอนในการออกคำสั่งหรือในการทำสัญญา ซึ่งขั้นตอนเหล่านี้มุ่งที่จะใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ และในอีกแง่หนึ่ง การระบุขั้นตอนต่าง ๆ ไว้ก็เป็นการให้หลักประกันความเคารพในสิทธิและประโยชน์ของผู้อยู่ใต้ปกครองอย่างหนึ่งด้วย ดังนั้น ในตัวเนื้อหาสาระของคำสั่งเองจึงอาจจะได้รับอิทธิพลของขั้นตอนต่าง ๆ ที่กำหนดไว้นี้ก็ได้ เช่น ขั้นตอนที่กำหนดให้ต้องขอทราบความเห็น หรือให้สั่งการได้เท่าที่มีการเสนอเรื่องขึ้นมา หรือให้สั่งการได้ภายหลังจากที่ได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องนั้น ๆ แล้ว หรือภายหลังจากที่ได้ให้โอกาสแก่ผู้ที่จะได้รับผลจากการออกคำสั่งนั้นได้โต้แย้งคำสั่ง หรือภายหลังจากที่ได้จัดให้มีการสอบถามมหาชน เพื่อรวบรวมข้อมูลในเรื่องที่จะมีคำสั่งนั้น เป็นต้น

ฉะนั้น โดยหลักแล้ว เมื่อมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้และไม่ได้รับการปฏิบัติตาม ก็จะถือว่านิติกรรมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุที่เป็นการกระทำที่ผิดขั้นตอน และเป็นกรณีที่ไม่อาจกลับทำให้ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะการทำให้ถูกขั้นตอนในภายหลังนั้นไม่มีความหมายแต่อย่างใด หรือเป็นการไร้ประโยชน์[15]

(1) การยอมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดขั้นตอนไว้โดยความสมัครใจ

การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (โดยเฉพาะรัฐมนตรี) ตัดสินใจที่จะใช้อำนาจของตนโดยกระทำไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่คนดังกล่าวยอมรับสภาพบังคับให้ต้องกระทำไปตามที่กำหนด ทั้ง ๆ ที่เจ้าหน้าที่นั้นมีอิสระที่จะเลือกตัดสินใจ ฉะนั้น หากปรากฏว่าการดำเนินการตาม

---

[14] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 30 มิถุนายน 1950, Queralt, p.413.

[15] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 20 กุมภาพันธ์ 1952, Hutin, p.754.

ขั้นตอนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งที่ทำตามขั้นตอนดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย และผู้ออกคำสั่งจะอ้างต่อศาลว่าตนไม่ได้มีเจตนาที่จะสั่งการตามขั้นตอนนั้นไม่ได้[16]

(2) การที่ศาลไม่ยอมรับการยึดถือแบบพิธีที่เคร่งครัดจนเกินไป โดยหลักศาลปกครองจะยึดถือเรื่องนิติกรรมต้องทำตามขั้นตอนที่กำหนดไว้โดยเคร่งครัด แม้ว่าในบางครั้งขั้นตอนดังกล่าวจะเป็นเพียงขั้นตอนที่ให้เลือกปฏิบัติได้ก็ตาม และในเมื่อเป็นการบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม หลักจึงเป็นว่าการไม่ปฏิบัติตามเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่า ในบางกรณีการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนที่ว่านี้ไม่เป็นเหตุข้ออ้างว่าคำสั่งนั้น ๆ ไม่ชอบไม่ว่าในกรณีใด ๆ เพราะโดยสภาพของบทบัญญัติดังกล่าวนั้น การปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนไม่ได้มีผลต่อคำสั่งที่ออก และไม่ได้ให้หลักประกันแก่ผู้ที่จะได้รับผลจากคำสั่งนั้นแต่อย่างใด เช่น ข้อแนะนำเกี่ยวกับขั้นตอนของวิธีดำเนินการ หรือการกำหนดระยะเวลาในการทำเอกสารที่เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติ ซึ่งบทบัญญัติที่กำหนดขั้นตอนประเภทนี้ ศาลเรียกว่าเป็นเพียง"ขั้นตอนหรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ" (formalités non substantielles)[17]

นอกจากนั้น ในบางกรณีศาลยังยอมรับว่าการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดขั้นตอนนั้นไม่ใช่ที่มาของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่ากฎเกณฑ์นั้นจะมีสาระสำคัญก็ตาม กล่าวคือ

1. กรณีที่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดี (compte tenu des circonstances de l' espèce) แล้ว การที่ไม่ปฏิบัติตาม

---

[16]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 22 มิถุนายน 1963, Albert, p.385.

[17]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 28 กรกฎาคม 1984, Baillou, p.306 และ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 27 มีนาคม 1987, Chambre d' Agriculture de la Gironde, D.A.1987, p. 297.

กฎเกณฑ์ที่กำหนดขั้นตอนนั้นไม่มีผลต่อคำสั่งที่ออก[18] หรือไม่เป็นการริดรอนสิทธิหรือหลักประกันใด ๆ ของผู้ที่เกี่ยวข้อง[19] คำสั่งนั้นย่อมเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

2. กรณีที่ไม่อาจปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เช่นว่านั้นได้ เช่น กรรมการขององค์กรที่ปรึกษาได้มีมติปฏิเสธ (โดยชัดแจ้งหรือโดยการไม่มาประชุม) ที่จะพิจารณาโครงการที่มีการเสนอเข้าที่ประชุม[20]

3. กรณีที่การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แต่อย่างใด เช่น ถ้าปรากฏว่าผู้ที่เกี่ยวข้องได้แจ้งให้ทราบว่าตนจะไม่ยอมทำข้อตกลงกับใคร (accord amiable) เช่นนี้ ความพยายามในการทำข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่มีประโยชน์ในเมื่อยังไม่มีคำสั่งเกณฑ์อสังหาริมทรัพย์ใด ๆ เพื่อนำมาใช้ประโยชน์สาธารณะ[21]

อนึ่ง แนวคำพิพากษาของศาลยอมรับว่าขั้นตอนที่กำหนดไว้นั้นอาจจะถูกแทนที่โดยขั้นตอนอื่นที่แตกต่างกันได้ ถ้าขั้นตอนที่แตกต่างกันนี้อยู่ในลำดับเดียวกัน เช่น การเสนอร่างรัฐกฤษฎีกาเกี่ยวกับการย้ายเมืองที่ตั้งของศาลากลางจังหวัด (Chef - lieu) นั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องปรึกษา"คณะกรรมการจังหวัด" (Commission départementale) (ซึ่งคณะกรรมการจังหวัดนี้เป็นส่วนหนึ่งของ"สภาจังหวัด"(Conseil général)) เสียก่อน หากปรากฏว่าผู้ว่าราชการจังหวัดไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด คือไม่ได้ปรึกษา"คณะกรรมการจังหวัด" แต่ได้เสนอร่างฯโดยตรงต่อ"สภาจังหวัด"

---

[18] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 4 กรกฎาคม 1952, Decharme, p.362.

[19] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมร่วม) 15 กรกฎาคม 1964, Sterboul, p.406.

[20] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมร่วม) 12 ตุลาคม 1956, Baillet, p.356.

[21] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 19 พฤศจิกายน 1948, Razungles - Bassou, p.437.

เช่นนี้ก็ไม่ทำให้การเสนอร่างฯนั้นเป็นการกระทำที่ผิดขั้นตอน[22]

(3) การพิจารณาเรื่องการดำเนินการตามขั้นตอนเป็นโมฆะ

แม้ว่าการดำเนินการตามขั้นตอนในการทำคำสั่งจะสำเร็จเสร็จสิ้นแล้วก็ตาม เช่นองค์กรผู้มีหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมายได้ให้ความเห็นแล้ว หรือการไต่สวนได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว เป็นต้น แต่การออกคำสั่งอาจจะยังไม่ทำในทันทีทันใดภายหลังจากนั้นก็ได้ ปัญหาที่ตามมาคือ ถ้าภายหลังจากที่การดำเนินการตามขั้นตอนเสร็จสิ้นแล้วปรากฏว่ายังคงไม่มีการออกคำสั่งใด ๆ ช่วงระยะเวลาดังกล่าวจะมีผลทำให้ขั้นตอนการดำเนินงานที่ได้ทำไปแล้วต้องเสียไปหรือไม่ และฝ่ายปกครองจะพิจารณาใหม่ โดยเริ่มดำเนินการตามขั้นตอนนั้นอีกครั้งหนึ่งจะได้หรือไม่ ในเรื่องนี้"ช่วงระยะเวลา"ที่ผ่านไปภายหลังการดำเนินการตามขั้นตอนเสร็จสิ้น ไม่ใช่ปัญหาสำคัญ แต่สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือต้องดูว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าว (ซึ่งอาจจะสั้นหรือยาว) "สถานการณ์"ได้เปลี่ยนไปหรือไม่ คือมีข้อกฎหมาย หรือข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป และมีเหตุการณ์ใหม่เกิดขึ้น อันทำให้จำเป็นต้องมีการพิจารณาดำเนินการตามขั้นตอนใหม่อีกครั้งหนึ่งหรือไม่[23]

1.3 การกระทำที่ผิดรูปแบบ (Le vice de forme)

การกระทำที่ผิดรูปแบบแตกต่างไปจากการกระทำที่ผิดขั้นตอนในแง่ที่ว่าการกระทำที่ผิดขั้นตอนเป็นเรื่องของการไม่ทำตามกฎเกณฑ์ของ"กระบวนการ"ในการทำคำสั่ง แต่การกระทำที่ผิดรูปแบบเป็นเรื่องของการไม่ทำตามกฎเกณฑ์การเสนอ"รูปแบบภายนอก"ของนิติกรรม

---

[22]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 26 พฤศจิกายน 1976, Soldani, p.508.

[23]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมร่วม) 7 พฤษภาคม 1956, Galavielle, p.264; และ 2 มกราคม 1959, Union nat. des cadres de la maîtrise eau, gaz, électricité, p.7

อย่างไรก็ตาม เรื่อง"รูปแบบ"ของนิติกรรมทางปกครองนี้ไม่ถือว่าเป็นเรื่องเคร่งครัดนัก คงมีแต่เฉพาะสิ่งที่สำคัญเท่านั้นที่จะต้องระบุไว้ เช่นการลงลายมือชื่อของผู้ออกไว้ตอนท้ายนิติกรรม (เพื่อที่จะสามารถตรวจสอบได้ว่าผู้ออกมีอำนาจทำได้หรือไม่) หรือการลงนามกำกับต่อจากลายมือชื่อแรก (การลงนามกำกับของประธานาธิบดี และของนายกรัฐมนตรีเพื่อเป็นหลักประกันความถูกต้องตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ)หรือการให้เหตุผลในคำสั่ง

2. <u>ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายใน</u>

ที่ว่า "ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายใน"นั้น อาจมีสาเหตุมาจากเนื้อหาสาระของนิติกรรม (contenu) หรือมูลเหตุจูงใจของนิติกรรม(motifs) หรือวัตถุประสงค์ของนิติกรรม (but) ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

2.1 ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุของเนื้อหาสาระของนิติกรรม

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้นักกฎหมายหรือศาลมักจะเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า "การฝ่าฝืนกฎหมายโดยตรง"(La violation directe de la loi) หรือในบางครั้งถือว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีเหตุจากวัตถุที่ประสงค์ (objet) ของนิติกรรม กล่าวคือ เป็นนิติกรรมที่มีเนื้อหาสาระไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายที่อยู่ลำดับเหนือกว่า เช่น รัฐกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติกลับมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับบทบัญญัติของรัฐบัญญัติ หรือคำสั่งที่ออกโดยให้มีผลย้อนหลังซึ่งขัดกับ"หลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง" (Principe de la non - rétroactivité des actes administratifs) หรือคำสั่งลงโทษทางวินัยชนิดที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้

2.2 ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุของมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรม

กรณีนี้ต้องพิจารณาว่าเพราะเหตุใดจึงได้มีนิติกรรมดังกล่าว ถ้าปรากฏว่านิติกรรมนั้นได้ทำขึ้นโดยสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (erreur de droit) หรือสำคัญผิด

ในข้อเท็จจริง (erreur de fait) หรือมีข้อผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับตัวบทกฎหมาย (erreur dans la qualification juridique des faits) นิติกรรมดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุของมูลเหตุจูงใจ

2.2.1 กรณีสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

การสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้ใน 3 กรณี คือ

(1) การสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเกิดจากการนำเอากฎเกณฑ์ที่ไม่อาจใช้บังคับได้มาใช้บังคับกับเรื่องนั้น หรือกรณีเป็นคำสั่งที่ขาดพื้นฐานทางกฎหมาย เช่น นายกเทศมนตรีได้มีคำสั่งไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารโดยได้อ้างถึงผังเมืองของเทศบาลนั้น ทั้ง ๆ ที่ผังเมืองดังกล่าวยังมิได้มีการประกาศให้ทราบ จึงยังไม่อาจใช้ยันบุคคลภายนอกได้[24]

อย่างไรก็ตาม คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากขาดพื้นฐานทางกฎหมายนั้นอาจจะได้รับการแก้ไขได้ ทั้งนี้ ตามแนวคำพิพากษาของศาล ศาลเองมีอำนาจที่จะแก้ไขคำสั่งดังกล่าวให้ถูกต้องได้ด้วยการปรับให้เข้ากับพื้นฐานทางกฎหมายอื่นหรือให้แทนที่โดยพื้นฐานทางกฎหมายอื่น แต่จะทำได้ก็ต่อเมื่อคำสั่งนั้นสามารถจะปรับให้เข้ากับพื้นฐานทางกฎหมายอื่นหรืออาจแทนที่โดยพื้นฐานทางกฎหมายอื่นเพราะมีเงื่อนไขอย่างเดียวกันเท่านั้น เช่น ตามตัวอย่างที่กล่าวถึงข้างต้น นายกเทศมนตรีอาจจะปฏิเสธคำขออนุญาตก่อสร้างอาคารโดยอ้างถึงกฎหมายผังเมืองของชาติ (règlement national d' urbanisme) ได้

(2) การสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเกิดจากการที่ผู้ออกคำสั่งเข้าใจผิดคิดว่าตนสามารถออกคำสั่งนั้นโดยอาศัยกฎระเบียบ (réglementation) ฉบับหนึ่งได้ แต่ปรากฏว่ากฎระเบียบฉบับนั้นเป็นกฎระเบียบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิเสธคำขอรับบำนาญโดยอ้างกฎระเบียบที่บัญญัติห้ามอนุมัติตามคำขอ แต่ปรากฏว่ากฎระเบียบดังกล่าวขัดต่อ

---

[24] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 7 กรกฎาคม 1976, Ep. Arnaud, p.1069.

กฎหมาย[25] หรือการสั่งให้เจ้าหน้าที่ออกจากราชการโดยอ้างอำนาจตาม หนังสือเวียนที่มีลักษณะบังคับทั่วไป (circulaire ministérielle à caractère réglementaire) ซึ่งหนังสือเวียนดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นหนังสือเวียนที่รัฐมนตรีออกโดยไม่มีอำนาจ[26]

(3) การสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเกิดจากการใช้บังคับกฎหมายซึ่งใช้บังคับได้โดยชอบ แต่ปรากฏว่าผู้ใช้กลับตีความกฎหมายนั้นผิดไป เช่น รัฐมนตรีที่รับผิดชอบในการกำหนดรายชื่อผู้มีสิทธิสอบเข้าโรงเรียนการปกครองแห่งชาติ(Ecole Nationale d' Administration) เข้าใจผิดว่าหลักหลักความเสมอภาคในการเข้ารับราชการยอมรับให้มีการกันตัวบุคคลที่มีความคิดเห็นแตกต่างทางการเมืองออกไปไม่ให้สมัครสอบแข่งขัน[27] หรือ เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการเข้าใจผิดว่า หลักที่ว่ามหาวิทยาลัยเป็นอิสระนั้นเป็นข้อห้ามตนเองมิให้สั่งให้อาจารย์คนหนึ่งกลับเข้ารับราชการใหม่โดยที่มหาวิทยาลัยนั้นมิได้เสนอขอมา[28] หรือรัฐมนตรีเข้าใจผิดว่าตนจะต้องปฏิเสธคำขอกลับเข้ารับราชการของข้าราชการผู้หนึ่ง หรือเพิกถอนคำสั่งที่ได้สั่งการไปแล้ว ทั้ง ๆ ที่การสั่งให้กลับเข้ารับราชการ หรือการสั่งเพิกถอนคำสั่งเดิมนั้นอาจจะกระทำได้โดยชอบ[29]

2.2.2 ความผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย

ในการมีคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุของคำสั่งอยู่เสมอ และคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายก็คือคำสั่ง

---

[25]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 30 เมษายน 1976, Lacorne, p.224

[26]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 25 เมษายน 1979, Ciaudo, p.159

[27]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 28 พฤษภาคม 1954, Barel et autres, p.308, Concl. M. Letourneur.

[28]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 11 กรกฎาคม 1975, Legros, p.327.

[29]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมร่วม) 20 มิถุนายน 1952, p.327.

ที่ผู้ออกไม่ได้ทำผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย กล่าวคือ โดยสภาพของข้อเท็จจริงแล้วสามารถพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น

คดีสำคัญที่ศาลกล่าวถึงเรื่องการควบคุมความผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย คือ คดี Gomel[30] ซึ่งมีสาระสำคัญพอสรุปได้ว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดได้มีคำสั่งปฏิเสธคำขออนุญาตก่อสร้างอาคารในบริเวณริมลานสาธารณะแห่งหนึ่ง โดยให้เหตุผลว่าการก่อสร้างจะมีผลกระทบต่อทัศนียภาพทางสถาปัตยกรรมของลานนั้น ซึ่งในข้อเท็จจริงแล้วลานนั้นมิได้มีลักษณะเช่นนั้นจริง และการก่อสร้างอาคารก็จะไม่มีผลกระทบเช่นว่านั้นด้วย ด้วยเหตุนี้สภาแห่งรัฐจึงพิพากษาให้ยกเลิกคำสั่งไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารของผู้ว่าราชการจังหวัดดังกล่าวเพราะโดยสภาพของข้อเท็จจริงแล้วไม่อาจพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวได้

คดีตัวอย่างของการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย เช่น การพิจารณาว่าทัศนียภาพของสถานที่นั้น ๆ น่าดู (site pittoresque) หรือไม่[31] หรือโครงการก่อสร้างอาคารในบริเวณที่สงวนไว้สำหรับชนชั้นกลางอยู่อาศัย[32] หรือองค์กรสหภาพแรงงานนั้นเป็นองค์กรใหญ่ระดับชาติของผู้ใช้แรงงานองค์กรหนึ่งหรือไม่[33] หรือการที่รัฐบาลรักษาการได้มีมติอนุมัติให้กู้เงิน (les biens de presse) จำนวนหนึ่ง จะมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานประจำที่

---

[30] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 4 เมษายน 1914, Gomel, p.488 ; S. 1971.3.25, note M. Hauriou.

[31] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 2 พฤษภาคม 1975, Dme Ebri, p.280.

[32] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 28 มกราคม 1977, Ep. Agopyan, p.53.

[33] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 17 เมษายน 1970, CFDT, p.263.

รัฐบาลรักษาการณ์มีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายหรือไม่[34] หรือการที่คนฝรั่งเศสให้การช่วยเหลือแก่รัฐบาลต่างประเทศโดยการให้ข่าวสารบางอย่างมีลักษณะเป็นการประพฤติตนเสมือนหนึ่งเป็นคนชาติของประเทศนั้นหรือไม่

คดีตัวอย่างของการควบคุมการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายในเรื่องเสรีภาพของประชาชน (libertés publiques) เช่น ศาลจะพิจารณาดูว่าการชุมนุมกันนั้นโดยสภาพแล้วเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยอย่างร้างแรงหรือไม่[35] หรือสิ่งตีพิมพ์นั้นเป็นอันตรายต่อเยาวชนเพราะมีลักษณะเป็นการยั่วยุทางกามารมณ์หรือไม่[36] หรือการปล่อยให้จำหน่ายหนังสือเล่มนั้นโดยสภาพแล้วจะเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่[37] หรือการลงโทษส่งผู้ร้ายข้ามแดน (extradition) มีลักษณะเป็นการเมืองหรือไม่[38]

2.2.3 การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

นอกจากการพิจารณาเรื่องสภาพของข้อเท็จจริงที่จะสามารถพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น ๆ แล้ว ยังจะต้องปรากฏอีกด้วยว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวมีอยู่จริง คดีที่ศาลได้วางหลักในเรื่องนี้คือคดี Camino[39] ซึ่งมีสาระสำคัญสรุปได้ว่า รัฐบาลมีคำสั่งไล่นายกเทศมนตรีออกจากราชการเพราะเหตุที่ได้ละเลยต่อหน้าที่ในการดูแลเรื่องขบวนแห่ศพ ทั้ง ๆ ที่นายกเทศมนตรีมิได้ละเลยต่อหน้าที่ตามที่ถูกกล่าวหาแต่อย่างใด ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยวาง

---

[34] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 4 เมษายน 1952, Synd. Régional des Quotidiens d' Algérie, p.210.

[35] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 19 พฤษภาคม 1933, Benjamin, p.541.

[36] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 5 ธันวาคม 1956, Thibault, p.514.

[37] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 20 ธันวาคม 1967, Fabre - Luce, p.511.

[38] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 7 กรกฎาคม 1978, Croissant' p.292.

[39] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 14 มกราคม 1961, Camino, p.15 : RDP 1917, p. 463, concl. Corneille, note G. Jèze.

หลักว่า เป็นอำนาจของสภาแห่งรัฐที่จะตรวจสอบความมีอยู่ที่แท้จริงของข้อเท็จจริงที่อ้างในคำสั่ง(materialite des faits) ในเมื่อในคดีนี้ข้ออ้างของรัฐบาลนั้นไม่เป็นความจริง ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงพิพากษายกเลิกคำสั่งลงโทษดังกล่าว

ตามแนวคำพิพากษาของศาลในเรื่องการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนี้มีข้อสังเกตอยู่ 3 ประการคือ

1. ในบรรดาคดีที่ขึ้นมาสู่ศาลนั้น คดีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงมีน้อยกว่าคดีความผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับกฎหมาย เพราะอันที่จริงสำหรับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว การสั่งการใด ๆ เกี่ยวกับความมีอยู่ที่แท้จริงของข้อเท็จจริงหนึ่ง จะง่ายกว่าการพยายามค้นหาว่าจะทำอย่างไรจึงจะสามารถปรับข้อเท็จจริงนั้น ๆ ให้เข้ากับข้อกฎหมายได้

2. จากคำพิพากษาคดี Camino ข้างต้น จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาศาลปกครองได้พิพากษาลงไปในข้อเท็จจริง (juge du fait) และเป็นคำพิพากษาที่ออกนอกกรอบเดิมที่ว่าศาลจะพยายามจำกัดตัวเองแต่ในเรื่องของข้อกฎหมาย ฉะนั้น ในคดีหนึ่ง ๆ ข้อเท็จจริงจึงมีความสำคัญเท่ากับข้อกฎหมาย และจากข้อเท็จจริงนั้นทำให้เราสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ที่จะนำมาใช้บังคับได้

3. ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้อ้างข้อเท็จจริงใดในการมีคำสั่งทั้ง ๆ ที่การมีคำสั่งดังกล่าวไม่ควรจะอ้างข้อเท็จจริงนั้น ดังนี้ คำสั่งนั้นจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อข้อเท็จจริงที่อ้างถึงเป็นข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง เช่น รัฐบาลมีอำนาจสั่งสำรองราชการผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นการชั่วคราว เพราะเหตุใด ๆ ก็ได้ แต่ถ้ารัฐบาลได้ระบุในคำสั่งว่า การให้สำรองราชการเป็นการชั่วคราวนั้นเนื่องจากผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ร้องขอเอง ทั้ง ๆ ที่ตามความเป็นจริงผู้ว่าราชการจังหวัดไม่ได้ร้องขอแต่อย่างใด ดังนี้ สภาแห่งรัฐจึงมีคำพิพากษายกเลิกคำสั่งของรัฐบาลดังกล่าว[49]

---

[49]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 20 มกราคม 1922, Trépont, p.65.

2.3 ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะวัตถุประสงค์ของนิติกรรมหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า"การบิดเบือนอำนาจ"(Le détournement de pouvoir)

การพิจารณาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น นอกจากจะพิจารณาได้จากเนื้อหาสาระ (contenu) และมูลเหตุจูงใจ (motifs) ของนิติกรรมนั้น ๆ แล้ว ยังอาจพิจารณาได้จาก"วัตถุประสงค์ (but)"ของนิติกรรมนั้นอีกด้วย ฉะนั้น ในเบื้องต้นจึงสมควรที่จะแยกความแตกต่างระหว่างคำว่า "มูลเหตุจูงใจ" กับคำว่า "วัตถุประสงค์" ของนิติกรรมเสียก่อน

คำว่า "มูลเหตุจูงใจ"นั้น เป็นข้อมูลในทางภาววิสัย(données objectives)หรือเป็นข้อเท็จจริง แต่คำว่า "วัตถุประสงค์" หรือ"เจตนา" (intention) เป็นข้อมูลในทางอัตวิสัย(données subjectives) หรือทางจิตวิทยาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมุ่งปฏิบัติ ฉะนั้น ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์หรือเจตนาที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่ตนควรจะต้องมี นิติกรรมนั้นย่อมถือว่าเป็นนิติกรรมที่ไม่ชอบและเป็นการบิดเบือนอำนาจ เช่น อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องใช้เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อย ไม่ใช่เพื่อวัตถุประสงค์อื่น เป็นต้น การยกเลิกนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุนี้ยังเป็นการประกาศให้ทราบถึงการทุจริตของเจ้าหน้าที่ และเท่ากับเป็นการลงโทษทางจิตใจ (condamnation morale)เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอีกด้วย

2.3.1 กรณีต่าง ๆ ที่เป็นการบิดเบือนอำนาจ

การบิดเบือนอำนาจแยกได้เป็น ๒ กรณี คือ

(1) การทำนิติกรรมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเอกชน เช่น นายกเทศมนตรีมีคำสั่งไล่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้หนึ่งออกจากราชการเนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้เขียนใบสั่ง (procès - verbal) แก่เจ้าของร้านขายสุราแห่งหนึ่งที่กระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการขายสุรา โดยปรากฏว่าเจ้าของร้านขายสุรานี้เป็นญาติกับคนรับใช้ของนายกเทศมนตรี[41] หรือการที่นายกเทศมนตรีใช้

---

[41]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 16 พฤศจิกายน 1900, Maugras, S. 1901.3.57, note M. Hauriou.

อำนาจปิดสถานที่เต้นรำที่เป็นคู่แข่งขันทางการค้ากับร้านขายสุราของตนในระหว่างวันในสัปดาห์ และอนุญาตให้เปิดสถานที่เต้นรำได้ในวันเสาร์และวันอาทิตย์ เพราะว่ามีจำนวนลูกค้ามากเพียงพอสำหรับสถานที่เต้นรำและร้านขายสุรา[42] หรือการที่เทศบาลเวนคืนที่ดินเอกชนคนหนึ่งเพื่อนำมาใช้เป็นสถานที่ตั้งศูนย์ชี่ม้า ที่ดำเนินการโดยเอกชนอื่น หรือเพื่อกันมิให้เอกชนที่อยู่ต่างถิ่นสามารถซื้อที่ดินผืนนั้นได้[43] หรือการที่นายกเทศมนตรีมีคำสั่งห้ามรถยนต์วิ่งผ่านหน้าบ้านหลังหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อเป็นการเอาใจเจ้าของบ้านหลังนั้น[44]

(2) การทำนิติกรรมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะอาจเป็นการกระทำที่บิดเบือนอำนาจก็ได้ ถ้าปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะดังกล่าวเป็นประโยชน์ที่ต่างไปจากที่กฎหมายต้องการให้ทำนิติกรรมนั้น เช่น รัฐบาลได้สั่งให้ผู้บริหารโรงละครแห่งชาติ (administrateur de la Comédie - Française) คนหนึ่งออกจากตำแหน่งก่อนครบวาระ 6 ปี และเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้รัฐบาลต้องรับบุคคลดังกล่าวกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งอีก รัฐบาลได้แก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับโรงละครแห่งชาติใหม่โดยเปิดโอกาสให้มีการปลดผู้บริหารโรงละครแห่งชาติออกได้ทุกเมื่อ ซึ่งรัฐบาลได้อาศัยกฎหมายใหม่นี้สั่งปลดผู้บริหารคนดังกล่าวออกอีกเป็นครั้งที่สอง ในเรื่องนี้สภาแห่งรัฐได้พิพากษายกเลิกบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่นั้นฐานเป็นการกระทำที่บิดเบือนอำนาจ[45] หรือเช่น นายกเทศมนตรีได้อาศัยอำนาจของตนที่เกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยของประชาชนในกรณีอาคารสถานที่มีสภาพเสื่อมโทรมและเสี่ยงต่อการพังทลาย

---

[42] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 14 มีนาคม 1934, Dlle Fault, p.337.

[43] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 4 มีนาคม 1964, Vve Borderie, p.157.

[44] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 11 พฤษภาคม 1984, Maire de Calacuccia, RDP 1968, p.275.

[45] คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 13 กรกฎาคม 1962, Breart de Boisanger, p.484.

โดยการมีคำสั่งให้สมาคมที่มีที่ทำการในอาคารดังกล่าวออกจากที่นั้น ทั้งนี้ปรากฏว่าสมาคมนั้นกำลังมีคดีความกันกับเทศบาลในศาล ในเรื่องนี้สภาแห่งรัฐได้พิพากษายกเลิกคำสั่งดังกล่าวฐานเป็นการกระทำที่บิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์ของนายกเทศมนตรีเอง[46]

ในบางกรณีเป็นการกระทำที่บิดเบือนอำนาจเพื่อประโยชน์ทางด้านการคลังของนิติบุคคลมหาชน เช่น รัฐบัญญัติลงวันที่ 2 สิงหาคม 1872 ได้โอนกิจการผลิตไม้ขีดไฟของบรรดาบริษัทเอกชนมาเป็นของรัฐ (ทั้งนี้เพื่อนำผลกำไรมาเป็นทุนใช้จ่ายในกองทัพ) และได้บัญญัติให้มีการชดใช้ค่าเสียหายแก่บรรดาบริษัทเอกชนดังกล่าว แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังต้องการที่จะลดค่าใช้จ่ายเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายนี้ จึงได้สั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งปิดโรงงานผลิตบางแห่งในทันทีโดยอ้างเหตุผลว่าการประกอบการของโรงงานไม่ถูกต้องตามกฎหมายเกี่ยวกับโรงงานผลิตวัตถุที่เป็นอันตราย และอุปกรณ์การผลิตล้าสมัย หรือโรงงานไม่ถูกสุขลักษณะ ในเรื่องนี้สภาแห่งรัฐได้พิพากษายกเลิกคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดดังกล่าว"ฐานเป็นการใช้อำนาจเพื่อวัตถุที่ประสงค์อื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจไว้"[47]

กรณีการกระทำที่เป็นการบิดเบือนอำนาจนี้มักจะพบในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น เช่น นายกเทศมนตรีเมือง Biarritz ใช้อำนาจออกคำสั่งห้ามการผลัดเปลี่ยนเสื้อผ้าบนชายหาด นอกจากจะกระทำในสถานที่ที่เทศบาลได้จัดไว้ให้ ซึ่งถ้าดูภายนอกคำสั่งนี้คงจะมุ่งถึงการรักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่กลับปรากฏว่าคำสั่งดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นการบังคับให้ต้องใช้บริการของสถานที่ที่เทศบาลได้จัดไว้ให้ ทั้งนี้เพื่อหารายได้ให้กับเทศบาล[48]

---

[46]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 19 มกราคม 1979, Ville de Viry - Chatillon, RDP 1979, p.1776.

[47]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 26 พฤศจิกายน 1875, Pariset et Laumonnier - Carriol, p. 934 et 936.

[48]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 4 กรกฎาคม 1924, Beaugé, p.641.

2.2.3 ข้อพิจารณาเพิ่มเติม

มักจะปรากฏอยู่เสมอว่าผู้ร้องจะอ้างเรื่องการกระทำเกินอำนาจมาในคำฟ้อง ทั้งนี้ เพราะผู้อยู่ใต้ปกครองที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายมักจะเข้าใจว่าเหตุแห่งความเดือดร้อนเสียหายนั้นมาจากการใช้อำนาจในทางที่มิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

นอกจากนั้น ในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจฝ่ายปกครองอาจจะดำเนินการใด ๆ เป็นการชั่วคราวที่อยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ทั้งนี้เพื่อตอบสนองความต้องการของมหาชน ในกรณีนี้ถ้าวัตถุประสงค์หลัก (but principal) นั้นชอบด้วยกฎหมาย การดำเนินการชั่วคราวนั้นไม่เป็นเหตุเพียงพอที่จะนำมาอ้างว่าเป็นการกระทำที่บิดเบือนอำนาจ เช่น ในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อเป้าหมายหลักในการจัดทำบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองอาจพิจารณาถึงผลประโยชน์ทางด้านการคลังของรัฐได้[49] หรือในกรณีการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ แต่เอกชนได้รับประโยชน์จากการดำเนินการนั้นด้วย การที่เอกชนได้รับผลพลอยได้ดังกล่าวไม่เป็นเหตุที่จะนำมาใช้อ้างว่าเป็นการกระทำที่บิดเบือนอำนาจ เช่น การเวนคืนที่ดินเพื่อใช้สร้างทางลัดเชื่อมต่อระหว่างเมือง 2 เมือง ปรากฏว่าเส้นทางลัดนั้นเป็นประโยชน์แก่โรงงานผลิตรถยนต์เปอร์โย(usines Peugeot) ซึ่งแต่เดิมตั้งอยู่ห่างจากถนน ในเรื่องนี้ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องปกติที่ผลประโยชน์ส่วนรวมกับผลประโยชน์ส่วนตัวจะมาบรรจบกัน และการสร้างทางดังกล่าวสอดคล้องกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่จะตอบสนองทั้งความต้องการจัดการจราจรทางบกและความต้องการที่จะพัฒนาอุตสาหกรรมซึ่งมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจในภูมิภาค[50]

---

[49]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 11 มกราคม 1957, Louvard, p.27.

[50]คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ 20 กรกฎาคม 1971, Ville de Sochaux, p.561.

ในบางครั้งอาจจะสับสนคำว่า "การกระทำที่บิดเบือนอำนาจ"(Détournement de pouvoir) กับ "การกระทำที่เป็นการบิดเบือนขั้นตอน" (Détournement de procédure) (ที่กฎหมายกำหนด) แต่อันที่จริงถ้าพิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลแล้ว ควรจะพิจารณาแต่เพียงสาเหตุ 2 ประการ คือ ดูว่าเป็นกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยมิชอบ แต่เพราะเชื่อโดยสุจริตใจว่าตนเองมีอำนาจตามกฎหมายที่จะใช้วิธีการ (procédure) ที่ตนเลือกได้ ดังนี้ คำสั่งของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็นการสั่งการไปโดยสำคัญผิดในข้อกฎหมาย หรือดูว่าเจ้าหน้าที่นั้นต้องการอาศัยวิธีการที่ตนเลือกใช้นั้นเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ต้องทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นวิธีการเดียวที่เหมาะสม ดังนี้ คำสั่งดังกล่าวเป็นการกระทำที่บิดเบือนอำนาจ