

## บทที่ 2

### การควบคุมการใช้อำนาจตามสภาพการใช้อำนาจ

ในการศึกษาวิจัยเพื่อที่จะค้นหาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำหรือนิติกรรมใด ๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นนิติกรรมในทางที่ขาดข้อพิพาทหรือ "นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel)" ของคณะกรรมการที่ได้รับการจัดตั้งตามกฎหมายที่สามารถเสนอต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เพื่อพิจารณาได้เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายนั้น มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงการกระทำหรือนิติกรรม (acte) ขององค์กรต่าง ๆ และการควบคุมการกระทำขององค์กรเหล่านั้น ดังนั้น ในบทนี้จึงจำเป็นต้องทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการกระทำและนิติกรรมขององค์กรต่าง ๆ และวิธีการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ เพื่อให้ทราบหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความแตกต่าง ประเภทของการควบคุมการกระทำและนิติกรรมต่าง ๆ เหล่านี้ ซึ่งจะนำไปใช้ในการศึกษาเปรียบเทียบกับการใช้อำนาจในการที่ขาดข้อพิพาทขององค์กรฝ่ายปกครองประเภทต่าง ๆ

#### ทฤษฎีเกี่ยวกับนิติกรรม

การพิจารณาว่านิติกรรมใดมีลักษณะเป็นอย่างไรนั้น ต้องพิจารณาแยกแยะจากประเภทของกฎหมายเสียก่อน และโดยที่กฎหมายอาจจำแนกเป็นประเภทได้หลายวิธี สุดแต่จะใช้เกณฑ์ใดเป็นเครื่องแบ่งแยก ถ้าเราใช้เนื้อหาของกฎหมายเป็นเรื่องแบ่งแยกเราก็จะได้กฎหมายสารบัญญัติ (substantive law) ซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลโดยตรง ซึ่งต่างจากกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือสบัญญัติ (pro-

cedural law) ซึ่งกำหนดวิธีการเยียวยาเมื่อมีการละเมิดสิทธิหน้าที่เกิดขึ้น<sup>1</sup> ถ้าแบ่งประเภทโดยอาศัยเกณฑ์เกี่ยวกับแหล่งกำเนิดของกฎหมายอาจแบ่งได้เป็นกฎหมายภายในซึ่งบัญญัติโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้ภายในประเทศ และกฎหมายภายนอก ซึ่งบัญญัติขึ้นโดยองค์กรระหว่างประเทศ หรือเกิดจากความตกลงระหว่างประเทศภาคีที่เห็นพ้องกันที่จะยอมรับกฎหมาย หรือข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น<sup>2</sup> แต่ถ้าแบ่งโดยยึดถือเอาลักษณะของนิติสัมพันธ์โดยถือตามฐานะและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนเป็นเกณฑ์ในการแยกประเภทกฎหมาย เราสามารถแบ่งประเภทหรือสาขาของกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทหรือสาขาใหญ่ คือ กฎหมายมหาชน (Public Law หรือ Droit Public) และกฎหมายเอกชน Private law หรือ Droit Prive)<sup>3</sup> โดยที่สาขากฎหมายได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่อีกด้วย แต่โดยที่การใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายและนิติวิธีของกฎหมายแต่ละประเภทเพื่อควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจต่าง ๆ จะต้องพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำ (acte) ขององค์กรต่าง ๆ ตามกฎหมายแต่ละประเภทว่ามีลักษณะแตกต่างกันอย่างไร จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำหรือนิติกรรมตามประเภทกฎหมายดังกล่าวเสียก่อนเพื่อที่จะแบ่งแยก

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนากฎหมายมหาชนในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2527), หน้า 1.

<sup>2</sup> ศรีราชา เจริญพานิช, เอกสารการสอนชุดวิชา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หน่วยที่ 3 ที่มา ประเภท และศักดิ์ของกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2531) หน้า 105.

<sup>3</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, ความเป็นมาและปรัชญากฎหมายมหาชน, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 4 ตอน 3 ธันวาคม 2528 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 486.

ความแตกต่างในลักษณะนิติกรรมตามประเภท สำหรับความหมายของ "นิติกรรม" ศาสตราจารย์ไอเซ็นมาน ชาวฝรั่งเศส ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า นักกฎหมายฝรั่งเศส ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า การกระทำของมนุษย์ (acte) มีความจำเป็นที่จะกระทำทั้งเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือส่วนรวม แต่เดิมนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสจึงได้อธิบายว่า "actes" นั้น แบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ "acte juridique" กับ "acte materiel" ซึ่งศาสตราจารย์ดูกีต์ (Duguit) ได้อธิบายคำว่า "acte juridique" ไว้ว่า หมายถึง การกระทำที่ได้กระทำลงโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งมีความหมายถึง นิติกรรมตามกฎหมายเอกชน<sup>4</sup>

สำหรับความหมายของ "การกระทำ" หรือ "นิติกรรม" (acte) ตามกฎหมายมหาชนนั้น ศาสตราจารย์ดูกีต์ (Duguit) ได้ให้ความหมายของคำว่า "acte materiel" นั้น ได้แก่ "การกระทำทั้งหลายที่เป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการปฏิบัติงาน" แต่ศาสตราจารย์ไอเซ็นมานได้เสนอให้แบ่งแยก "actes" นี้ ออกเป็นสองประเภท คือ "actes normateurs" คือ การกระทำที่ก่อให้เกิดแบบแผนและกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย กับ "actes non normateives" ซึ่งได้แก่การกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดกฎเกณฑ์และแบบแผนทางกฎหมาย<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup>Charles Eisenmann, Cour de droit administratif, Tome II, Paris 1982, p.187-188, อ้างถึงใน ไชยยศ วิฑูยานพงษ์, "ปัญหาการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐ", (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536) หน้า 15.

<sup>5</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาในเบื้องต้นถึง ทฤษฎีว่าด้วยนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เพื่อเป็นการเปรียบเทียบความแตกต่างของนิติกรรมทางกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ดังนี้

### 1. ทฤษฎีนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน

การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่อัน หมายถึง "นิติกรรมตามกฎหมายเอกชน" ตามที่ศาสตราจารย์ดูกีต์ (Duguit) ได้ให้ความหมายไว้ นั้น ในกฎหมายไทยได้มีการบัญญัติให้ความหมายของ "นิติกรรมตามกฎหมายเอกชน" ไว้ในมาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้บัญญัติถึงความหมายของ "นิติกรรม" ไว้ว่า "นิติกรรมคือการใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ" เป็นการอธิบายถึง "นิติกรรม" ว่าเป็นการกระทำของบุคคลที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในกฎหมายโดยมุ่งในการก่อผลทางกฎหมายและกฎหมายรับรองผลให้ โดยที่นิติกรรมหรือการกระทำที่ตั้งใจจะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายมีทั้งที่เป็น "นิติกรรมฝ่ายเดียว" หรือ "นิติกรรมหลายฝ่าย" แล้วกฎหมายยังได้กำหนดหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ของนิติกรรม โดยยึดถือตามหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรม โดยเสรีภาพดังกล่าวจะต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายและความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน "นิติกรรม" ดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบของนิติกรรมได้ดังนี้

(1) องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้แล้ว นิติกรรมก็จะไม่เกิด<sup>๑</sup> ซึ่งได้แก่

---

<sup>๑</sup> จำปี โสถิพันธ์, หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538) หน้า 29.

- (ก) บุคคล
- (ข) วัตถุประสงค์ของการกระทำ
- (ค) แบบ
- (ง) เจตนา

(2) องค์ประกอบเสริม เป็นองค์ประกอบของนิติกรรมที่ไม่จำเป็นต่อ มีนิติกรรมก็เกิดขึ้นได้ แต่เป็นองค์ประกอบที่ผู้ทำนิติกรรมกำหนดเพิ่มเติมเข้ามาในนิติกรรมนั่นเอง ซึ่งเมื่อกำหนดเข้ามาแล้วก็จะกลายเป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งของนิติกรรมที่มีความผูกพันและจำต้องปฏิบัติตามองค์ประกอบเสริม ได้แก่

(2.1) เงื่อนไข คือ การนำเอาเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนมากำหนดเกี่ยวกับความเป็นผลและสิ้นผลของนิติกรรม ซึ่งถ้าไม่มีการนำเงื่อนไขมากำหนดไว้ นิติกรรมที่เกิดขึ้นต่อมาเป็นผลได้ตามธรรมดา

(2.2) เงื่อนไข คือ การนำเอาเวลาอันเป็นเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนมากำหนดผลหรือสิ้นผลของนิติกรรม<sup>7</sup>

นิติกรรมที่ได้มีการก่อให้เกิดขึ้นแล้วตามหลักเกณฑ์ของการทำนิติกรรมแล้ว แต่จะสามารถก่อให้เกิดผลของนิติกรรมหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า นิติกรรมที่ได้ทำขึ้นนั้น "กฎหมาย" ได้ยอมรับรองให้นิติกรรมนั้นมีผลในกฎหมายได้หรือไม่<sup>8</sup> ถ้านิติกรรมที่เกิดขึ้นมีความผิดปกติบางอย่างเข้าลักษณะที่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว กฎหมายได้กำหนดให้มีนิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์ได้มีผลในทางกฎหมายเลย หรือยอมรับให้มีผลชั่วคราว จนกว่าจะถูกบอกล้าง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิดปกติว่ามีความร้ายแรงมากน้อยเพียงใด นิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติต่อนิติกรรมไม่สมบูรณ์ไว้ 2 กรณี คือ

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 30.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 143.

(ก) โฆษกรรม หมายถึง นิติกรรมที่เกิดขึ้นแล้ว คือ มืองค์ประกอบต่าง ๆ ที่ดูเหมือนว่านิติกรรมนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว แต่นิติกรรมนั้นเกิดขึ้นโดยผิดปกติดังร้ายแรงจนกฎหมายไม่ยอมรับให้เกิดผล เป็นนิติกรรมที่เสียเปล่าไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่อย่างใด ๆ ผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งจะกล่าวอ้างขึ้นเมื่อใดก็ได้ และไม่สามารถให้สัตยาบันได้ สิ่งใดที่ได้ให้แก่กันไปเนื่องจากนิติกรรมที่เป็นโฆษะต้องคืนให้แก่กัน ตามบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมที่เป็นโฆษะ ได้แก่ นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายพันวินัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ หรือการแสดงเจตนาไม่ตรงกับเจตนาในใจจริงของคู่กรณี ฯลฯ

(ข) โฆษกรรม หมายถึง นิติกรรมที่ถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกล้างเนื่องจากความผิดปกติที่กฎหมายถือว่าไม่ร้ายแรงนัก จึงเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงสามารถตัดสินใจว่าจะรักษานิติกรรมนั้นต่อไปโดยการให้สัตยาบัน หรือจะทำลายโดยบอกล้างเสียก็ได้ อันได้แก่ นิติกรรมที่กระทำโดยบุคคลที่หย่อนความสามารถตามกฎหมาย หรือการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมเป็นไปโดยความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล หรือทรัพย์สินซึ่งเป็นสาระสำคัญในการทำนิติกรรมหรือเกิดขึ้นโดยการฉ้อฉล การข่มขู่ ฯลฯ

โดยสรุปแล้ว "นิติกรรม" ตามกฎหมาย เอกชนเกิดขึ้นบนพื้นฐานของนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีความเท่าเทียมกัน และเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ ตามหลักความเสมอภาค โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเอกชนแต่ละราย เมื่อมีการก่อนิติสัมพันธ์ขึ้นตามหลักเกณฑ์ของการทำ "นิติกรรม" ดังกล่าวแล้ว ย่อมผูกพันคู่กรณีไว้เสียแต่จะเข้าหลักเกณฑ์ในเรื่องความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรม ลักษณะดังกล่าวของ "นิติกรรมตามกฎหมายเอกชน" ทำให้มีความแตกต่างกับ "นิติกรรมตามกฎหมายมหาชน" อันเป็นการใช้อำนาจตามภาระหน้าที่ของรัฐ (fonction) เพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งผู้เขียนจะขอทำการศึกษาถึงความแตกต่างต่อไปในหัวข้อต่อไป

## 2. ทฤษฎีนิติกรรมตามกฎหมายมหาชน

จากหลักที่ถือว่า กฎหมายมหาชน (Public Law) หมายถึง กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครองราษฎร กล่าวคือ ในฐานะที่รัฐมีเหนือราษฎร<sup>๑</sup> ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครองราษฎรนั้น ทำให้รัฐต้องเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับราษฎรในฐานะที่รัฐมีเอกสิทธิ์เหนือราษฎร ซึ่งในประเทศที่ยึดถือหลักนิติรัฐ (Etat de droit) หรือหลักนิติธรรม (Rule of Law) รัฐไม่อาจใช้อำนาจของรัฐตามอำเภอใจนอกเหนือจากที่กฎหมายได้กำหนดไว้ได้ ดังนั้น การกระทำของรัฐหรือนิติกรรมของรัฐตามกฎหมายมหาชนจึงเป็นการกระทำอันเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐ คือ "อำนาจอธิปไตย" เพื่อปกครองราษฎรของรัฐ ซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐทำให้รัฐมีภาระหน้าที่ทางกฎหมาย (les fonction juridique de l'Etat) อยู่ 3 ประเภท คือ ภาระหน้าที่ทางนิติบัญญัติ (la fonction legislative) ภาระหน้าที่ทางปกครอง (la fonction administrative) และภาระหน้าที่ทางตุลาการ (la fonction juridictionnelle)<sup>๑๐</sup> ผู้เขียนจึงขอนำแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับนิติกรรมตามกฎหมาย ซึ่งได้แบ่งแยกตามภาระหน้าที่ (fonction) ของรัฐมาทำการศึกษาวิจัย ดังนี้

<sup>๑</sup> หชุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 154.

<sup>๑๐</sup> Andre de Laubadare, Traite Elementaire de droit Administratif, Tome I, 8<sup>ed</sup> Paris : 21-22 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 9 ตอน 1 (เมษายน 2533), หน้า 166.

### 1.2.1 การใช้อำนาจของรัฐสภาและนิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte legislatif)

ในการใช้อำนาจของรัฐในภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ (la fonction législative) การใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติโดยทั่วไปมักจะกระทำโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำใดเป็นนิติกรรมหรือการกระทำในทางนิติบัญญัตินั้น จะพิจารณาจากองค์กรผู้กระทำเป็นหลักซึ่งมักจะหมายถึง "รัฐสภา" แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่ตายตัวนัก เนื่องจากเมื่อได้พิจารณาในเนื้อหาของสาระของการกระทำแล้วการกระทำบางอย่างของสภาอาจไม่ใช่ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" ก็ได้ นอกจากนี้ การกระทำขององค์กรที่ไม่ใช่รัฐสภาอาจเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" ก็ได้ ผู้เขียนจะขอทำการศึกษาตามนิยามลักษณะการใช้อำนาจของรัฐสภา ทั้งในส่วนที่มีลักษณะเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (acte legislatif) และ "นิติกรรมทางรัฐสภา" (acte parlementaire) ของประเทศฝรั่งเศส ดังนี้

#### 1) นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte legislatif)

ในปัจจุบัน "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte legislatif)" จะหมายความถึงการตรากฎหมายขึ้นในรูปแบบต่าง ๆ แต่การตรากฎหมายขึ้นนั้น องค์กรที่ตรากฎหมายดังกล่าวอาจไม่ใช่องค์กรทางสภาก็ได้ ถ้ารัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดให้องค์กรอื่นนอกจากรัฐสภา เช่น ฝ่ายบริหารเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นใช้ได้แล้ว หลักเกณฑ์ที่ว่า องค์กรทางสภาเป็นผู้ใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติจึงไม่สามารถใช้ได้ ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของสาระของการใช้อำนาจของรัฐว่า เป็นการใช้อำนาจในภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติหรือไม่ ซึ่งถ้าเป็นการใช้อำนาจในภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติแล้ว ถึงแม้ว่าองค์กรดังกล่าวจะไม่ใช่รัฐสภาก็ตาม ก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำหรือ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" ซึ่งศาลไม่ว่าจะเป็น "ศาลยุติธรรม" หรือ "ศาลปกครอง" จะไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยแต่การพิจารณาว่า การกระทำหรือนิติกรรมใดมีลักษณะเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีความสับสนอยู่พอสมควร คือ ถ้าเป็นการกระทำ



ขององค์กรฝ่ายบริหาร อาจเป็นไปได้ที่นิติกรรมดังกล่าวอาจเป็น "นิติกรรมของฝ่ายบริหาร" หรือ "นิติกรรมของฝ่ายปกครอง" ประเทศฝรั่งเศสซึ่งในอดีตมีความสับสนวุ่นวายกับปัญหาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติหรือทางปกครองมากพอสมควร<sup>11</sup> ตัวอย่างเช่น เช่น รัฐกฤษฎีกา (decre) ที่ได้ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 3 ซึ่งเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถออกรัฐกฤษฎีกา (decret) ซึ่งมีฐานะเทียบเท่ารัฐบัญญัติ (la lois) ได้ จึงนับว่าเป็นการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) แต่คำสั่งหรือกฤษฎีกาของพระเจ้านโปเลียนที่ 1 ที่ได้ออกในขอบเขตที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ได้ไปพิมพ์อยู่ในบuletินพระราชบัญญัติ (Bulletin des Lois) และไม่ได้ถูกเพิกถอนเพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสได้ถือว่าเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ"<sup>12</sup>

แต่ต่อมา รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) ได้บัญญัติแบ่งแยกเรื่องที่อยู่ในขอบเขตการตรากฎหมายของรัฐสภาออกจากเรื่องที่อยู่ในเขตของการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารโดยมาตรา 34 ได้บัญญัติให้รัฐสภามีอำนาจอนุมัติร่างกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิอันเป็นหลักการพื้นฐานของพลเมืองและการปกครองประเทศ แต่เรื่องอื่นที่อยู่นอกเหนือจากอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาดังกล่าว ได้ถูกกำหนดให้เป็นเรื่อง อยู่ในขอบเขตการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารโดยบทบัญญัติในมาตรา 37 จึงสามารถกำหนดขอบ

<sup>11</sup> โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 2/2528) หน้า 27.

<sup>12</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา (Cass-crim) วันที่ 24 พฤษภาคม 1843 อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงของกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 28.

เขตได้พอสมควรว่า "การกระทำของฝ่ายบริหาร" ที่เป็นการตรากฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว ถึงแม้ว่าจะกระทำโดยองค์กรฝ่ายบริหาร แต่ก็ถือว่าเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" แต่ถ้าเกิดปัญหาเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่อยู่ในขอบเขตการตรากฎหมายของรัฐสภาตามมาตรา 34 แต่ได้ออกโดยอาศัยวิธีการตามมาตรา 37 จะเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" หรือไม่นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่ได้ออกภายหลังรัฐธรรมนูญสาขารัฐฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) ใช้บังคับแล้ว ต้องส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวเสียก่อนว่า เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งถ้ากรณีนั้นอยู่ในขอบเขตการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญแล้ว ก็จะถือว่าเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (acte legislatif)<sup>13</sup>

นอกจากนี้การตรากฎหมายของฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศสยังมีกรณีอื่น ๆ นอกจากกรณีตามมาตรา 37 ที่ถือว่าเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" เช่น การใช้อำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ที่ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีที่จะมีคำสั่งใช้มาตรการที่จำเป็นเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ หากคำสั่งดังกล่าวมีเนื้อหาเป็นการออกกฎหมายแล้ว ก็จะถือว่าเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (acte legislatif) และการใช้อำนาจตามมาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญสาขารัฐฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน คณะรัฐมนตรีของฝรั่งเศสมีอำนาจออกข้อกำหนดอันมีผลใช้บังคับเสมือนหนึ่งเป็นรัฐบัญญัติ ก็จะถือว่าเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (acte legislatif) เช่นเดียวกัน

กล่าวโดยสรุปแล้ว การกระทำในภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติอาจมิได้กระทำโดยองค์กรทางสภาก็ได้ ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญที่จะกำหนดให้องค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ เช่น องค์กรฝ่ายบริหาร เป็นต้น

<sup>13</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส", หน้า 167.

## 2) นิติกรรมทางรัฐสภา (acte parlementaires)

การใช้อำนาจในภาระหน้าที่ทางนิติบัญญัตินั้นโดยทั่วไปแล้ว จะหมายความถึงการใช้อำนาจขององค์กรทางนิติบัญญัติ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า องค์กรทางนิติบัญญัติ คือ รัฐสภา (le Parlement) อันประกอบด้วย "สภาผู้แทนราษฎร" และ "วุฒิสภา" นิติกรรมที่กระทำขึ้นโดยรัฐสภา หรือสภาใดสภาหนึ่งถ้าพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในทางองค์กรแล้ว การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติจะมีชื่อ "นิติกรรมทางปกครอง" สำหรับนิติกรรมที่กระทำขึ้นโดยสภา จะได้นี้ รัฐบัญญัติ ข้อบังคับและมติสภา<sup>14</sup>

แต่เนื่องจากภายในองค์กรรัฐสภานอกจากจะประกอบด้วย สภาทั้งสองแล้ว ยังมีองค์กรภายในของสภาซึ่งปฏิบัติหน้าที่ภายใต้สภาทั้งสอง อันได้แก่ สำนักงานเลขาธิการสภา และคณะกรรมการบริหารของสภา และยังหมายความรวมถึงประธานสภาและสมาชิกของสภาด้วย ซึ่งหากใช้หลักเกณฑ์ทางองค์กรพิจารณานิติกรรมที่กระทำโดยองค์กรเหล่านี้ การกระทำหรือนิติกรรมดังกล่าว จะมีชื่อ "นิติกรรมทางปกครอง (acte administrative)" แต่ถือว่าเป็น "นิติกรรมทางรัฐสภา (actes parlementaires)"<sup>15</sup> ดังนั้น การกระทำหรือนิติกรรมที่กระทำโดยองค์กรภายในสภาต้องเกิดจากองค์กรภายในสภาดังกล่าวจริง ๆ ถ้าเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะเกี่ยวข้องกับ การจัดระเบียบหรือการดำเนินงานทางสภาก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็น "นิติกรรมทางรัฐสภา (actes parlementaires)"

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

<sup>15</sup> Brown and Bell, French Administrative Law, (Oxford : Clarendon Press, Fourth Edition, 1993), p.133.

ในอดีตประเทศฝรั่งเศสถือว่า "นิติกรรมทาง  
รัฐสภา (actes parlementaires)" ไม่สามารถที่จะนำมาพิจารณาบทบทวนโดย  
ศาลได้ ไม่ว่าจะเป็ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง<sup>16</sup> ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักแห่ง  
ความคุ้มกันทางศาล เช่น คำสั่งของประธานสภาที่ให้สาธารณชนเข้าฟังการประชุม  
สภา<sup>17</sup> คำสั่งของเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรที่ปฏิเสธไม่ยอมให้ผู้สมัครรับเลือกตั้ง  
เป็นประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเข้าไปยังห้องประชุมรัฐสภาที่แวร์ซายส์<sup>18</sup> หรือ  
การกระทำที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ธุรการของสภา<sup>19</sup> ตลอดจนปฏิเสธไม่พิจารณาคดีที่  
เรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากอุบัติเหตุที่เกิดจากรถยนต์ของสภา<sup>20</sup>

แต่ต่อมา "นิติกรรมทางรัฐสภา (acte  
parlementaire)" ได้ถูกยกเว้นไม่ให้นำหลักแห่งความคุ้มกันทางศาลของ "นิติกรรม  
ทางรัฐสภา" มาใช้โดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 1958  
(la loi organique de 17 novembre 1958) ได้บัญญัติเรื่องที่ยกเว้นไว้ 2  
ประการคือ

<sup>16</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 1882, คดี Merley  
อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยาย วิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงทาง  
กฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 28.

<sup>17</sup> คำวินิจฉัยศาลปกครองชั้นต้นแห่งแวร์ซายส์, ลงวันที่ 1 มีนาคม 1954,  
คดี F., Lop อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

<sup>18</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, ลงวันที่ 26 มีนาคม 1950, คดี Vouters และ  
วันที่ 20 มีนาคม 1953, คดี Gleyzes อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน,  
หน้า 28.

<sup>19</sup> คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ, ลงวันที่ 15 ธันวาคม 1952, คดี Campagnie  
d'assurances generales และวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 1975, คดี Lam, อ้างถึงใน  
โภคิน พลกุล, เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

ประการแรกเป็นเรื่องที่เป็น "บริการสาธารณะทางสภา" ที่ได้บัญญัติให้รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายทุกประเภทที่เกิดจาก "บริการสาธารณะทางสภา" (les services des assemblees parlementaires) ซึ่งคำว่า "บริการสาธารณะทางสภา" หมายถึง กิจกรรมในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติการที่กระทำโดยบุคลากรทางปกครองของสภา บุคลากรนี้ก็คือ ผู้ที่ไม่ใช่สมาชิกสภา แต่เป็นผู้ที่มีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ธุรการของสภา (ข้าราชการสภา) ซึ่งมีหน้าที่ช่วยเหลือสภาในการจัดดำเนินการภายในการบริหารงานบุคคล และบริหารงานทั่วไป ส่วนประชาชนสภานั้นถือเป็นองค์กรของบริการสาธารณะทางสภาเช่นนั้น คือ เป็นองค์กรบังคับบัญชา (เช่นในสำนักงานเลขาธิการ) ดังนั้น ถ้าสมาชิกสภา ประชาชนสภา บุคลากรทางปกครองของสภา การกระทำการในหน้าที่เกี่ยวกับเรื่องการบริหารในบริการสาธารณะทางสภา และหากเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็ต้องรับผิดชอบ แม้จะเป็นเรื่องที่เกิดจากสัญญาก็ตาม และได้กำหนดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาก็คือ ศาลปกครองหรือ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat)

ประการที่สอง เป็นเรื่องเกี่ยวกับ "ข้อพิพาททางวิชาชีพของเจ้าหน้าที่ธุรการประจำของสภา (les agents titulaires des services des assemblees parlementaires)" และได้บัญญัติให้ศาลปกครองหรือสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว นั่นคือ จะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎ (les actes non reglementaire) ที่เกี่ยวกับสถานะของเจ้าหน้าที่ เช่น การบรรจุแต่งตั้ง การลงโทษทางวินัย ตลอดจนการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือเกี่ยวข้องกับสัญญา

สรุปแล้วการใช้อำนาจของรัฐสภาถ้าจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาสาระของการกระทำแล้ว การใช้อำนาจขององค์กรทางสภาคือรัฐสภานั้นมีที่เรื่องที่เป็นการใช้อำนาจในภาระหน้าที่ทางนิติบัญญัติ (fonction legislatif) ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามหลักความคุ้มครองทางศาล และบางเรื่องก็ไม่ใช่การใช้อำนาจตามภาระหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่สามารถนำหลักแห่ง

ความคุ้มกันทางศาลมาใช้ได้ และต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรศาลและองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวก็คือ "ศาลปกครอง" หรือ "สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat)

2.2 การใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง  
สำหรับการใช้อำนาจขององค์กรที่มีภาระหน้าที่ในทางปกครอง (fonction executif) นั้น โดยทั่วไปกระทำผ่านองค์กรฝ่ายบริหาร (Executive Organ) ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่<sup>๒๑</sup> คือ

(1) รัฐบาล (Government)

(2) ฝ่ายปกครอง (Administration)

อย่างไรก็ดี การใช้อำนาจตามภาระหน้าที่ในทางปกครองที่กระทำผ่านองค์กรในทางบริหารนั้น มีการกระทำทั้งในภาระหน้าที่ที่เป็นฝ่ายบริหารที่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง จึงมีปัญหว่าการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหาร ในกรณีใดที่กระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล และกรณีใดที่กระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งมีทฤษฎีที่แพร่หลายอยู่ 2 ทฤษฎี<sup>๒๒</sup> คือ

ทฤษฎีแรกนั้นเสนอให้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้นว่า มีลักษณะทางการเมืองหรือว่ามีลักษณะเป็นงานประจำ การกระทำใดมีลักษณะทางการเมือง การกระทำนั้นก็จะเป็น "การกระทำของรัฐบาล" การกระทำใดมีลักษณะเป็นงานประจำ การกระทำนั้นก็จะเป็น "การกระทำทางปกครอง" การกระทำที่มีลักษณะทางการเมือง คือ การตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน ส่วนการกระทำที่มีลักษณะเป็นงานประจำได้แก่ การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ การเลื่อนขั้น เลื่อนเงินเดือนข้าราชการประจำปี เป็นต้น

<sup>๒๑</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์นิติธรรม จำกัด, 2538) หน้า 290.

<sup>๒๒</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 290-291.

ทฤษฎีที่สอง นั้นเสนอให้พิจารณาจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกล่าวคือ ถ้าหากพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล การกระทำดังกล่าวจึงเป็น "การกระทำของรัฐบาล" แต่ถ้าองค์กรดังกล่าวกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ถือว่าองค์กรดังกล่าวกระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง การกระทำดังกล่าวจึงเป็น "การกระทำทางปกครอง"

เนื่องจากลักษณะของการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นที่มาของการใช้อำนาจและการควบคุมการใช้อำนาจจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาถึงการกระทำหรือนิติกรรมขององค์กรดังกล่าวที่แตกต่างกัน ผู้เขียนจึงขอแนะนำการกระทำขององค์กรดังกล่าวมาทำการศึกษาเปรียบเทียบซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 1) การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement)

ในประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายแตกต่างกันการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารนั้นย่อมมีลักษณะแตกต่างกันซึ่งรวมถึงหลักการที่เกี่ยวกับการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารที่อยู่ในความหมายของหัวข้อนี้ด้วยคือ หลักการที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล (act de gouvernement) ซึ่งตามหลักการของประเทศฝรั่งเศสนั้น เกิดจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และศาลระงับคดีขัดแย้ง (Tribunal des Conflits) ที่ถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในความควบคุมของศาล อันเป็นการปฏิเสธในเรื่องเขตอำนาจของศาล แต่อย่างไรก็ตาม "การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement)" ตามกฎหมายฝรั่งเศสมีความหมายนัยเดียวกับ "การกระทำของรัฐ (acte of state)" ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษ<sup>23</sup> และในลักษณะความหมายในนัยเดียวกับ "ปัญหา

<sup>23</sup>Brown and Bell, French Administrative Law, p.133.

ทางการเมือง (Political Questions)" ของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่หลักการดังกล่าวทั้งหมดก็ยังมี ความแตกต่างในบางประการดังนี้ คือ

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น การกระทำของฝ่ายบริหารบางประการ ซึ่งถ้าพิจารณาแล้วมีลักษณะของการกระทำที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่เนื่องจากเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบในทางการเมืองต่อรัฐสภา ดังนั้น สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และศาลยุติธรรมจึงได้ปฏิเสธไม่ยอมรับความผิดที่เรียกว่า "การกระทำของรัฐบาล" (acte de gouvernement) ซึ่งได้แก่การกระทำต่อไปนี้<sup>24</sup>

(1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภา

ความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีฝรั่งเศสหรือรัฐบาลกับรัฐสภา ไม่สามารถนำไปฟ้องร้องต่อศาลใด ๆ ได้ ดังนั้น คดีดังต่อไปนี้ย่อมไม่สามารถนำไปฟ้องร้องยังสภาแห่งรัฐได้ คือ มติของคณะรัฐมนตรีในการเสนอร่างรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งต่อรัฐสภา หรือคำสั่งของประธานาธิบดีฝรั่งเศสให้นำร่างรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ นอกจากนี้แล้ว ยังมี

(ก) การเตรียมการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา เช่น การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการเกี่ยวกับการลงทะเบียนประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้ง ฯลฯ เป็นต้น

(ข) การมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐบาล เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย ความล่าช้าในการจัดให้มีการลงมติในร่างกฎหมาย

<sup>24</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538) หน้า 177-179.



(ค) การประกาศใช้รัฐธรรมนูญ การกล่าวอ้างว่า รัฐบัญญัติที่มีรัฐกฤษฎีกาประกาศใช้นั้น มีเนื้อหาไม่ตรงกับร่างรัฐบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากสภา

(ง) การกระทำของประธานาธิบดีฝรั่งเศส เช่น การตัดสินใจใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ

(2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับรัฐอื่น ๆ สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธไม่รับพิจารณาในเรื่องความสมบูรณ์หรือการตีความในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่สภาแห่งรัฐจะรับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้บังคับของสนธิสัญญาไว้พิจารณาก็เฉพาะกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น เช่น คดีที่เกี่ยวข้องกับการเนรเทศคนอเมริกันออกจากประเทศฝรั่งเศส ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1909 สภาแห่งรัฐได้ยอมรับคำขอให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองเนื่องจากใช้อำนาจเกินขอบเขต (recours pour excès de pouvoir) และได้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศ เพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะเหตุว่ารัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1946 ได้บัญญัติให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีฐานะเหมือนกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส<sup>25</sup> โดยทั่วไปแล้วสภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะถือว่าเป็น "การกระทำของรัฐบาล (acte du gouvernement)" และถือหลักว่าเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณา การกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นสามารถสรุปสาระสำคัญดังนี้

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 178

(ก) การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูต ตลอดจนการตีความสนธิสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล การปฏิบัติตามข้อตกลงหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ เป็นต้น

(ข) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศส หรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ การไม่ยอมตรวจลงตราหนังสือเดินทาง (visa) ให้ เป็นต้น แต่การปฏิเสธในกรณีหลังนี้ปัจจุบันศาลปกครองยอมรับพิจารณาคดีแล้ว

(ค) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ส่งข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสิน

(ง) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติทางทหาร ซึ่งถ้าเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนต่างประเทศแล้ว จากบรรทัดฐานคำพิพากษาสภาแห่งรัฐจะถือว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่การกระทำของรัฐบาล และรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบอย่างไร เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้

แต่ถ้าเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นบนดินแดนฝรั่งเศสและไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องระหว่างประเทศแล้ว (คือที่เกี่ยวกับกฎหมายภายใน) สภาแห่งรัฐจะลงเลระหว่างทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล และหลักการไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำดังกล่าวของรัฐ เพราะบางคดีก็ยกฟ้องโดยเหตุผลเป็นการกระทำของรัฐบาล บางคดีก็อ้างหลักความไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐ<sup>๒๐</sup> และตกอยู่ในการควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจตกลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล หรือสื่อมวลชนอาจวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลได้

<sup>๒๐</sup> โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 38.

สาเหตุที่สภาแห่งรัฐปฏิเสธไม่ควบคุมการกระทำของรัฐบาลนั้นได้มีคำอธิบายในเรื่องนี้ว่า ในยุคแรกสภาแห่งรัฐได้สร้างทฤษฎีว่าด้วย "การกระทำของรัฐบาล" โดยถือว่าการกระทำที่มีมูลเหตุในทางการเมือง (Le mobile politique) เป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องอันอันตราย เพราะการกระทำทุกการกระทำจะเป็นการกระทำของรัฐบาลหมดไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาลเลย<sup>27</sup> ดังเช่น คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 1822 ในคดี Laffille ซึ่งได้วินิจฉัยว่า "การเรียกร้องของนายลัฟฟีดาถือว่าเป็นปัญหาทางการเมืองซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายรัฐบาล" ดังนี้ ศาลจึงไม่อาจรับฟ้องในคดีนี้ได้<sup>28</sup> และคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) วันที่ 9 พฤษภาคม 1867 ในคดี Due d'aumale โดยวินิจฉัยว่า "การกระทำที่เป็นการกระทำในทางการเมืองนั้น โดยธรรมชาติของการกระทำนี้ ไม่สามารถที่จะยื่นฟ้องต่อศาลเป็นคดีในสภาแห่งรัฐได้"<sup>29</sup> ซึ่งนักวิชาการได้มีการตีความว่า สิทธิร้องไปยังศาลระงับคดีขัดแย้ง (Le Tribunal des conflits) ตามมาตรา 26 ของรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 เป็นปัญหาเรื่องการกระทำของรัฐบาล แต่ก็ไม่สามารถถือได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นที่มาของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลได้ แต่ต่อมา สภาแห่งรัฐได้กลับหลักการในเรื่องการกระทำที่มีมูลเหตุทางการเมือง โดยคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ วันที่ 19 กุมภาพันธ์ 1874 ในคดี "Prince Napoleon" ได้เลิกถือว่าการกระทำที่มีมูลเหตุทางการเมืองเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีได้มีข้อต่อสู้ว่า สภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจพิจารณา

<sup>27</sup> บวรศักดิ์ อวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนากฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 180.

<sup>28</sup> สุวีร์ ตริยคุณากุล, การกระทำของรัฐบาล, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538) หน้า 12.

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

เรื่องดังกล่าวเพราะมาตรการดังกล่าวเป็นเรื่องทางการเมือง จึงเป็น"การกระทำของรัฐบาล" แต่สภาแห่งรัฐได้รับพิจารณาคดีดังกล่าว และได้พิพากษายกฟ้อง" เป็นอันว่านับแต่นั้นมา"เหตุผลทางการเมือง" จึงไม่ใช่สาเหตุที่ทำให้การกระทำดังกล่าวเป็น"การกระทำของรัฐบาล" ต่อมานักวิชาการอีกพวกหนึ่งได้อธิบายถึงทฤษฎีว่าด้วย"การกระทำผสม" (l'acte mixte) คือ "การกระทำของรัฐบาล" เพราะเป็นการกระทำดังกล่าวของอำนาจบริหารในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล โดยเฉพาะศาลปกครอง เช่น รัฐสภาหรือรัฐต่างประเทศ ทั้งนี้เพราะการกระทำดังกล่าว ไม่ใช่เรื่องของอำนาจบริหารแต่เพียงผู้เดียว<sup>๓๐</sup> แต่คำอธิบายนี้ก็ยังไม่สมบูรณ์ เพราะกฎหมายของฝ่ายบริหารที่เรียกว่า "กฎฝ่ายปกครองสาธารณะ" (le reglement d'administration publique) ในปัจจุบันอันเป็นกฎหมายที่ออกมากำหนดถึงเงื่อนไขการบังคับใช้รัฐบัญญัติ โดยรัฐบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายนั้น อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลเพราะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ทั้ง ๆ ที่จัดได้ว่าเป็น "การกระทำผสม" คือระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>๓๑</sup>

ต่อมาคำพิพากษาของศาลระงับคดีขัดแย้งและสภาแห่งรัฐได้พัฒนาหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาล โดยใช้หลักว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำของรัฐบาลก็ต่อเมื่อศาลระงับคดีขัดแย้ง (Le Tribunal de Confits) และสภาแห่งรัฐ เห็นว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาลเพราะเหตุผลแห่งความเหมาะสม

<sup>๓๐</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและการพัฒนากฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 180.

<sup>๓๑</sup> โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงของกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในประเทศไทย, หน้า 36

สำหรับ "การกระทำของรัฐ" (act of state) ของประเทศอังกฤษนั้น มีลักษณะและหลักการแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส คือ ถ้าการกระทำใดอาจถือว่าเป็นการกระทำของรัฐแล้ว ศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยว่า การกระทำนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เป็นเพราะศาลยึดถือว่าการกระทำของฝ่ายบริหารนั้นเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereign Power) สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับ "การกระทำของรัฐ" ของประเทศอังกฤษได้มีระบบของแนวความคิดแบ่งได้ใน 2 กรณี คือ

(1) การกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกระทำที่สัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ อันได้แก่ การประกาศสงคราม การสงบศึก การรับรองความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ การจัดทำสนธิสัญญา การผนวกดินแดน

(2) การกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชน การกระทำที่อยู่ภายใต้พระราชอำนาจของกษัตริย์ที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกชน เป็นหลักการป้องกันปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายจะฟ้องร้องโดยใช้อำนาจทางตุลาการให้ได้รับการชดเชย แต่ฝ่ายบริหารจะอ้างว่าเป็นเรื่อง non-jurisdiction เพื่อปฏิเสธการตรวจสอบของศาล<sup>๓๒</sup> สำหรับในกรณีดังนี้ คือ การกระทำต่อคนต่างด้าวนอกอาณาเขตอังกฤษ การกระทำต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูในประเทศอังกฤษ

สำหรับในสหรัฐอเมริกาได้มีการกระทำที่มีลักษณะใกล้เคียงกับ "การกระทำของรัฐสภา (acte de gouvernement)" ของประเทศฝรั่งเศส และ "การกระทำของรัฐ (Act of state)" ของประเทศอังกฤษ และการกระทำดังกล่าวนั้นศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบ โดยถือว่าเป็นเรื่องของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ และเรียกการกระทำดังกล่าวว่า "ปัญหาทาง

<sup>๓๒</sup> สุวีร์ ตรีชุนากุล, "การกระทำของรัฐบาล", หน้า 60.

การเมือง(Political Questions)" หลักการดังกล่าวได้เกิดจากหลักการพื้นฐานซึ่งมาจากแนวความคิดของหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยถือว่าถ้าการกระทำนั้นเป็นเรื่องอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะแล้ว อำนาจตุลาการไม่ควรที่จะใช้อำนาจไปในทางที่ก้าวก่ายอำนาจ หลักการเกี่ยวกับปัญหาทางการเมืองอาจแยกพิจารณาจากเหตุผลดังกล่าวได้ 2 ประการ คือ

- (1) กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศอันได้แก่การกระทำที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมือง และการกระทำที่ฝ่ายบริหารจะต้องถูกควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง
- (2) กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศอันได้แก่ การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในทางนโยบายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือทางการทูต การจัดทำและการยกเลิกสนธิสัญญา และการตัดสินใจของประธานาธิบดี ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกาศสงครามหรือการยุติสงคราม<sup>33</sup>

กล่าวโดยสรุปแล้ว การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจ ภาระหน้าที่ทางบริหาร (fonction executif) รัฐบาลต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าวต่อรัฐสภาในทางการเมือง การกระทำนั้นไม่ว่าจะเป็น "การกระทำของรัฐบาล" (act de gouvernement) ของประเทศฝรั่งเศส หรือ "การกระทำของรัฐ (act of state) ของประเทศอังกฤษ หรือ "ปัญหาทางการเมือง" (Political Question) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ต่างก็ไม่อยู่ในความควบคุมของศาล แต่มีใช้ว่าจะไม่สามารถ

---

<sup>33</sup> ผู้ที่สนใจเกี่ยวกับ "ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement)" "ทฤษฎีการกระทำของรัฐ (Act of state)" และ "ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง (Political Questions)" โปรดอ่านจาก สุวีร์ ตรีฤทธานกุล, การกระทำของรัฐบาล, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538

ควบคุมการกระทำดังกล่าวได้เลย ซึ่งผู้เขียนจะขอก้าวในส่วนที่ว่าด้วยการควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวต่อไป

## 2) การกระทำของฝ่ายปกครองและนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif)

ฝ่ายปกครอง (administration) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายบริหาร เมื่อมีการกระทำหรือการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง การกระทำดังกล่าว ในปัจจุบันนี้เรียกว่า "นิติกรรมทางปกครอง" แต่คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ตรงกับศัพท์ภาษาอังกฤษว่า "administrative act" (หรือ acte administratif ในภาษาฝรั่งเศส) ในอดีตที่ผ่านมานักนิติศาสตร์ไทยหลายท่านได้แปลความหมายของคำว่า<sup>34</sup> administrative act (หรือ acte administratif) ว่า "การกระทำทางปกครอง" เช่น ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย<sup>34</sup> หรือศาสตราจารย์ ดร. ประชुर กาญจนกุล<sup>35</sup> จนกระทั่งศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์ ได้แปลคำว่า administrative act ว่า "นิติกรรมทางปกครอง" โดยเทียบเคียงกับการแปลคำว่า "juristic act" หรือ "acte juridique" ในทางกฎหมายแพ่งว่า "นิติกรรม" โดยได้กล่าวถึงข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบคำพิจารณาสั่งการของนายกรัฐมนตรีในเรื่องกรณีเรื่องร้องทุกข์ของนายสมนึก เรื่องพรม<sup>36</sup> โดยมีเหตุผลของการใช้คำว่า "นิติกรรมทาง

<sup>34</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 37.

<sup>35</sup> ประชुर กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 22-23

<sup>36</sup> ข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา, "คำวินิจฉัยทางปกครอง," วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ตอน 2 (2527), หน้า 528-536.

ปกครอง" แทน "การกระทำทางปกครอง" ว่าการแปลคำว่า Administrative Act ว่า "การกระทำทางปกครอง" ทำให้นักกฎหมายไทยเกิดความสับสน และไม่สามารถนำหลักในเรื่อง "นิติกรรมทางปกครอง" ของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์มาใช้ โดยมีแนวทางที่เหมาะสม (ที่อาจเทียบเคียงกับหลักนิติกรรมทางแพ่ง) ได้<sup>๓๗</sup> ซึ่งต่อมาปรากฏว่าได้มีการนำคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" มาใช้ในทางวิชาการอย่างแพร่หลาย

คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" (acte administratif) ดังกล่าวนั้น มิได้มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า "นิติกรรมของฝ่ายปกครอง" (acte juridiques de l'Administration) เพราะความหมายของ "นิติกรรมของฝ่ายปกครอง" (acte juridiques de l'Administration) มีความหมายถึงนิติกรรมทั้งหมดของฝ่ายปกครอง<sup>๓๘</sup> ซึ่งจะหมายความถึง "นิติกรรมตามกฎหมายปกครองของฝ่ายปกครอง" ที่ฝ่ายปกครองได้กระทำโดยอาศัยเอกสิทธิ์พิเศษและฐานะที่เหนือกว่าเอกชน และจะหมายความรวมถึง "นิติกรรมตามกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครอง" ที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการในฐานะเช่นเดียวกับเอกชน หรือในฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชน

"นิติกรรมทางปกครอง" ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของ "การกระทำของฝ่ายปกครอง" แต่เนื่องจาก "การกระทำของฝ่ายปกครอง" นั้นมีความหลากหลาย เนื่องจากมีภารกิจที่ต้องกระทำเพื่อประโยชน์

<sup>๓๗</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา" แนวทางการพัฒนาคณะกรรมการกฤษฎีกา และการพัฒนาระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2529), หน้า 100.

<sup>๓๘</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส, หน้า 20.



สาธารณะ (ประโยชน์มหาชนฝ่ายปกครอง) เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การตรากฎหมายลำดับรอง การทะนุบำรุงกิจการสาธารณูปโภค ตลอดจนการปกครองบังคับบัญชาภายในฝ่ายปกครอง เป็นต้น จึงเห็นได้ว่า การที่จะให้คำจำกัดความของ "การกระทำของฝ่ายปกครอง" ให้ครอบคลุมทั้งหมด ทั้งความหมายและลักษณะของการกระทำของฝ่ายปกครอง เป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรศึกษาถึงเรื่องของการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยจำกัดขอบเขตถึงความหมายลักษณะทั่วไป ของการกระทำของฝ่ายปกครองและนิติกรรมทางปกครองดังนี้

(1) ความหมายของ "การกระทำของฝ่ายปกครอง"

พิจารณาจากความหมายของการกระทำทางปกครองอาจพิจารณาได้ดังนี้คือ

(ก) พิจารณาในแง่ขององค์กร คือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือเรียกสั้น ๆ ว่า "ฝ่ายปกครอง" (Administration) ซึ่งหมายถึง องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวงซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ อันมีลักษณะเป็นราชการบริหาร กล่าวคือหมายรวมถึงองค์กรและเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่นทั้งหมด แต่ไม่รวมถึงองค์กรและเจ้าหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการด้วย<sup>30</sup> "ฝ่ายปกครอง" แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ หน่วยงานของรัฐซึ่งส่วนใหญ่เป็นนิติบุคคล และเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา โดยดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

<sup>30</sup> อัญชลิตา กองอรุณ, เขตอำนาจพิจารณาคดีปกครองของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (ศึกษาตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522), วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2534, หน้า 6

"การกระทำของฝ่ายปกครอง" ที่เป็นการกระทำโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นองค์กรที่อยู่ในความบังคับบัญชาหรือการควบคุมกำกับของการของคณะรัฐมนตรี จะต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ จึงจะกระทำได้ แต่การใช้อำนาจกระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าวยังไม่รวมถึง "การกระทำของรัฐบาล" ดังนั้น หากพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรที่กระทำแล้ว การกระทำใดที่กระทำลงโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว ก็ถือว่าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่ถ้าการกระทำนั้น กระทำโดยองค์กรหรือบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ฝ่ายปกครอง ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง

(ข) พิจารณาจากการใช้อำนาจรัฐ

(อำนาจมหาชน) (puissance publique)

นอกจากจะพิจารณาจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้จากองค์กรแล้ว ก็อาจพิจารณาจากการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจรัฐ (อำนาจมหาชน) ของฝ่ายปกครอง ซึ่งหากเป็นการกระทำที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งที่จะบังคับเอาฝ่ายเดียวสำหรับการกระทำได้ดังกล่าว เพราะฝ่ายนั้นได้รับมอบอำนาจจากมหาชน กล่าวคือ หากว่าการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองมิได้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจมหาชน (puissance publique) บังคับเอาฝ่ายเดียวแล้ว จะถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้จะรวมถึงการกระทำขององค์กรวิชาชีพ หรือองค์กรรัฐวิสาหกิจที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจมหาชนด้วย<sup>41</sup> แต่ถ้าการดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีลักษณะของกิจการที่ดำเนินการตามวิธีการอย่างเดียวกับที่เอกชนกระทำและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนแล้ว ก็จะมีลักษณะเป็น "บริการเอกชนของฝ่ายปกครอง" (Enterprise privee de l'Administration) มิใช่มีลักษณะเป็น "การกระทำในทางปกครอง"

<sup>41</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

จากลักษณะดังกล่าวอาจสรุปถึงลักษณะการกระทำ  
ของฝ่ายปกครองได้ดังนี้

- (ก) เป็นการกระทำของรัฐอย่างหนึ่ง
- (ข) ต้องเป็นการกระทำของรัฐซึ่งทำลงโดยองค์กร

เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

(ค) ต้องเป็นการกระทำซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกระทำลงโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>42</sup>

(2) ประเภทของการกระทำของฝ่ายปกครอง

การกระทำของฝ่ายปกครองหรืออีกนัยหนึ่ง คือ การกระทำใด ๆ ที่กระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครอง สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ลักษณะ<sup>43</sup> คือ

- การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะไม่ใช่เป็นการกระทำในทางกฎหมายมิได้ก่อให้เกิดผลโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของเอกชนแต่เป็นการกระทำที่มีลักษณะทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่ตามกฎหมาย มิได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์โดยตรงแก่เอกชนเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็น "ปฏิบัติการทางปกครอง" (Real act)

- การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่ก่อผลในทางกฎหมายโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงสิทธิ และหน้าที่ของเอกชนที่มีอยู่ตามกฎหมาย เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็น "นิติกรรม" (Juristic Act) ในทางปกครองหรือเรียกว่า "นิติกรรมทางปกครอง" (Administrative Act)

<sup>42</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

<sup>43</sup> สมยศ เชื้อไทย, "การกระทำทางปกครอง," หน้า 61.

## (3) ความหมายเฉพาะของนิติกรรมทางปกครอง

คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" หรือ "acte administratif" เป็นคำย่อมาจากคำเต็มที่ว่า "acte juridique administratif" หรือ "acte juridique de droit administratif" (นิติกรรมตามกฎหมายปกครอง)<sup>44</sup> ตามทฤษฎีกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้น เมื่อกล่าวถึงคำว่า "acte administratif" จะมุ่งหมายถึง "นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว" หรือที่ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า "decision exécutoire" "นิติกรรมทางปกครอง" ตามความหมายของประเทศฝรั่งเศส หมายถึง การกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งมุ่งโดยตรงให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือ การเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลซึ่งอยู่ตามกฎหมายในขณะใดขณะหนึ่ง<sup>44</sup> แต่จะไม่รวมถึง "สัญญาทางปกครอง" (contrat administratif) ด้วย โดยถือว่านิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญาทางปกครองนั้น เป็นเพียงเทคนิคที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมของตนเพื่อเสริมการใช้อำนาจฝ่ายเดียวได้<sup>45</sup> เท่านั้น

## (4) ประเภทนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้นอาจพิจารณาจากเนื้อหาสาระของนิติกรรมทางปกครองตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท<sup>46</sup> คือ

<sup>44</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส," หน้า 165.

<sup>45</sup> อิศสระ นิติทัณฑ์ประภาศน์, "คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการเรื่องปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย," นิติศาสตร์ ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 (2524): 93.

<sup>46</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส," หน้า 168.

(ก) "นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ" หรือที่เรียกว่า "นิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป" (acte réglementaire) คือ นิติกรรมหรือการกระทำที่มีขอบเขตทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงบุคคลใด<sup>47</sup> หรือกลุ่มบุคคลใด เช่น ประกาศเจ้าพนักงานจราจรให้เดินรถทางเดียวหรือประกาศกระทรวงพาณิชย์เกี่ยวกับการควบคุมราคาสินค้า เป็นต้น

(ข) "นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎ" หรือเรียกว่า "นิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย" (acte non réglementaires หรือ decision individuelles) คือ นิติกรรมหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับบุคคลใดที่กำหนดไว้หรือในสภาพการณ์พิเศษหนึ่ง เช่น คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งอธิบดี หรือ คำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างผิดแบบ เป็นต้น

การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้กระทำในสถานะที่แตกต่างกันดังกล่าว ย่อมอยู่ในการควบคุมด้วยวิธีการที่แตกต่างกัน ถ้าเป็นการกระทำที่ฝ่ายบริหารกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล (Gouvernement) แล้ว การกระทำดังกล่าวจะไม่อยู่ในความควบคุมโดยศาลใด แม้ว่าการกระทำนั้น จะมีผลกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ตาม โดยถือว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ และเป็นเรื่องที่ต้องถูกควบคุมการสอบในทางการเมือง แต่ถ้าการกระทำใดของที่ฝ่ายบริหารกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง (Administration) แล้ว ย่อมต้องถูกตรวจสอบควบคุมโดยศาล ซึ่งจะเป็นศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมขึ้นอยู่กับอยู่กับระบบศาลของประเทศนั้น ๆ

---

<sup>47</sup> พจนศักดิ์ ไว่สารวจ, นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 4 ตอน 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529) หน้า 223.

### 3) นิติกรรมทางตุลาการขององค์กรบริหาร (acte juridictionnel)

แนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกภาระหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในประเทศฝรั่งเศส ทำให้องค์กรต่างๆ อาจใช้อำนาจตามภาระหน้าที่ของตนได้ องค์กรฝ่ายปกครอง (Administration) อาจกระทำการที่เป็นภาระหน้าที่ทางปกครอง (fonction administrative) แต่ในขณะเดียวกัน องค์กรฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจหน้าที่ในทางตุลาการ หรือวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (fonction juridictionnelle)<sup>40</sup> การกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำทางการวินิจฉัยหรือทางศาลหรือนิติกรรมทางตุลาการ (act juridictionnel) ก็คือ การตัดสินข้อโต้แย้งบนฐานของกฎหมายและมีผลบังคับทางกฎหมายอย่างแท้จริงโดยในอดีตได้มีการรวมการใช้อำนาจตามภาระหน้าที่ดังกล่าวไว้ในองค์กรเดียวกัน เช่น ในปี ค.ศ. 1796 รัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสในขณะนั้น ได้ออกประกาศกำหนดว่า รัฐมนตรีซึ่งนอกจากจะมีอำนาจในทางปกครองแล้ว ยังเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางปกครองได้เป็นการทั่วไป เว้นแต่จะมีกฎหมายพิเศษกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น จึงเท่ากับว่าในระบอบนั้นฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นทั้งคู่กรณีและองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่ตนเองเป็นคู่กรณีอยู่ด้วยกัน ซึ่งระบบนี้เรียกว่า "ระบบที่รัฐมนตรีเป็นผู้พิพากษา (theorie du ministre-juge)"<sup>50</sup> จนกระทั่งต่อมาในปี ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต ได้จัดตั้งสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ขึ้นโดยให้มีอำนาจหน้าที่ 2 ประการ คือ (1) ร่างกฎหมายให้แก่หัวหน้าของฝ่ายบริหาร กับ (2) เป็นที่ปรึกษาฝ่ายบริหาร และในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารนี้เองที่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง แต่ไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้เอง โดยจะต้องเสนอแนะคำวินิจฉัยต่อหัวหน้าของฝ่ายบริหารให้พิจารณา

<sup>40</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, เอกสารประกอบการประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522, หน้า 641.

สั่งการตามแต่จะเห็นสมควร<sup>๕๐</sup> นอกจากนี้ ยังได้จัดตั้ง "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด (Conseils de prefecture)" ให้มีอำนาจหน้าที่ให้คำแนะนำต่อผู้ว่าราชการจังหวัดในด้านการปกครองและมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองบางประเภทได้เอง ส่วนข้อพิพาททางปกครองประเภทอื่น ๆ ยังคงต้องให้รัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดต่อไปตามเดิม โดยคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด และรัฐมนตรีอาจอุทธรณ์ต่อไปยังสภาแห่งรัฐได้ จึงเท่ากับว่า นโปเลียนโปนาปาร์ต ได้ฟื้นฟูหลักการแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ทางปกครองและเจ้าหน้าที่ทางตุลาการ (le principe de la separation des autorites administratives et judiciaires) ซึ่งเป็นระบบที่มีการแบ่งแยกระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติราชการและองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นผู้พิจารณาข้อพิพาทระหว่างราษฎรกับฝ่ายปกครอง ซึ่งกษัตริย์ฝรั่งเศสเคยใช้อยู่ก่อนแล้วขึ้นมาใช้บังคับใหม่<sup>๕๑</sup>

จนกระทั่งปี ค.ศ. 1872 สภาแห่งรัฐก็กลายสภาพเป็นศาลปกครองโดยสมบูรณ์และมีคำพิพากษาเป็นเด็ดขาดได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องเสนอไปยังประมุขของรัฐเพื่อสั่งบังคับอีกต่อไป (หรือที่เรียกว่า "la justice deleguee") ตลอดระยะเวลาหลังจากนั้น การจัดตั้งองค์กรในฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจในการตัดสินข้อพิพาท (jurisdiction) ทำนองการดำเนินงานของศาลได้เพิ่มมากขึ้นตามลำดับ และตามความซับซ้อนของการบริหาร เช่น ศาลบัญชี (Cour de comptes) คณะกรรมการในข้อพิพาททางวินัย คณะกรรมการมรรยาทวิชาชีพ และองค์กรเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในทางเศรษฐกิจและสังคม<sup>๕๒</sup> อันมีวัตถุประสงค์ให้มีการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองด้วยความถูกต้องและเรียบร้อย (le souci d'une bonne administration de la justice) โดยถือหลักในการพิจารณา ก็คือ ต้องการให้มีการวินิจฉัยโดยผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือถือว่าการบริหาร

<sup>๕๐</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 641.

<sup>๕๑</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 641.

<sup>๕๒</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 641-642.

สาธารณะเป็นเรื่องพิเศษเฉพาะ หรือถือว่าเป็นคดีปกครองในลักษณะพิเศษ<sup>๕๓</sup> แต่เนื่องจากบางองค์การดังกล่าว นอกจากจะมีฐานะในองค์การวินิจัยซึ่งขาดข้อพิพาททางปกครองแล้ว ยังมีอำนาจในทางปกครองด้วย จึงเกิดปัญหาในการพิจารณาว่า การกระทำใดขององค์การนั้นเป็นการกระทำในทางซึ่งขาดข้อพิพาท หรือเป็นการกระทำในทางปกครอง ซึ่งถ้าเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้องค์การนั้นเป็น "ศาล" ก็จะไม่มีปัญหาในการพิจารณา แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดสถานะเอาไว้อย่างชัดเจนเพียงพอ สภาแห่งรัฐจึงต้องสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาโดยดูจากการกระทำหรือ "นิติกรรม (acte)" ขององค์การนั้นเองว่า มีลักษณะเป็นการกระทำในทางปกครองหรือ "นิติกรรมทางปกครอง" (acte administratif) หรือเป็นการกระทำในทางซึ่งขาดข้อพิพาทหรือ "นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel)"

สาเหตุอย่างหนึ่งที่ทำให้ต้องมีการแบ่งแยกลักษณะดังกล่าว ก็เนื่องมาจากข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ "นิติกรรมทางปกครอง" จะต้องเสนอต่อศาลปกครองชั้นต้นเพื่อพิจารณาทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแต่ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ "นิติกรรมทางตุลาการ" นั้น จะเสนอต่อสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุดในคดีประเภทที่เป็นการพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย (recours en cassation) เท่านั้น

สำหรับความหมายของ "นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnelle)" นั้น ศาสตราจารย์ Leon Duguit เห็นว่า "นิติกรรมทางตุลาการ" จะต้องมียุติธรรมประกอบที่สำคัญ 3 ประการด้วยกัน คือ<sup>๕๔</sup>

<sup>๕๓</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง", วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 21 ฉบับที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท 21 เซ็นจูรี จำกัด, 2534), หน้า 611.

<sup>๕๔</sup> Olivia Fouget "Repertoire de contentieux administratif" (1889), p.3.



(ก) มีปัญหากฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่มหาชน  
(pretention)

(ข) มีการให้ทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าว  
(Solution หรือ Constatacion)

(ค) มีคำตัดสินซึ่งมาจากทางออกสำหรับปัญหา  
ดังกล่าว (Decision) และคำตัดสินนี้มีลักษณะที่เด็ดขาด จะนำมาฟ้องร้องอีกไม่ได้  
(L'autorite de la chose jugee)

แต่เนื่องจากในประเทศฝรั่งเศสองค์กรฝ่ายปกครอง  
มีอำนาจหน้าที่หลายประการ ในบางครั้งอาจกระทำในหน้าที่ที่เป็น "องค์กรฝ่าย  
ปกครอง" การกระทำในหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" แต่ถ้ากระทำ  
ในหน้าที่ที่เป็น "องค์กรตุลาการ" การกระทำในหน้าที่นั้น จึงเป็น "นิติกรรมทาง  
ตุลาการ" ดังนั้น เมื่อจะพิจารณาว่านิติกรรมใดที่องค์กรดังกล่าวได้กระทำขึ้นเป็น  
"นิติกรรมทางปกครอง" หรือ "นิติกรรมทางตุลาการ" มีหลักเกณฑ์หลายประการ  
ซึ่ง ศาสตราจารย์ George VEDEL และ Pierre DELVOLVE ได้เสนอว่า  
"นิติกรรมทางปกครอง และ "นิติกรรมทางตุลาการ" นั้น มีข้อแตกต่างกัน ดังนี้คือ<sup>๕๕</sup>

(ก) "นิติกรรมทางตุลาการ" จะต้องกระทำขึ้น  
ภายใต้แบบและวิธีพิจารณาความในการจัดทำคำพิพากษา ซึ่งจะต้องถูกกำหนดโดย  
กฎหมายเฉพาะหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไป เช่น การพิจารณาจะต้องมีการฟังความ  
2 ฝ่าย (Contradictoire) คำพิพากษานั้นจะต้องกระทำโดยลับ คำพิพากษาจะ  
ต้องชี้แจงเหตุผล ฯลฯ ในขณะที่ "นิติกรรมทางปกครอง" มีหลักเกณฑ์ที่แตกต่าง  
ออกไป เช่น โดยหลักแล้วไม่จำเป็นต้องมีการให้เหตุผลประกอบนิติกรรมทางปกครอง  
เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง

---

<sup>๕๕</sup> โกลิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงทาง  
กฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส, หน้า 45.

(ข) "นิติกรรมทางตุลาการ" มีลักษณะที่เด็ดขาดถึงที่สุด (L'autorite de la chose jugée) ในขณะที่ "นิติกรรมทางปกครอง" สามารถนำมาฟ้องศาลได้

(ค) การโต้แย้ง "นิติกรรมทางตุลาการ" นั้นจะกระทำโดยการอุทธรณ์หรือฎีกา (อุทธรณ์เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย (recours en cassation)) ต่อศาลสูง ในขณะที่การโต้แย้ง "นิติกรรมทางปกครอง" จะกระทำโดยการฟ้องร้องต่อศาลชั้นต้น

ในกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจในทางตุลาการ (l'activite jurisdictionnelle) นั้น หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้จำแนก "นิติกรรมทางตุลาการ (acte jurisdictionnel)" ซึ่งมีลักษณะแตกต่างกับการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็น "นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif)" ถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในฝ่ายปกครองเหมือนกันก็ตาม การนำ "นิติกรรมทางตุลาการ" ขององค์กรฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจในทางตุลาการมาฟ้องเป็นคดี ต้องนำมาฟ้องคดีประเภทยื่นอุทธรณ์ในข้อกฎหมาย (recours en cassation) เท่านั้น ซึ่งเป็นการพิจารณาทันองเดียวกันกับการฎีกาในคดีแพ่ง ต่อศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศส (Cour de cassation) คือ เป็นการขอให้ทบทวนเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น โดยจะไม่หยิบยกปัญหาข้อเท็จจริงที่พิจารณามาแล้วในชั้นอุทธรณ์ขึ้นมาพิจารณาทบทวนใหม่<sup>๕๐</sup>

สำหรับการพิจารณาว่าองค์กรฝ่ายปกครองใดกระทำหน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรทางปกครองหรือองค์กรทางตุลาการ จะเป็นหน้าที่ของสภานแห่งรัฐที่จะพิจารณาวินิจฉัยโดยใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลายเกณฑ์ ซึ่งถ้าเป็นกรณีที่มีการระบุสถานะขององค์กรดังกล่าวไว้ชัดเจนนั้น สามารถที่จะพิจารณาวินิจฉัย

<sup>๕๐</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง, หน้า 614.

ไปได้ว่า องค์การนั้นมีฐานะเป็นศาลปกครองผู้ชำนาญการเฉพาะด้าน (Juridictions administratives specialisees) และการกระทำในฐานดังกล่าวจะต้องนำมาฟ้องคดีประเภทอื่นนอกขรรค์เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย (recours en cassation) เท่านั้น แต่ในกรณีที่ได้มีการเสาะหาเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วไม่เป็นที่ชัดเจนนั้น สภาแห่งรัฐซึ่งเป็นศาลที่จะต้องพิจารณาคดีดังกล่าวมักจะหาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องดังกล่าวเป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณีที่กฎหมายระบุสถานะทางกฎหมายขององค์การ  
องค์การที่จะมีหน้าที่เป็นศาลปกครองผู้ชำนาญการ  
เฉพาะด้าน (Juridictions administratives specialisees) นั้น  
จะต้องมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น กฎหมายในที่นี้ หมายถึง รัฐบัญญัติหรือกฎหมายของสภานิติ  
บัญญัติเท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายลำดับรอง<sup>๕๗</sup> แต่กฎหมายอาจระบุให้องค์การนั้นเป็น  
"ศาล" อย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ซึ่งสามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ

(1.1) กรณีที่กฎหมายได้บัญญัติโดยแจ้งชัดว่า  
องค์การนั้นมีฐานะเป็นศาล (Jurisdiction)

เป็นกรณีที่กฎหมายซึ่งจัดตั้งองค์การนั้น  
อาจระบุไว้โดยตรง โดยเรียกองค์การนั้นว่า jurisdiction (jurisdiction เป็น  
คำกลาง ๆ ซึ่งหมายถึง องค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือศาล) คือมีฐานะเป็นศาล  
เช่น กรณีของแผนกวินัยของสภามหาวิทยาลัย (Les sections disciplinaires  
des conseils d'administration des Universites) และคณะกรรมการ  
ธนาคาร (La Commission bancaire)<sup>๕๘</sup> หรือระบุว่าองค์การนั้นมีลักษณะเป็น

<sup>๕๗</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, "นิติกรรมทางตุลาการ", วารสารกฎหมายปกครอง  
เล่ม 9 ตอน 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533),  
หน้า 151.

<sup>๕๘</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 152.

เช่นนั้น (ayant le caractere juridictionnel) หรือกฎหมายอาจจะบัญญัติว่าให้องค์การนั้น "มีลักษณะเช่นเดียวกับศาล" เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยกรณีบุคคลผู้ต้องโทษถูกเรียกเข้ารับราชการทหาร (Commission juridictionnelle des condammes appeles au service nationale) หรือ ระบุว่าองค์การนั้น "เสมือนหนึ่งเป็นศาล" ก็ได้เช่น คณะกรรมการระดับจังหวัดที่เกี่ยวข้องกับค่าบำนาญ (tribunaux departementaux des pensions)

(1.2) กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยปริยายในบางกรณีกฎหมายที่จัดตั้งองค์การนั้นอาจไม่ได้ระบุไว้โดยตรงว่าองค์การนั้นเป็นศาล แต่ใช้ถ้อยคำที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างชัดเจนเพียงพอ เช่น เรียกคำวินิจฉัย (decision) ขององค์การนั้นว่า "jugement"<sup>๕๐</sup> หรือ "คำพิพากษา" เช่น คำพิพากษาของคณะกรรมการระดับภาคของแพทยสภา (Conseils Regionaux de l'ordre des medecins) หรือให้ "คำวินิจฉัยนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษา" (ayant un caractere juridictionnel) เช่น คณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยให้แก่การกู้ยืมเงินของผู้ถูกอพยพกลับประเทศ (Commissions de remise et d'amenagement des prets consentis aux raparties, loi de 6 janvier 1982) หรือ "คำวินิจฉัยนั้นมีลักษณะเด็ดขาดถึงที่สุด" (l'autorite de la chose jugee) หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้คำวินิจฉัยขององค์การนั้นขึ้นสู่การพิจารณาของศาลชั้นสูงสุดโดยตรงโดยไม่ต้องผ่านการอุทธรณ์<sup>๕๑</sup>

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>๕๐</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, เอกสารประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522, หน้า 659 .

<sup>๕๑</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, นิติกรรมทางตุลาการ, หน้า 153.

(2) กรณีที่ไม่มีกฎหมายระบุสถานะขององค์กรนั้นไว้  
 ในบางกรณีกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้นไม่ได้ระบุ  
 สถานะขององค์กรไว้ จึงเป็นภาระหน้าที่ของสภาแห่งรัฐที่จะต้องวินิจฉัยว่า องค์กร  
 ดังกล่าวมีสถานะเป็นอะไร บางองค์กรอาจมีรูปแบบภายนอกที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน  
 หรือในบางกรณีองค์กรหรือสถาบันเดียวกันอาจจะต้องปฏิบัติหน้าที่หลายอย่าง ซึ่งใน  
 การปฏิบัติหน้าที่แต่ละอย่างทำให้องค์กรนั้นมีสถานะที่แตกต่างกัน เช่น คณะกรรมการ  
 บริหารของสภาวิชาชีพ (Conseils des Ordres professionnels) ก็จะมี  
 ฐานะเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง แต่ในกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่สั่งรับหรือไม่รับชั้น  
 ทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ ก็จะมีฐานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง (โดยถือว่าเป็นรัฐมอบ  
 หมายให้เป็นผู้ควบคุมดูแลผู้ประกอบการวิชาชีพแทนรัฐ) ด้วยเหตุนี้สภาแห่งรัฐจึงต้อง  
 พิจารณาจากการกระทำหรือ "นิติกรรม" (acte) ขององค์กรนั้นเองว่ามีลักษณะ  
 เป็น "acte administratif (นิติกรรมทางปกครอง)" หรือเป็น "นิติกรรมทาง  
 ตุลาการ (acte juridictionnel)"<sup>๑๑</sup> ซึ่งการพิจารณา "นิติกรรม" ในกรณีนี้  
 สภาแห่งรัฐจะพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(2.1) การใช้รูปแบบหรือองค์กรเป็นเกณฑ์ใน  
 การพิจารณา (criteres formels et organiques) หลักเกณฑ์นี้สามารถแยก  
 พิจารณาได้เป็น 2 กรณี<sup>๑๒</sup> คือ

<sup>๑๑</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, เอกสารประกอบการประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522, หน้า 659.

<sup>๑๒</sup> สรุปรจากบทความของ ชาญชัย แสงศักดิ์, เอกสารประกอบการประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522, หน้า 658-669.

(ก) การใช้รูปแบบหรือองค์กรเป็นเกณฑ์  
ในการพิจารณา (criteres formels et organiques)

การใช้หลักเกณฑ์ที่เกิดจากแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการบางคนซึ่งเห็นว่า การพิจารณาว่าเป็น "นิติกรรม" ประเภทใด จะต้องพิจารณาจากองค์กรที่เป็นผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น (critere organique) เป็นหลัก แต่บางคนเห็นว่าจะต้องพิจารณาจากวิธีการปฏิบัติงานหรือวิธีพิจารณาความที่นำไปสู่นิติกรรมนั้น (critere procedural) แต่บางคนกลับเห็นว่า ต้องพิจารณาจากผลของนิติกรรมนั้นว่าเป็นที่สุดหรือไม่ และบางคนก็เห็นว่าจะต้องอาศัยเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นประกอบกัน สำหรับการใชหลักเกณฑ์ในเรื่องรูปแบบหรือองค์กรนี้ สามารถแยกพิจารณาตามความเห็นต่าง ๆ ได้ดังนี้

- การใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการ  
พิจารณา

กาเร่ เดอ มาลแบร์ (Carre de Malberg) เห็นว่าการพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่านิติกรรมนั้นเกิดมาจากองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง (juridiction) หรือไม่ กล่าวคือ เกิดจากองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในรูปของคณะกรรมการ (tribunal) ซึ่งมีหลักประกันในด้านความเป็นอิสระและความเป็นกลาง หรือไม่ แต่แนวความเห็นนี้ได้รับการวิจารณ์ว่าน่าจะไม่ต้อง โดยวาไลน์ (Waline) ได้วิจารณ์แนวความเห็นนี้ว่า ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการฝ่ายปกครอง (commissions administratives) ต่าง ๆ ขึ้นเป็นจำนวนมาก จนไม่ทราบว่คณะกรรมการใดมีฐานะเป็นอะไรกันแน่ ดังนั้น การใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาจึงมิได้เป็นการแก้ปัญหา แต่เป็นการเปลี่ยนปัญหาเสียใหม่ กล่าวคือ ถ้าใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแล้วก็ต้องตั้งปัญหากันต่อไปว่า แล้วจะทราบได้อย่างไรว่าองค์กรนั้นเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีสถาบันอีกเป็นจำนวนมากที่มีความเป็นอิสระอย่างเต็มที่แต่คำวินิจฉัยของสถาบันเหล่านั้นมิได้มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งเลย เช่น คณะกรรมการออกชงคำตอบสำหรับข้อสอบ (jury

d'examens) และประการสุดท้ายก็คือ องค์กรที่ถึงแม้ว่ามีลักษณะเป็นองค์กรวินิจฉัยที่ขาดข้อโต้แย้งก็จริงแต่ก็มีได้หมายความว่า นิติกรรมทุกอย่างขององค์กรนั้นจะต้องเป็นคำวินิจฉัยที่ขาดข้อโต้แย้งไปหมด เช่น การที่สภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่รัฐบาล หรือการที่ศาลยุติธรรมได้กำหนดบัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญประจำศาล เป็นต้น การกระทำดังกล่าวมิได้เป็นคำวินิจฉัยที่ขาดข้อโต้แย้งแต่อย่างใด<sup>๑๓</sup>

- การใช้วิธีการปฏิบัติงานหรือวิธี

พิจารณาความเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

เนื่องจากการพิจารณาโดยใช้เกณฑ์เกี่ยวกับองค์กรไม่เพียงพอต่อการพิจารณาว่า เป็น "นิติกรรมทางตุลาการ" หรือไม่ จึงได้มีการหาเกณฑ์อื่นมาเสริม โดย กาเร่ เดอ มาลแบร์ ได้เสนอความเห็นเพิ่มเติมว่า สิ่งที่ทำให้้องค์กรวินิจฉัยที่ขาดข้อโต้แย้ง (la juridiction) แตกต่างจากฝ่ายปกครอง (l'administration) นั้นมิได้ขึ้นอยู่กับว่า คำวินิจฉัยที่ขาดข้อโต้แย้งคือการชี้ขาดข้อพิพาทตามหลักกฎหมาย แต่ขึ้นอยู่กับวิธีการหรือวิธีพิจารณา โดยเฉพาะที่จะนำมาสู่การชี้ขาดเช่นนั้น เช่น การเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ชี้แจงข้ออ้างข้อเถียงของตน ตลอดจนแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้าง ข้อเถียงของตนหรือไม่ เพียงใด และจะต้องมีการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือไม่ เป็นต้น แต่การใช้วิธีการนี้ก็ได้รับการทักท้วงจาก ลองปูเอ (Lampue) ว่า การใช้วิธีพิจารณาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานั้นเป็นเครื่องบ่งชี้ที่เป็นประโยชน์ก็จริง แต่ไม่ใช่เกณฑ์ในการพิจารณาที่เด็ดขาดที่เด็ยวันักโดยยกตัวอย่างของ "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่า

<sup>๑๓</sup>Henry Solus et Roger Perrot, Droit Judiciaire Prive, Tome 1, Sirey Paris, 1961, p. 429-432 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, เอกสารประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522, หน้า 662.

ราชการจังหวัด (Conseil de prefecture)" ซึ่งโปลีเยน โบนาปาร์ต ได้จัดตั้งขึ้นในสมัยเดียวกันกับสภาแห่งรัฐ โดยกำหนดให้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองบางประเภทได้เอง จึงมีฐานะเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อโต้แย้ง (jurisdiction) มาตั้งแต่แรกแล้ว แต่ในระยะแรก "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด" ยังมิได้กำหนดวิธีพิจารณาความอย่างศาลเลย หากแต่ค่อย ๆ สร้างวิธีพิจารณาความของตนขึ้นมาทีละเล็กทีละน้อยในภายหลัง<sup>๘๔</sup>

- การใช้ผลของนิติกรรมนั้นเป็นเกณฑ์

ในการพิจารณา

ตามที่ศาสตราจารย์ Leon DUGUIT

ได้กล่าวถึง "นิติกรรมทางตุลาการ" ว่า ลักษณะเฉพาะของ "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" ที่นิติกรรมอื่นใดไม่มีก็คือ มีคำตัดสินซึ่งมาจากทางออกของการแก้ปัญหาและมีลักษณะเด็ดขาด จะนำมาฟ้องอีกไม่ได้ "l'autorite de la chose jugée" หรือ "res judicata" ซึ่งหมายความว่าเมื่อพ้นกำหนดเวลาสำหรับอุทธรณ์ฎีกาแล้วหากไม่มีการอุทธรณ์ฎีกา หรือเมื่อมีการอุทธรณ์ฎีกาแล้ว องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งในชั้นที่สุดวินิจฉัยชี้ขาดอย่างไร กฎหมายให้ถือว่าเป็นอันยุติไปตามนั้น แต่นักนิติศาสตร์บางท่าน เช่น ซาปีโย (Japiot) และแจ็ซ (Jeze) จึงมีความเห็นสนับสนุนว่า ลักษณะเฉพาะดังกล่าวนี้เองที่สามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมนั้นเป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" หรือไม่ แต่แนวความเห็นนี้ก็ยังถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการวางเกณฑ์ในการพิจารณาที่ผิดวิธี กล่าวคือ จุดมุ่งหมายสำคัญของการค้นหาว่านิติกรรมขององค์กรหนึ่งองค์กรใดที่เป็นปัญหานั้นเป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" หรือไม่ ก็เพื่อที่จะได้ทราบว่านิติกรรมนั้นกฎหมายให้ถือว่าเป็นที่สุดหรือไม่ การใช้ผลของนิติกรรมนั้น เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาจึงเป็นการพิจารณาที่ "กลับหัวกลับหางกัน"<sup>๘๕</sup>

<sup>๘๔</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 662.

<sup>๘๕</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 663.



(2.2) การใช้เนื้อหาของสารของนิติกรรมนั้น เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา (criteres materiels)

เป็นหลักเกณฑ์ที่พิจารณาโดยมิได้ยึดถือในเรื่องขององค์การเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแต่จะใช้เนื้อหาของสารของนิติกรรมนั้นเป็นเกณฑ์ โดย โอริยู (Hauriou) และเฮโบร (Hebraud) เห็นว่า ลักษณะบ่งเฉพาะของ "นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel)" นั้น มิได้อยู่ที่รูปแบบหรือลักษณะภายนอกของนิติกรรม แต่อยู่ที่เนื้อหาของสารของนิติกรรมนั้นโดยเห็นว่า "นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel)" คือ นิติกรรมที่มีจุดมุ่งหมายที่จะชี้ขาด "ข้อโต้แย้ง (contestation)" โดยอาศัยกฎหมายเป็นหลัก แต่คำว่า "ข้อโต้แย้ง" ที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณานั้นอาจมีความหมายได้หลายอย่าง กล่าวคือ ในความหมายสามัญ "ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาท" นั้นย่อมหมายถึงการที่คู่ความสองฝ่ายเผชิญหน้ากันในศาล โดยแต่ละฝ่ายต่างก็ชี้แจงข้ออ้างข้อเถียงของตนและหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถ้าหากถือเอา "ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาท" ตามความหมายนี้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" หรือไม่แล้วก็จะทำให้มีความหมายแคบเกินไปเพราะจะไม่คลุมถึงกรณีต่างๆ อีกหลายกรณี เช่น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมในคดีที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การซึ่งศาลพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียวหรือคำพิพากษาของศาลปกครองในคดีที่โจทก์ขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir) อันเป็นคดีปกครองประเภทที่สำคัญที่สุดของฝรั่งเศส ซึ่งในคดีประเภทนี้โจทก์กล่าวหาว่านิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยมิได้ฟ้องเจ้าหน้าที่หรือองค์การฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องเป็นจำเลยโดยตรง ดังนั้นนักนิติศาสตร์หลายคน เช่น วิซิโอซ (Vizioz) และบอนนาร์ (Bonnard) จึงเห็นว่าน่าจะถือเอา "ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาท" ในความหมายกว้างเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยเห็นว่ากรณีที่สิทธิประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดถูกกระทบกระเทือนหรือถูกละเมิดเพราะเหตุที่บุคคลอีกบุคคลหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเพิกเฉยหรือไม่ยอมปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของบุคคลนั้น เป็นเหตุให้การใช้สิทธิของบุคคลนั้นต้องหยุด

ซึ่งกลางเนื่องจากยังมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความมียุทธหรือชอบถ่ายของสิทธินั้น ก็คือได้ว่า มีข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว โดยไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการโต้แย้งหรือพิพาทกันอย่างแท้จริงระหว่างคู่ปฏิบัติ<sup>๕๖</sup>

(2.3) การใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลาย ๆ อย่างประกอบกัน

จากหลักเกณฑ์ในเรื่องรูปแบบหรือองค์กรและเนื้อหาสาระและข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เนื่องจากต่างมีเหตุผลในการใช้เกณฑ์และมีข้อโต้แย้ง ทำให้เกิดการยึดถือและใช้เกณฑ์ต่าง ๆ ประกอบกันในการพิจารณาเกี่ยวกับ "นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel)" นักนิติศาสตร์อย่างโซลัสและแปร์โรต์ (Solus et Perrot) เห็นว่าถึงแม้ว่าการใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่า นิติกรรมนั้นมีจุดมุ่งหมายที่จะชี้ขาดข้อโต้แย้ง โดยอาศัยกฎหมายเป็นหลักหรือไม่ จะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาที่ค่อนข้างจะแน่นอนมากที่สุดก็ตาม แต่ก็ไม่แน่นอนเสมอไป จึงเห็นว่าน่าจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลาย ๆ อย่างดังกล่าวข้างต้นประกอบกันกล่าวคือ ควรจะพิจารณาว่า นิติกรรมที่เป็นปัญหานั้น ประกอบด้วยลักษณะต่าง ๆ ขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง (jurisdiction) ที่ชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทโดยอาศัยกฎหมายเป็นหลัก ตามวิธีพิจารณาความที่ให้ความคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความและผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว กฎหมายให้ถือว่าเป็นที่สุด โดยคู่ความไม่อาจรื้อฟื้นขึ้นมาฟ้องร้องกันใหม่ได้อีก (res judicata)<sup>๕๗</sup> ซึ่งถ้านิติกรรมขององค์กรใดมีลักษณะดังกล่าวแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็น "นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel)"

<sup>๕๖</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 664.

<sup>๕๗</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 665.

## (2.4) แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

โดยที่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการในประเทศฝรั่งเศสจะให้ศาลปกครองหรือสภาแห่งรัฐเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้น แต่เนื่องจากการวินิจฉัยในเรื่องนิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel) ขององค์กรฝ่ายปกครองมีลักษณะที่แตกต่างจาก "นิติกรรมทางปกครอง (acte administrative)" ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่านิติกรรมขององค์กรใดเป็น "นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel)" หรือไม่นั้น ในเบื้องต้น สภาแห่งรัฐจะพยายามเสาะหาเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้น ขึ้นมาเสียก่อนว่ามีจุดมุ่งหมายที่จะให้นิติกรรมขององค์กรนั้นเป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" หรือไม่ แต่ในกรณีที่ไม้อาจเสาะหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้ สภาแห่งรัฐก็จำเป็นต้องกำหนดเกณฑ์ในการวินิจฉัยขึ้นมาเอง ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐจะมีการเปลี่ยนแปลงไปในแต่ละสมัยตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการ<sup>๑๑</sup> สภาแห่งรัฐได้เคยใช้ทั้งเกณฑ์ในการพิจารณาด้านรูปแบบและองค์กร (criteres formels et organiques) และเกณฑ์ในการพิจารณาด้านเนื้อหาสาระของนิติกรรมนั้น (criteres materiels) แล้วแต่กรณี โดยมีแนวโน้มที่จะให้ความสำคัญต่อเกณฑ์ในการพิจารณาด้านรูปแบบและองค์กรมากกว่า แต่ต่อมา สภาแห่งรัฐได้หันมาเน้นหนักในด้าน เนื้อหาสาระของนิติกรรมขององค์กรที่เป็นปัญหามากยิ่งขึ้น เช่น ในคดี de Bayo ค.ศ. 1953 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่ามติหรือคำวินิจฉัย (decisions) ของสภาสัตวแพทย์ (l'Ordre des veterinaires) เกี่ยวกับการรับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนผู้ซึ่งขอจดทะเบียนเป็นสัตวแพทย์นั้น ไม่ว่าจะมียุรูปแบบอย่างไรก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาสาระของเรื่องแล้ว มติหรือคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่มีลักษณะของคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง และในคดี L'Etang ค.ศ. 1969

<sup>๑๑</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 665.

สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า คณะกรรมการตุลาการของฝรั่งเศส (le Conseil supérieur de la magistrature) ซึ่งวินิจฉัยในเรื่องวินัย เป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง โดยสภาแห่งรัฐคำนึงถึงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการในเรื่องนี้เป็นสำคัญ โดยถือว่าองค์ประกอบและวิธีพิจารณาของคณะกรรมการตุลาการไม่ใช่สิ่งสำคัญ<sup>๑๐</sup> ในปัจจุบันนี้ สภาแห่งรัฐได้พิจารณาว่าการกระทำใดเป็น "นิติกรรมตุลาการ (acte juridictionnel)" จะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาด้านเนื้อหาสาระของนิติกรรมขององค์กรนั้นเป็นเกณฑ์หลัก และใช้เกณฑ์ในการพิจารณาด้านรูปแบบและองค์กรเป็นเกณฑ์รอง

กล่าวโดยสรุป การพิจารณาการกระทำที่เป็น "นิติกรรมทางตุลาการ" ขององค์กรฝ่ายปกครอง จะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาในหลายหลักเกณฑ์แต่มีสิ่งที่เป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่ง ก็คือ องค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องเป็นองค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้น โดยบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา แต่กฎหมายดังกล่าวจะกำหนดสถานะขององค์กรดังกล่าวว่ามีสถานะเป็น "ศาล" อย่างชัดเจนหรือไม่ ไม่เป็นสาระสำคัญเพราะองค์กรที่มีหน้าที่เป็น "ศาล" ดังกล่าวต้องพิจารณาจากองค์กรและเนื้อหาสาระของการกระทำขององค์กรดังกล่าวด้วย ว่ามีวิธีพิจารณาที่เป็นการชี้ขาดข้อพิพาทหรือไม่ และผลของนิติกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็น "นิติกรรมทางตุลาการ" หรือไม่ ซึ่งเป็นหน้าที่ของสภาแห่งรัฐจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ อย่างไรก็ตามอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามบทบัญญัติในมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่มีลักษณะเป็น "องค์กรชี้ขาดข้อพิพาท" และผลของนิติกรรมมีลักษณะเป็น "นิติกรรมทางตุลาการ" มีลักษณะเช่นเดียวกันกับกรณีดังกล่าว ซึ่งเป็นหัวข้อที่เป็นปัญหาตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ยังมีความสับสนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาองค์กรดังกล่าวอยู่ ซึ่งผู้เขียนจะขอเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวต่อไปในบทที่ 4

<sup>๑๐</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 665. .

4) การกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการ (quasi-judicial power) ในระบบกฎหมาย Common Law

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law นั้น ศาลจะยึดถือธรรมเนียมปฏิบัติและแนวคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาและไม่มีการแบ่งแยกประเภทหรือสาขาของกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชน (Public Law) และกฎหมายเอกชน (Private Law) เหมือนกับประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรป ซึ่งมีการแยกประเภทหรือสาขาของกฎหมายดังกล่าว มีประเทศที่เป็นแม่แบบในระบบนี้ ก็คือ ประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ สืบเนื่องมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ซึ่งมีที่มาหรือหลักการของกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่เก่าแก่และยึดถือปฏิบัติกันมาเป็นเวลานานตั้งแต่ในสมัยกลางแห่งประวัติศาสตร์ยุโรป และได้มีการหยิบยกขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นระบบโดยศาสตราจารย์ A.V. Dicey ซึ่งได้อธิบายความหมายของหลักการดังกล่าวในหนังสือที่มีชื่อว่า "Introduction to the Study of the Law of the constitution" ซึ่งได้พิมพ์ขึ้นในปี ค.ศ. 1885 โดยมีหลักการสำคัญ 3 ประการ<sup>70</sup> คือ

(ก) ความยิ่งใหญ่โดยเด็ดขาดของกฎหมายธรรมดา (The absolute supremacy of the ordinary law)

(ข) ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (Equality before the Law) และ

<sup>70</sup> อิศสระ นิตินันท์ประภาศ, คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, (กรุงเทพมหานคร : กิ่งจันทร์การพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2529) : หน้า 132-133

(ค) รัฐธรรมนูญอังกฤษเกิดจากกฎหมายธรรมดา

(The constitution is the result of the ordinary law of the land)

เนื่องจากประเทศอังกฤษยึดถือหลัก The Rule of Law ระบบกฎหมายอังกฤษถือว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย เดียวกันกับที่ใช้บังคับแก่พลเมืองโดยทั่วไป ดังนั้น ข้อพิพาทหรือคดีที่เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองจึงถูกควบคุมโดยศาลยุติธรรม ภายใต้กระบวนการยุติธรรม อันเดียวกันกับข้อพิพาทหรือคดีระหว่างเอกชนด้วยกัน ทำให้กฎหมายปกครองของ อังกฤษมิได้แยกตัวออกมาเป็นระบบกฎหมายแยกต่างหากจากระบบกฎหมายเอกชน อันนำไปสู่การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง (administrative act) โดย องค์การศาลยุติธรรม ซึ่งเรียกระบบนี้ว่า "ระบบศาลเดี่ยว" ซึ่งเป็นผลพวงจากการ ยึดถือในหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของอย่างเคร่งครัดนั่นเอง แต่อย่างไร ก็ดี เนื่องจากศาลยุติธรรมอังกฤษได้สร้างหลักการของกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งรับรอง สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนอันเป็นการสอดคล้องกับความต้องการของคนอังกฤษตลอดมา ดังนั้นคนอังกฤษจึงถือว่าศาลยุติธรรมเป็นผู้ปกป้องเสรีภาพของปัจเจกชนอย่างแท้จริง

ต่อมา ในราวปลายศตวรรษที่ 19 ประเทศอังกฤษได้ปฏิรูป ระบบเศรษฐกิจของประเทศให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศจากระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมมาใช้ระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม ทำให้รัฐบาลอังกฤษต้องเข้าแทรกแซงในทางเศรษฐกิจมากขึ้น เนื่องมาจากการที่ อังกฤษได้เริ่มก้าวไปสู่การเป็นรัฐสวัสดิการ (Welfare State) ที่รัฐต้องให้ความ ค้ำครองแก่พลเมืองทั้งในเศรษฐกิจและสังคม ทำให้รัฐสภาจำเป็นต้องตรากฎหมาย ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐบาลกลาง และองค์กรปกครองท้องถิ่นเข้าแทรกแซงใน ระบบเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้น จึงก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองมากขึ้น และโดยที่ประเทศอังกฤษได้ยึดมั่นในหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ทำให้ศาลยุติธรรมต้องวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว จึงมีผู้กล่าวอ้างว่าศาล ยุติธรรมเริ่มจะเป็นองค์กรที่ไม่เหมาะสมกับข้อพิพาทใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นอย่างมากมาย

จากแนวความคิดเรื่องรัฐสวัสดิการ<sup>71</sup> โดยมีเหตุผลเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม ที่มีความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายเอกชนมากกว่ากฎหมายมหาชนและขาดความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถในทางเทคนิคเป็นพิเศษ การตีความกฎหมายมักจะตีความตามตัวอักษรมากเกินไป นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมของอังกฤษมักจะยึดถือหลักคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ เป็นบรรทัดฐาน (The doctrine of precedent) อย่างเคร่งครัด คำพิพากษาในบางกรณีไม่เหมาะสมกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากแนวความคิดเรื่องรัฐสวัสดิการ รวมทั้งวิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรมมีแบบพิธีมากเกินไป และการดำเนินคดีก็ล่าช้า จึงได้มีการจัดตั้งองค์กรทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองในรูปแบบของ "คณะกรรมการ" ที่เรียกว่า "Tribunals" หรือ "Administrative Tribunals" หรือ "Statutory Tribunals" ซึ่งสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างรวดเร็วประหยัดและมีประสิทธิภาพ โดยบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระ ซึ่งผู้เขียนจะขอลำถึงรายละเอียดเกี่ยวกับองค์กร วิจารณ์การ ตลอดจนวิธีพิจารณาของ Tribunal ในบทต่อไป

สำหรับการใช้อำนาจหรือการกระทำของ Tribunals นั้น มีลักษณะเป็นการควบคุมทางกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจทางปกครองไปในทางที่ไม่ชอบ และมีลักษณะการดำเนินงานเช่นเดียวกับศาลคือมีการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงและปรับบทข้อกฎหมาย ซึ่งในระยะแรกได้มีการเรียกว่าเป็น งานกึ่งตุลาการ (quasi-judicial) หรืองานด้านตุลาการ (judicial fonction)<sup>72</sup>

<sup>71</sup> ซีรเดซ ชูชิต, การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลเฉพาะกิจตามพระราชบัญญัติในประเทศอังกฤษ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2524, หน้า 19.

<sup>72</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 21 ฉบับที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท 21 เซ็นจูรี จำกัด, 2534) : หน้า 600

ของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม ลักษณะของการกระทำของ Tribunals มีลักษณะเป็นการกระทำในทางตุลาการ (act judicially) มากกว่าที่จะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง คำวินิจฉัยของ Tribunals มีลักษณะที่เป็น Objective decision เช่นเดียวกับคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรม แต่ถึงแม้ว่าจะถือว่าการกระทำของ Tribunals จะมีลักษณะเป็นการกระทำในทางตุลาการ (act judicially) แต่ Tribunals ก็ไม่ได้เป็นองค์กรในศาลยุติธรรม หากแต่เป็นองค์กรที่อยู่ในฝ่ายปกครอง ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ "กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง" (machinery of administrative justice)

สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดมีลักษณะเป็นงานด้านตุลาการ หรือนิติกรรมในทางตุลาการ (judicial act) มี 3 ประการ คือ

(1) อำนาจทางตุลาการเมื่อใช้ไปแล้วต้องถือเป็นเด็ดขาด (conclusiveness หรือ res judicata) เกิดผลใช้บังคับทันที และจะเปลี่ยนแปลงในภายหลังไม่ได้

(2) การใช้อำนาจตุลาการจะมีกระบวนการวิธีพิจารณา โดยมีผู้เริ่มคดี (โจทก์) มีการนั่งพิจารณาคณะต่อหน้าสาธารณะ มีการให้พยานมาให้การแสดงพยานหลักฐาน และมีคำวินิจฉัยที่ผูกพันคู่กรณี

(3) การใช้อำนาจตุลาการเป็นการวินิจฉัยปัญหาตามกฎหมายวางไว้และมีดุลพินิจอย่างจำกัด โดยจะมีการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมาย โดยสรุปแล้ว การควบคุมการกระทำในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของ Tribunal สามารถกระทำได้โดยองค์กรและวิธีการซึ่งจะนำเสนอรายละเอียดของการควบคุมในบทต่อไป

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเคยเป็นอดีตอาณานิคมของอังกฤษ จึงได้มีการนำระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้โดยพัฒนาให้เหมาะสมกับสภาพสังคมอเมริกันกลายมาเป็น "อเมริกันคอมมอนลอว์" ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลอเมริกัน แต่มีลักษณะที่เหมือนกันอย่างเห็นได้ชัดระหว่าง



ระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษ และระบบอเมริกันคอมมอนลอว์ ก็คือ ไม่มีการแบ่งแยกประเภทและสาขาของกฎหมายระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและให้ศาลยุติธรรมพิจารณาวินิจฉัยคดีทุกประเภท เป็นระบบศาลเดียวที่ไม่มีศาลปกครองพิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะ

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าจะไม่มีการแบ่งแยกประเภทหรือสาขาของกฎหมาย แต่กฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกาก็ได้ถูกจำกัดความเป็นกฎหมายที่ควบคุมการดำเนินการทางปกครองของรัฐบาล และจะกล่าวถึงอำนาจที่จะถูกใช้โดยองค์กรฝ่ายปกครองโดยวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจดังกล่าวและทางแก้ไขตามกฎหมายที่จะพึงมีแก่ผู้ได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำทางปกครอง<sup>73</sup>

แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่ได้รับอิทธิพลในเรื่องระบบ Tribunals จากประเทศอังกฤษ แต่คดีข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้น ฝ่ายปกครองจะต้องมีการใช้วิธีทางศาลบางส่วนแก่คดีเสียก่อนที่จะมาถึงศาลยุติธรรม<sup>74</sup> โดยองค์กรฝ่ายปกครองที่เรียกว่า "administrative agency" ซึ่งมีลักษณะพิเศษในระบบกฎหมายอเมริกัน ที่ได้จัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองที่มีลักษณะที่รวมอำนาจ โดยรวมอำนาจนิติบัญญัติและตุลาการเข้าด้วยกัน<sup>75</sup> โดยมี

---

<sup>73</sup> วิชัย วิวิตเสวี, "การควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองและการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในสหรัฐอเมริกา", เอกสารสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทในการปกครอง, (รัฐสภา), หน้า 1

<sup>74</sup> แก้วสรร อติโพธิ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสารมวลชนจำกัด, 2523) : หน้า 211 - 214 อ้างถึงใน ชีรเดช ชูชาติ, การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลเฉพาะกิจตามพระราชบัญญัติในประเทศไทย, หน้า 118.

<sup>75</sup> วิชัย วิวิตเสวี, การควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองและการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในสหรัฐอเมริกา, หน้า 44.

อำนาจ 2 แบบ คือ อำนาจในการออกกฎ (rule-making) และอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด (adjudication) แต่สหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต่าง ๆ อยู่ภายใต้วิธีพิจารณาความที่แน่นอน คือ ต้องถูกควบคุมโดย Administrative Procedure Act 1946 และตามหลัก due process of Law ซึ่งผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงรายละเอียดเกี่ยวกับองค์กรดังกล่าวในบทต่อไป

กล่าวโดยสรุปแล้ว การใช้อำนาจกึ่งตุลาการในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งถือว่า การควบคุมฝ่ายปกครองต้องกระทำโดยองค์กรศาลยุติธรรม และจากหลักการที่ไม่มีการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายออกเป็นประเภท กฎหมายปกครองของทั้งสองประเทศจึงไม่ได้ถูกแยกออกจากกฎหมายเอกชน อันทำให้ระบบการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้ระบบศาลยุติธรรม แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าจะอยู่ภายใต้ระบบศาลยุติธรรมแต่เมื่อปรากฏความจำเป็นของเศรษฐกิจ สังคม ทำให้ทั้งสองประเทศ ต้องสร้างระบบในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านขึ้น (Specialization) เนื่องจากระบบศาลยุติธรรมไม่เพียงพอต่อการวินิจฉัยชี้ขาดข้อ พิพาทที่เกิดขึ้นใหม่ได้ จึงได้มีการมอบอำนาจให้องค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน โดยกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยรัฐสภาใช้อำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว โดยถือว่า การใช้อำนาจดังกล่าว มีลักษณะเป็นอำนาจกึ่งตุลาการ (quasi-judicial power) ที่เรียกว่า เป็นอำนาจกึ่งตุลาการ (quasi-judicial power) ก็เนื่องมาจากองค์กรเหล่านั้นไม่ได้มีสถานะขององค์กรเป็นองค์กรตุลาการอย่างแท้จริงนั่นเอง แต่มีการกระทำในงานด้านตุลาการซึ่งมีลักษณะเป็นนิติกรรมในทางตุลาการ (judicial act) และเมื่อมีการชี้ขาดข้อพิพาทอย่างใดแล้ว ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรมอีกชั้นหนึ่ง แต่ศาลยุติธรรมมักจะยอมรับความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านขององค์กรเหล่านั้น โดยจะพิจารณาบทวนคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวเฉพาะบางเรื่องเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนได้ขอนำเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมองค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการเหล่านี้ในบทต่อไป

การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจทางบริหาร และอำนาจทางตุลาการหรือ  
กึ่งตุลาการ

จากการกระทำขององค์กรของรัฐที่มีภาระหน้าที่ทางกฎหมาย (les fonction juridique de l'Etat) อยู่ 3 ประเภท คือ ภาระหน้าที่ทางนิติบัญญัติ (La fonction legislative) ภาระหน้าที่ทางปกครอง (la fonction administrative) และภาระหน้าที่ทางตุลาการ (la fonction juridictionnelle) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น การกระทำหรือ "นิติกรรม" ตามภาระหน้าที่ดังกล่าวจะต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรตามภาระหน้าที่นั้น สำหรับรัฐที่มีระบบการปกครองโดยกฎหมายหรือเรียกว่า "นิติรัฐ" นั้น รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหลายที่จัดตั้งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายที่ตราขึ้นในรัฐนั้น ไม่ว่ากฎหมายนั้นจะเป็นรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายในลำดับใด<sup>๗๐</sup> การที่รัฐเคารพต่อกฎหมายดังกล่าวย่อมถือได้ว่ารัฐเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนซึ่งกว้างและไร้ขอบเขต แต่รัฐจะมากล้ากลายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เฉพาะในขอบเขต ที่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้เท่านั้น การควบคุมองค์กรที่มีภาระหน้าที่ทางกฎหมายอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายและหลักนิติรัฐ ซึ่งเราสามารถแยกวิธีการในการควบคุมการใช้อำนาจอธิปไตยตามสภาพของการใช้อำนาจได้ ดังนี้

ตามความเข้าใจของบุคคลโดยทั่วไป "อำนาจนิติบัญญัติ" คือ อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย หรือกฎเกณฑ์ขึ้นมาบังคับใช้ "อำนาจบริหาร" คือ อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารในการบริหารประเทศ และ "อำนาจ

---

<sup>๗๐</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ระบบการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ" กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม 2537), หน้า 258.

ตุลาการ" คือ อำนาจขององค์กรฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ตามแนวความคิดในเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่เนื่องจากโดยสภาพของการใช้อำนาจขององค์กรทางนิติบัญญัติ องค์กรทางบริหาร และองค์กรตุลาการ ในความเป็นจริงแล้ว องค์กรนิติบัญญัติหาได้มีอำนาจนิติบัญญัติแต่เพียงอย่างเดียว ในหลายประเทศ องค์กรนิติบัญญัติจะมีอำนาจร่วมในการประกาศสงคราม กู้ยืมเงิน กำหนดจำนวนงบประมาณ และการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ในตำแหน่งสำคัญ ซึ่งกรณีเป็นการใช้อำนาจในทางบริหาร หรือมีอำนาจพิจารณาความถูกต้องในการเลือกตั้งคุณสมบัติของสมาชิกสภา และพิจารณาถอดถอนเจ้าหน้าที่ผู้กระทำการไม่เหมาะสมอย่างร้ายแรง (impeachment) ซึ่งกรณีเหล่านี้เป็นการใช้อำนาจตุลาการ<sup>77</sup> ในส่วนขององค์กรทางบริหารก็มีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติและในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการ ก็มีการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการออกกฎระเบียบต่าง ๆ สำหรับใช้ในการพิจารณาและพิพากษาคดีของศาล อันมีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่ง ซึ่งถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติเช่นกัน ในขณะที่เดียวกัน การใช้อำนาจทางบริหารขององค์กรทางตุลาการ ซึ่งได้แก่ การแต่งตั้งผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ ผู้จัดการมรดก ผู้ชำระบัญชี หรือในการบังคับคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐในการควบคุมการกระทำของเอกชน สำหรับการศึกษาวิจัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรทางบริหาร จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาเบื้องต้นเกี่ยวกับลักษณะ วิธีการ และความแตกต่างในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยตามภาระหน้าที่ของกฎหมายตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

---

<sup>77</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, "การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ", เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 8-15, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช , พิมพ์ครั้งที่ 13 พ.ศ. 2534), หน้า 513

## 2.1 การควบคุมการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ

### 1) ความหมายทั่วไป

การใช้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งถือว่าเป็นสาขาของอำนาจอธิปไตย สาขาแรก โดยมีองค์กรผู้ใช้อำนาจที่ได้รับการมอบหมายจากประชาชนโดยตรง ในประเทศที่ปกครองในระบบรัฐสภา (Parliamentary System) นั้น รัฐสภาจะเป็นผู้กำหนดตัวผู้ทำหน้าที่ในการบริหารประเทศ และแม้แต่ในรูปแบบการปกครองระบบประธานาธิบดี เช่น สหรัฐอเมริกา ถึงแม้ว่าฝ่ายบริหารคือประธานาธิบดีจะได้รับการเลือกตั้งโดยประชาชนก็ตาม แต่การเลือกตั้งก็กระทำโดยทางอ้อม นอกจากนี้ การใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารก็เป็นการใช้อำนาจโดยจำกัด ดังนั้น การใช้อำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นสาขาของอำนาจอธิปไตยลำดับที่หนึ่งในฐานะที่ได้รับมอบโดยตรงจากประชาชน<sup>78</sup>

"การนิติบัญญัติ" นั้นโดยถ้อยคำก็คือ การตรากฎหมายออกใช้บังคับ แต่การนิติบัญญัตินั้นไม่ได้มีความหมายถึงอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ ในต่างประเทศคำว่า "legislation" (legis+lation) มีความหมายใน 3 ประการคือ

- (1) การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ (legislative organ) ซึ่งจะเป็นอำนาจอะไรก็ได้ขององค์กรนี้
- (2) การออกกฎหมายโดยองค์กรที่มีชอบอำนาจ (competent authority) ซึ่งจะเป็นองค์กรใดก็ได้ที่ได้ใช้อำนาจนี้
- (3) วิธีแห่งการออกกฎหมาย<sup>79</sup>

<sup>78</sup> บุรีรักษ์ นามวัฒน์, องค์กรนิติบัญญัติ, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชนหน่วยที่ 1-7, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, หน้า 265

<sup>79</sup> Viday Dhar Maharjan, The Principle of Jurisprudence 186 (3rd ed. 1976) อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์แสนต์, การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ, หน้า 514.

แต่การที่จะพิจารณาตามความหมายแรกซึ่งเป็นการพิจารณาในเรื่อง "รูปแบบ" ก่อให้เกิดความสับสนในสาระ เพราะองค์กรทางนิติบัญญัติมีอำนาจหลายประการทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาในมุมมองจากลักษณะ "ทั่วไปและไม่ระบุตัวบุคคล"<sup>๑๐</sup> ที่กำหนดกฎเกณฑ์และผลการบังคับใช้แล้ว องค์กรฝ่ายบริหารก็สามารถออกกฎเกณฑ์ได้เช่นเดียวกัน แต่ในระยะแรก ๆ แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาประชาคม ของรูสโซ ซึ่งเห็นว่าการวางกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะโดยทั่วไปไม่ระบุตัวบุคคลนั้น รูสโซถือว่าเป็นอำนาจของปวงชนที่จะแสดงออกเป็นเจตนาร่วมกันเท่านั้น ไม่มีทางที่ องค์กรอื่นโดยเฉพาะฝ่ายบริหารจะวางกฎเกณฑ์ทั่วไปได้ เพราะฝ่ายบริหารเป็นเพียงผู้ดำเนินการทางกายภาพเท่านั้น<sup>๑๑</sup> ต่อมาแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาประชาคมดังกล่าว ได้คลายลงเพราะเหตุผลความจำเป็นตามสภาพเศรษฐกิจและสังคมและได้เป็นที่ยอมรับกันว่า องค์กรอื่นนอกจากองค์กรทางนิติบัญญัติสามารถที่จะออกกฎเกณฑ์ทั่วไปได้ ดังเช่นในกรณีขององค์กรฝ่ายบริหารซึ่งมีรากฐาน และแนวความคิดที่ยอมรับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎเกณฑ์ทั่วไปได้ ซึ่งมีทฤษฎีเกี่ยวกับการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารอยู่หลายทฤษฎี เช่น ทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแต่ละฉบับ (execution d'une loi) ซึ่งถือว่าอำนาจในการออกกฎหมายเป็นของรัฐสภาเท่านั้น หากรัฐสภาประสงค์จะให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้ ก็ต้องมอบอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน เป็นแนวทางที่ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลายของฝรั่งเศส (execution des lois) ที่ถือว่าอำนาจในการออกกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหารเป็นอำนาจโดยสภาพของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตาม

<sup>๑๐</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 74 .

<sup>๑๑</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

กฎหมายทั้งหลาย (la loi) ที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ใช่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น กล่าวคือ อำนาจวางกฎเกณฑ์ทั่วไปของฝ่ายบริหารนี้เป็นอำนาจที่โดยสภาพฝ่ายบริหารมีอยู่โดยไม่จำเป็นต้องรอการมอบอำนาจ<sup>๑๒</sup> ดังนั้น ในประเทศฝรั่งเศสจึงถือว่ากฎหมายที่ได้มีการตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารนี้จึงมีลักษณะที่เป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" (acte legislative) ที่ไม่อยู่ในความควบคุมขององค์กรศาล ไม่ว่าจะเป็ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง เป็นต้น หรือทฤษฎีกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้บังคับกับประชาชน และกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายบริหาร ของเยอรมัน เป็นต้น

## 2) การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ

สำหรับการควบคุมการใช้อำนาจในภาะหน้าที่ทางนิติบัญญัติ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะหมายถึงการตรากฎหมายที่เป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" นั้น ถ้ารัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีการในการควบคุมและตรวจสอบไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ก็ย่อมเป็นไปตามวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น แต่อย่างไรก็ตาม การใช้ อำนาจนิติบัญญัติโดยการตรากฎหมายหรือ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" ขึ้นต้องมีกลไก และวิธีการในการควบคุมเพื่อไม่ให้กฎหมาย "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" นั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ โดยวิธีการในการควบคุมเพื่อไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ มีอยู่ 3 วิธีคือ

### (1) การควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

การควบคุมกฎหมายหรือ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" โดยองค์กรนิติบัญญัตินั้น ในประเทศต่างๆมีอยู่หลายวิธี บางครั้งอาจเป็นการควบคุมก่อนกฎหมายใช้บังคับ (preview) หรืออาจเป็นการควบคุมภายหลังที่กฎหมายนั้นใช้บังคับแล้ว การควบคุมโดยวิธีนี้มีหลายกรณี ดังนี้

#### (ก) การควบคุมโดยกระบวนการตรากฎหมาย

เป็นการควบคุมโดยใช้กระบวนการในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว

<sup>๑๒</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 79

การพิจารณากฎหมายโดยองค์การนิติบัญญัติ ซึ่งถ้ากฎหมายฉบับใดที่สภาลงมติอนุมัติก็จะ  
ต้องนำขึ้นทูลเกล้าเพื่อประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป แต่ถ้ากฎหมายฉบับใดที่สภาไม่  
อนุมัติกฎหมายฉบับนั้นก็จะตกไป

(ข) การควบคุมโดยการบังคับให้มีการปรึกษาใน  
รัฐธรรมนูญบางประเทศอาจกำหนดวิธีการในการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ  
โดยการส่งไปให้บางองค์การพิจารณาก่อน เช่น ในประเทศฝรั่งเศส การร่างกฎหมาย  
จะมีการส่งมาให้สภาแห่งรัฐพิจารณาเสียก่อนเสมอ สภาแห่งรัฐจะพิจารณาแก้ไขหรือ  
อาจทำความเข้าใจประกอบร่างกฎหมายนั้นก็ได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการควบคุมการใช้  
อำนาจนิติบัญญัติวิธีการหนึ่ง

(ค) การควบคุมโดยการยับยั้งการออกกฎหมาย  
ในบางประเทศ ผู้ที่มีอำนาจในการประกาศใช้กฎหมายมักจะมีอำนาจในการยับยั้งไม่  
ยอมประกาศใช้กฎหมายแม้ว่าร่างกฎหมายจะได้มีการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบ  
จากรัฐสภาแล้วซึ่งถือได้ว่าเป็นการควบคุมในทางการเมืองวิธีการหนึ่ง

(ง) การควบคุมกฎหมายโดยการตีความกฎหมาย  
ของรัฐสภา แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมโดยวิธีการนี้ มีมาตั้งแต่ในสมัยปฏิวัติ  
ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าผู้พิพากษาเป็นเพียงผู้ใช้กฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นเท่านั้น  
ในกรณีที่ศาลมีปัญหาเกี่ยวกับถ้อยคำในกฎหมายต้องส่งกลับมาให้รัฐสภาพิจารณาให้  
ทั้งนี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากการระงับการขยายอำนาจของศาลยุติธรรมเข้ามา  
พิจารณาในปัญหารัฐธรรมนูญ ซึ่งการควบคุมในลักษณะนี้มีการพัฒนาจนกระทั่งได้  
มีการสร้างองค์การที่เรียกว่า "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ" ขึ้นมาทำหน้าที่แทนรัฐสภา  
โดยถือได้ว่าเป็นองค์การทางการเมือง(political organ)

## (2) การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ

แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

(ก) การควบคุมโดยศาลยุติธรรม เป็นการควบคุม  
โดยองค์การภายนอก หลังจากที่ยกกฎหมายได้ประกาศใช้บังคับแล้ว และเป็นการควบคุม  
โดยใช้วิธีการทางศาล (judicial review) การควบคุมโดยให้ศาลปกติ ทั่วไป



พิจารณา<sup>๑๓</sup> เรียกว่า ระบบกระจายอำนาจการทบทวนกฎหมาย (decentralized judicial review) คือ องค์ศาลแห่งใดก็พิจารณาปัญหากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ตามโอกาสแห่งการพิจารณาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลเช่นนี้เป็นผลมาจากแนวความคิดในสหรัฐอเมริกา<sup>๑๔</sup> แต่การควบคุมโดยวิธีนี้ได้รับการวิจารณ์ว่าการที่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีอำนาจในการพิจารณาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบของกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญจะเป็นการเหมาะสมหรือไม่ และจะเป็นการที่ศาลยุติธรรมล่วงเข้าไปวินิจฉัยในอำนาจนิติบัญญัติหรือไม่ นอกจากนี้ในบางประเทศยังถือว่าการควบคุมตรวจสอบที่จะนำไปสู่การเพิกถอนกฎหมายไม่แตกต่างจากการใช้อำนาจยกเลิกกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ<sup>๑๕</sup> แต่อย่างไรก็ดี การควบคุมโดยองค์กรตุลาการถือได้ว่าเป็นการควบคุมวิธีการหนึ่ง

(ข) การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ คือการให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้พิจารณาปัญหาว่า กฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลปกติจะพิจารณาปัญหานี้ไม่ได้ การควบคุมแบบนี้เรียกว่า ระบบรวมศูนย์อำนาจการทบทวนกฎหมาย (centralized judicial review)<sup>๑๖</sup> ระบบนี้มีอิทธิพลมากในประเทศยุโรปโดยถือการที่ศาลตีความกฎหมาย และพิพากษาให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะนั้น เป็นการกระทำทางการเมือง (political act) อันเป็นการก้าวก้าวอำนาจนิติบัญญัติ และอยู่นอกขอบเขตขององค์กรตุลาการ<sup>๑๗</sup> จึงนำไปสู่การจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นโดยเฉพาะ องค์กรดังกล่าวมีลักษณะเป็น "ศาลพิเศษ" หรือ "ศาลรัฐธรรมนูญ"

<sup>๑๓</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ, หน้า 545.

<sup>๑๔</sup> กนิษฐา เชื้อววิทย์, "การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ", วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2533, หน้า 14 .

<sup>๑๕</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ, หน้า 557.

การควบคุมกฎหมายหรือ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" ดังกล่าว ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้ตราขึ้น ย่อมถูกควบคุม โดยวิธีการดังกล่าวข้างต้นทั้งสิ้น แต่กฎหมายหรือ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" จะไม่รวมถึงกฎเกณฑ์อื่นใดที่ฝ่ายปกครองได้ตราขึ้นในลักษณะที่เป็น "นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ" (acte reglementaires) ซึ่งต้องถูกควบคุมโดยวิธีการในการควบคุมการใช้อำนาจทางบริหาร ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

## 2.2 การควบคุมการใช้อำนาจทางบริหาร

ระบบการควบคุมการใช้อำนาจองค์กรที่ใช้อำนาจในภาวหน้าที่ในทางบริหาร จะต้องเป็นระบบการควบคุมที่มีความเหมาะสมกับกิจกรรมขององค์กรฝ่ายบริหารนั้น เพื่อสร้างความสมดุลในการใช้อำนาจเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะส่วนรวมโดยองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบต้องมีลักษณะเป็นอิสระที่จะตรวจสอบหรือควบคุมกิจกรรมที่ควบคุมได้ และในขณะเดียวกันองค์กรนั้นจะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจในภาวหน้าที่ของฝ่ายบริหารต้องมีลักษณะที่แตกต่างกันตามที่กล่าวถึงในหัวข้อเรื่อง "การใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง" เนื่องจากมีลักษณะใช้อำนาจที่แตกต่างกัน ซึ่งถ้าเป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็น "รัฐบาล (Gouvernement)" นั้น โดยทั่วไป องค์กรศาลจะปฏิเสธที่จะควบคุมการใช้อำนาจในลักษณะนี้ เนื่องจาก เรื่องที่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในทางการเมืองการกระทำ

---

<sup>๑๑</sup>C.G.Haines, The American Doctrine of Judicial Supremacy 476 [2nd ed. 1932]; Andre tunc, "The Fifth Republic, The Legislative Power, and Constitutional Review" 9 Am. J. Comp. Li 335-336 [1960], อ้างถึงในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 557.

ดังกล่าวอาจจะเป็น "การกระทำ" ของรัฐบาล (acte de gouvernement)" หรือ "การกระทำของรัฐ (acte of state)" หรือ "ปัญหาทางการเมือง (Political Question) ซึ่งสัมพันธ์อยู่กับแนวความคิดของแต่ละประเทศ แต่ถ้าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง (Administration) ย่อมต้องถูกควบคุมการกระทำดังกล่าวโดยศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง สดแต่แต่ระบบศาลของประเทศนั้น ๆ

### 2.2.1 ลักษณะของ "วิธีการ" ควบคุมฝ่ายบริหาร

เนื่องจากการกระทำของฝ่ายบริหารมีการกระทำในฐานะต่าง ๆ ดังกล่าวจึงมีวิธีการในการควบคุมการใช้อำนาจแตกต่างกันหลายวิธี ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้แยกลักษณะของ "วิธีการ" ควบคุมฝ่ายบริหารไว้ และผู้เขียนขอสรุปความถึงวิธีการดังกล่าวโดยแยกออกเป็น 2 ลักษณะ<sup>๘๗</sup> คือ

- 1) การควบคุมโดยวิถีทางการเมือง และ
- 2) การควบคุมโดยวิถีทางอื่น(ที่ไม่ใช่วิถีทางการเมือง)
  - (1) วิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร
  - (2) วิธีการในลักษณะกึ่งข้อพิพาท(quasi-

contentieux)

#### (3) วิธีการในลักษณะข้อพิพาท (Contentieux)

1) การควบคุมโดยวิถีทางการเมือง มักจะใช้ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็น "รัฐบาล" (Gouvernement) โดยสามารถแยกออกได้เป็น 2 วิธี คือ

---

<sup>๘๗</sup> ออมร จันทรสมบูรณ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (LA 409) (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), หน้า 91-117

(1) วิธีการทั่วไปในการควบคุมฝ่ายบริหารวิธีการนี้จะเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาที่จะควบคุมในหลักการใหญ่ 3 ประการ คือ

(ก) การควบคุมนโยบายซึ่งเป็นการควบคุมโดยทางพรรคการเมือง หรือประชาชนที่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง หรือโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งได้บัญญัติแนวนโยบายของรัฐไว้

(ข) การควบคุมทางการเงิน (financial administration) สภานิติบัญญัติมีวิธีการในการควบคุม 2 ประการ คือ การควบคุมก่อนการใช้จ่ายเงิน คือ การอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีโดยพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือพระราชบัญญัติงบประมาณเพิ่มเติม และการควบคุมหลังการใช้จ่ายเงิน สภานิติบัญญัติจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของรัฐบาล และจัดทำรายงานเสนอต่อสภานิติบัญญัติ แต่อย่างไรก็ดี การควบคุมทางการเงินนี้ต่อมาได้ลดความสำคัญลง เนื่องจากการควบคุมทางการเงินของฝ่ายบริหารไม่สามารถควบคุมและป้องกันการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารได้

(ค) การควบคุมการบริหารโดยทั่วไป (general administration) เป็นการควบคุมฝ่ายบริหารในการใช้ "ดุลพินิจ" ในการบริหารราชการ และเนื่องจากการควบคุมฝ่ายบริหารโดย "วิธีการทางการเมืองอื่น ๆ" ไม่สามารถควบคุมและป้องกันการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารได้ ในปัจจุบันสภานิติบัญญัติในหลายประเทศได้มุ่งหาวิธีการในการควบคุมการบริหาร โดยทั่วไปมากขึ้น

(2) วิธีการพิเศษ เป็นระบบการควบคุมโดยเฉพาะสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหารและมีประเทศต่าง ๆ ใช้อยู่เป็นจำนวนมาก โดยมีการกำหนดขอบเขตและองค์ประกอบขององค์กรแตกต่างกัน ได้แก่

(2.1) วิธีพิจารณา Impeachment ในระบบรัฐสภา ซึ่งใช้อยู่ในประเทศอังกฤษหรือประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากอังกฤษ

(2.2) วิธีพิจารณา Impeachment ในระบบประธานาธิบดีที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบประธานาธิบดีมีลักษณะเป็นการควบคุมทางวินัย เพื่อให้สภานิติบัญญัติมีอำนาจให้ฝ่ายบริหารพ้นจากตำแหน่งก่อนครบกำหนดวาระที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และถ้าการกระทำของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำผิดอาญาด้วย สภานิติบัญญัติก็จะดำเนินการให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาลงโทษทางอาญากับฝ่ายบริหารอีก

(2.3) ระบบความยุติธรรมทางการเมือง (la justice politique) ที่ประเทศภาคพื้นยุโรปได้ดัดแปลงวิธีการ impeachment มาใช้โดยให้การพิจารณาเป็นอำนาจของศาลสูงทางการเมือง (หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ) โดยศาลสูงทางการเมืองในระบบของประเทศภาคพื้นยุโรปมีลักษณะเป็นการลงโทษทางวินัย (คือให้พ้นจากตำแหน่งทางการเมืองโดยมีความผิด) ส่วนการพิจารณาคดีอาญาเพื่อลงโทษทางอาญาจะอยู่ในเขตอำนาจของ "ศาลยุติธรรม" แต่โดยทั่ว ๆ ไป ศาลสูงทางการเมืองจะมีอำนาจในการลงโทษทางอาญาด้วย

2) การควบคุมโดยวิถีทางอื่น (ที่ไม่ใช่วิถีทางการเมือง) สำหรับการควบคุมฝ่ายบริหารที่มีใช้วิถีทางการเมืองแยกออกได้เป็น 3 วิธี การ คือ

(1) วิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร คือ การร้องเรียนโดยวิธีนี้จะกระทำโดยวิธีใดก็ได้ ไม่มีวิธีการที่แน่นอนและไม่มีระบบการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นข้อพิพาท การร้องเรียน อาจกระทำต่อผู้ดำเนินการหรือสิ่งการนั้นเอง หรืออาจเป็นการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาในระดับที่สูงกว่า หรือร้องเรียนต่อหน่วยงานควบคุมดูแลกิจการขององค์กรนั้น หรืออาจร้องเรียนไปยังองค์กรหรือผู้บังคับบัญชารับรองที่สูงกว่านั้นหรือชั้นสูงสุดก็ได้

(2) วิธีการในลักษณะกึ่งข้อพิพาท "เป็น การควบคุมองค์กรที่ทำหน้าที่ทางบริหาร โดยองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นกลางและมีใช้ศาลยุติธรรม ถ้าผู้ที่เกี่ยวข้องไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าว กฎหมายจะเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยต่อศาลยุติธรรมได้ในข้อกฎหมายหรือ

ในบางกรณีก็ให้อุทธรณ์ได้ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย วิธีการควบคุมในลักษณะกึ่งข้อพิพาทเป็นวิธีการที่อยู่ในอังกฤษและสหรัฐอเมริกา โดยในอังกฤษเรียกองค์กรที่มีอำนาจทำนองนี้ว่า administrative tribunals ซึ่งอำนาจของ Tribunal เรียกกันว่าเป็น อำนาจกึ่งตุลาการ (quasi-judicial power) ส่วนในสหรัฐอเมริกาที่มีองค์กรที่เรียกว่า "administrative agency" ซึ่งถือได้ว่ามีลักษณะเป็น "องค์กร" ที่ใช้วิธีการกึ่งข้อพิพาทอยู่เป็นจำนวนมาก และมีลักษณะแตกต่างกับ "administrative tribunal" ของอังกฤษ

### (3) วิธีการในลักษณะข้อพิพาท (Contentieux)

ได้แก่การควบคุมโดยศาล ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญของวิธีการนี้ คือ ผู้มีอำนาจวินิจฉัยมีความเป็นอิสระ มีกระบวนการพิจารณาแน่นอน มีเงื่อนไขการฟ้อง และกำหนดอายุความ ศาลมีอำนาจวินิจฉัยทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย แต่การควบคุมฝ่ายบริหารโดยวิธีการนี้จะต้องมีขอบเขตจำกัด คือ โดยทั่วไปแล้วศาลไม่อาจล่วงล้ำเข้าไปพิจารณาถึง "คุณพินิจที่แท้จริง" ของฝ่ายบริหาร (ซึ่งอยู่ในฐานะของฝ่ายปกครอง (Administration)) แต่หลักการบางประการที่การกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล ได้รับการยกเว้นไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล (ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง) อันได้แก่ หลักการว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (Act of State) ของประเทศกลุ่มแองโกลแซกซอน ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง (Political Question) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และหลักว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (Act of Government) ของประเทศกลุ่มประมวลกฎหมาย ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงรายละเอียดในเรื่องนี้แล้วในหัวข้อเรื่อง "การกระทำของรัฐบาล"

## 2.3 การควบคุมการใช้อำนาจตุลาการและองค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการ

สำหรับการใช้อำนาจในภาระหน้าที่ทางตุลาการ (la fonction juridictionnelle) โดยที่ได้กล่าวมาแล้วว่า นอกจากองค์กรศาลจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในภาระหน้าที่ดังกล่าวแล้ว องค์กรฝ่ายบริหารที่สามารถใช้

อำนาจตุลาการหรือเป็นศาลได้ตามหลักแบ่งแยกหน้าที่ (Separation of function) โดยมีหลักการว่า จะต้องมิให้กฎหมายระบุให้สามารถใช้อำนาจในภาระหน้าที่ดังกล่าวได้ ส่วนที่จะเป็นการระบุให้ชัดเจนหรือไม่นั้น ย่อมต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่องค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมการกระทำขององค์กรได้ใช้ในการพิจารณา ตามรูปแบบและเนื้อหาของระของนิติกรรมที่องค์กรที่เป็นปัญหาได้กระทำว่ามีลักษณะเป็น "นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnelle)" หรือไม่ แต่องค์กรที่จะถือว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการนั้น จะมีลักษณะที่แตกต่างจากองค์กรฝ่ายบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร โดยมีลักษณะที่สำคัญดังต่อไปนี้<sup>๑๑</sup>

(1) เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมาย และการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต้องดำเนินไปสี่ขั้นตอนด้วยกันคือ

- รับฟังข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุให้เกิดข้อพิพาท การพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงตามที่โจทก์และจำเลยกล่าวอ้างในคำฟ้องหรือคำให้การเกิดขึ้นจริงหรือไม่นั้น ย่อมเป็นไปตามพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบสนับสนุนข้ออ้างของตนหรือหักล้างข้ออ้างของฝ่ายตรงข้าม

- การตีความหรือการหยั่งทราบความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี

- การนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงแห่งคดีที่รับเป็นยุติแล้ว และ

- การออกคำสั่งว่าตามกฎหมายคู่กรณีแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ ต่อกันอย่างไร

<sup>๑๑</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, โครงการตำราและเอกสารการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2538), หน้า 110-112

(2) คำสั่งขององค์กรนั้นที่สั่งว่าตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่าย มีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรต้อง "เป็นยุติ" (res judicata) กล่าวคือ เมื่อได้อ่านคำสั่งนั้นให้คู่ความฟังแล้ว องค์กรผู้ออกคำสั่งจะรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาเพื่อออกคำสั่งใหม่ให้ผิดแผกแตกต่างไปจากคำสั่งเดิมไม่ได้ เว้นแต่การแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อย ๆ คู่ความฝ่ายใดไม่พอใจคำสั่งนั้นมีสิทธิแต่เพียงอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งนั้นต่อองค์กรอื่นที่อยู่ลำดับขั้นที่สูงกว่าองค์กรผู้ออกคำสั่งเดิม และถ้าองค์กรสูงสุดได้อ่านคำสั่งที่สั่งว่าตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิ และหน้าที่ต่อกันอย่างไรให้คู่ความฟังแล้วคำสั่งดังกล่าวย่อม "เสร็จเด็ดขาด" หรือ "เป็นที่สุด" (Finality)

(3) กระบวนการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรนั้น จะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย (Publicity) กล่าวคือเปิดโอกาสให้สาธารณชนรับฟังการพิจารณาคดีได้ การพิจารณาคดีโดยลับเป็นเพียงข้อยกเว้นซึ่งจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น และต้องเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้ปกป้องสิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมของตนทั้งนี้ โดยให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธินำพยานมาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความ ฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ (audi alteram partem)

(4) องค์กรนั้นจะต้องให้เหตุผลของตนประกอบคำสั่งของตน (Duty to give reasons) เสมอ การให้เหตุผลประกอบคำสั่งคือ การแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้ตนออกคำสั่งนั้นให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชน คำสั่งที่สั่งว่า ตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรจะเป็นที่ยอมรับของคู่ความและสาธารณชนหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับเหตุผลที่องค์กรนั้นแสดงประกอบคำสั่งของตน "รับฟังได้" (Defendable) หรือไม่ เป็นสำคัญ

(5) องค์กรนั้นจะต้องมีความเป็นกลาง (Impartiality) หรืออีกนัยหนึ่ง "ปราศจากอคติลำเอียง" (Freedom from bias) อนึ่งองค์กรใดองค์กรหนึ่งจะมีความเป็นกลางได้ ก็ต่อเมื่อสมาชิกขององค์กรนั้นมีความเป็นอิสระ (Independence) กล่าวคือ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลกดดันอย่างใด ๆ ขององค์กรอื่นและของกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ โดยมีวิธีการประกันความเป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรนั้น



เมื่อองค์กรใดมีลักษณะขององค์กรตุลาการตามหลักการข้างต้นแล้ว ไม่ว่าจะองค์กรนั้นจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการ ก็ย่อมต้องถือว่าเป็นองค์กรตุลาการหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ แต่การควบคุมองค์กรนั้นต้องขึ้นอยู่กับระบบศาลของประเทศนั้นด้วยว่า เป็น "ระบบศาลเดี่ยว" หรือ "ระบบศาลคู่" ตามวิธีการที่กล่าวมาแล้ว

การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจในทางตุลาการได้มีหลักการที่สำคัญตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ก็คือ การจัดตั้งศาลจะต้องกระทำโดยกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น ฝ่ายบริหารจัดตั้งหรือให้องค์กรใดให้ทำหน้าที่เหมือนเป็นศาลหรือมีวิธีพิจารณาเหมือนเป็นศาลไม่ได้ นอกจากนี้ ยังมีหลักการที่ใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจตุลาการ ก็คือ วิธีพิจารณาขององค์กรนั้น<sup>๑๐</sup> ตัวอย่างเช่นใน "คดีปกครอง" ซึ่งเป็นคดีที่มีวิธีพิจารณาของตนเอง แยกออกจากวิธีพิจารณาความอาญา และวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาคดีปกครองตามระบบมาตรฐานจะเป็นวิธีการที่มีมาตรการป้องกันการบิดเบือนการใช้อำนาจ (abuse of power) ของผู้ชี้ขาด (ผู้พิพากษา) โดยเป็นระบบการชี้ขาดคดีแบบ 2 ชั้น โดยวิธีพิจารณาคดีดังกล่าวจะกำหนดให้บุคคลหนึ่งทำความเห็นชี้ขาดเบื้องต้น (previous judgement) เสียก่อน ซึ่งถ้าองค์คณะของผู้พิพากษาทำการพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ถ้ามีเหตุผลแตกต่างจากบุคคลดังกล่าว ก็จะต้องมีการอธิบายเหตุผลที่เหนือกว่าและเพียงพอที่จะล้มล้างคำพิพากษาพื้นฐานที่กระทำโดยบุคคลคนเดิยซึ่งทำให้คำวินิจฉัยขององค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการไม่สามารถเขียนโดยการให้เหตุผลเพียงด้านเดียวเพื่อไปสู่ข้อยุติได้ หรือในกรณีที่มีวิธีพิจารณาความขององค์กรตุลาการในระบบ Common Law จะมี

<sup>๑๐</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง แนวทางการพิจารณาคณะกรรมการกฤษฎีกาและการพัฒนา "ระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย" (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, มีนาคม 2529), หน้า 34-35.

การแยกองค์การที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดในข้อเท็จจริงโดยคณะบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งเรียกว่า "คณะลูกขุน" ซึ่งต้องรับฟังข้อเท็จจริงในคดีเสียก่อนว่า มีการกระทำตามที่กล่าวหาหรือไม่ ซึ่งเมื่อคณะลูกขุนได้ทำการวินิจฉัยในข้อเท็จจริงดังกล่าว ผู้พิพากษา จึงจะทำการวินิจฉัยข้อกฎหมายต่อไป เป็นการควบคุมการใช้อำนาจตุลาการไม่ให้ตกอยู่กับบุคคลคนเดียว เป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจตุลาการโดยบิดเบือนการใช้ อำนาจ (abuse of power)

นอกจากนี้ การจัดองค์การหน่วยธุรการของศาลก็เป็นส่วนสำคัญในการ ถ่วงดุลการใช้อำนาจของผู้พิพากษา เช่น ในประเทศไทยการจัดกระบวนการยุติธรรม ทางปกครองโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น ได้มีการจัดองค์การในรูปแบบที่ ดัดแปลงมาจากรูปแบบสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองของประเทศในในกลุ่มซิวิลลอว์ กล่าวคือ แยก "บทบาทของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และ กรรมการร่างกฎหมาย) กับหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>๑๐</sup> งานใน หน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอาจแบ่งแยกออกได้เป็น 3 ประเภท คือ ประเภทแรก ได้แก่ งานธุรการของคณะกรรมการกฤษฎีกา ประเภทที่สอง ได้แก่ งานกำกับการทำสำนวน ของพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน (วิธีพิจารณาความ) และ ประเภทที่สาม ได้แก่ งานซึ่งเป็น "งานโดยเฉพาะ" ของหน่วยบริหาร<sup>๑๑</sup> เช่น งาน ประเมินผลการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ งานด้านการร่างกฎหมายที่มีลักษณะเร่งด่วน หรือที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน งานวิชาการ และงานติดตามผลการปฏิบัติราชการของหน่วย งานต่าง ๆ ที่ถูกร้องทุกข์ จึงทำให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงต้องเป็นหน่วย บริหารที่อิสระจากองค์การคณะกรรมการที่เป็นผู้พิพากษาคดีปกครอง มีหัวหน้าที่ได้รับ การแต่งตั้งเป็นพิเศษ และมีหน้าที่ประเมินผลการและเสนอแนวทางในการพัฒนา ระบบสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองต่อรัฐบาลและรัฐสภา

<sup>๑๐</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-48.

สำหรับการควบคุมการใช้อำนาจตุลาการในประเทศอื่น ๆ นั้น ประเทศเยอรมันเป็นประเทศหนึ่งที่มีการควบคุมการใช้อำนาจตุลาการ<sup>๑๑</sup> โดยศาลต่าง ๆ ต้องเป็นไปตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ การตั้งศาลและการรวมศาลต้องกระทำขึ้นโดยกฎหมาย การตั้งศาลพิเศษเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งกระทำไม่ได้ รัฐสภาจึงมีส่วนเข้ามาควบคุมดูแลกระทรวงผู้ดูแลรับผิดชอบงานจะดำเนินการตามอำเภอใจไม่ได้ เป็นการประกันอิสระของศาล กระทรวงฝ่ายบริหารซึ่งรับผิดชอบงานศาลก็อาจควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของศาล โดยเป็นผู้เสนอการตั้งงบประมาณ การดูแลงานธุรการ การจัดองค์กรของศาล และการกำหนดวิธีพิจารณาความ ดังนั้น แม้ว่าเมื่อศาลพิพากษาอย่างใด และองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารจะต้องยอมรับคำพิพากษานั้นก็ตาม แต่องค์กรตุลาการก็อยู่ในการควบคุมของรัฐสภา และฝ่ายบริหารเช่นกัน กระทรวง ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารผู้รับผิดชอบงานศาลจะต้องติดตามดูแลการปฏิบัติงานของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการแต่งตั้งผู้พิพากษา แต่จะกระทำได้โดยจำกัดเท่าที่ไม่เป็นการทำลายอิสระของผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่ ในประเทศเยอรมัน กระทรวงที่ดูแลรับผิดชอบงานศาลมีหลายกระทรวงตามความสัมพันธ์ที่เห็นว่าเหมาะสมในระดับสหพันธ์ กระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์ดูแลงานศาลยุติธรรม กระทรวงมหาดไทยแห่งสหพันธ์ดูแลงานศาลปกครองและศาลวินัยข้าราชการ กระทรวงการคลังแห่งสหพันธ์ดูแลงานศาลภาษี กระทรวงแรงงานแห่งสหพันธ์ดูแลงานศาลแรงงานกับศาลสังคม และกระทรวงกลาโหมแห่งสหพันธ์ดูแลงานศาลวินัยทหาร ส่วนศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์นั้นอยู่ในการดูแลโดยตรงของรัฐสภาแห่งสหพันธ์ ต่อมาในปี 1969 ได้มีการโอนงานดูแลศาลปกครองกับศาลภาษีมาให้อยู่ในความดูแลของกระทรวง

<sup>๑๑</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 48

<sup>๑๒</sup> สรุปความจากบทความของ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, "องค์กรตุลาการในสหพันธ์รัฐเยอรมัน", วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ตอน 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เมษายน 2525), หน้า 99-101

ยุติธรรมแห่งสหพันธ์ กระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์เป็นกระทรวงที่มีความสำคัญในงานกฎหมายของเยอรมันอย่างมาก งานส่วนใหญ่ของกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์ คือ งานการร่างกฎหมาย มีการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของรัฐบาลก่อนเสนอสภา นอกจากนี้มีงานอื่น คือ ดูแลการปฏิบัติงานของศาล ดูแลการปฏิบัติงานของพนักงานอัยการ และดูแลการสอบกฎหมายของรัฐรวมถึงการดูแลหลักสูตรนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัย โดยร่วมกับกระทรวงยุติธรรมแห่งมลรัฐ

องค์กรศาลจะต้องอยู่ในการควบคุมดูแลถ่วงดุลจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติแต่อิสระของผู้พิพากษาแต่ละคนในการทำงานต้องได้รับการคุ้มครอง ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มีการนำระบบประชาชนเข้ามาร่วมเป็นผู้พิพากษาสมทบในศาลต่าง ๆ ด้วย เพื่อให้ประชาชนมีความเชื่อมั่นในสถาบันศาล แต่ระบบผู้พิพากษาสมทบนี้บางครั้งก็มีเหตุผลทางด้านความชำนาญพิเศษและเป็นตัวแทนกลุ่มผลประโยชน์อยู่ด้วย ผู้พิพากษาสมทบนี้แม้จะมีวาระในการดำรงตำแหน่งแต่ก็มีสิทธิหน้าที่และอิสระเช่นเดียวกับผู้พิพากษาอาชีพ การพิจารณาให้ผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งก่อนกำหนดสำหรับกรณี ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เมื่อสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ยื่นคำกล่าวหาผู้พิพากษาคงใจ ว่ากระทำการขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ประธานาธิบดีจึงจะถอดจากตำแหน่งได้ ส่วนกรณีของผู้พิพากษาศาลอื่นนั้น อาจเป็นไปโดยคำพิพากษาของศาลอาญาในการลงโทษทางอาญา หรือศาลวินัยในความผิดวินัย ซึ่งศาลวินัยกรณีผู้พิพากษามีองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาล้วน ซึ่งมีทั้งในระดับสหพันธ์และมลรัฐประธานของศาลอาจตรวจสอบการทำงานของผู้พิพากษาในศาลนั้นได้ แต่ถ้าผู้พิพากษานั้น เห็นว่าการตรวจสอบนั้นมีผลเสียต่ออิสระในการทำงานของตนก็อาจร้องขอให้ศาลวินัยพิจารณาได้ โดยหลักแห่งการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) ผู้พิพากษาจึงจะปฏิบัติงานอื่นในฝ่ายบริหารหรือรัฐสภาของสหพันธ์หรือของมลรัฐในขณะเดียวกันไม่ได้ แต่ข้อห้ามนี้ไม่รวมถึงการเป็นสมาชิกในสภาท้องถิ่นการสอนหนังสือในมหาวิทยาลัย หรือการเป็นสมาชิกในพรรคการเมืองหรือร่วมในกิจกรรมของพรรคการเมืองแต่ในกิจการของพรรคการเมืองนั้น

กล่าวโดยสรุป การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจในทาง  
ตุลาการนอกจากจะมีการควบคุมในเรื่องลักษณะขององค์กรที่ต้องถูกกำหนดโดยกฎหมาย  
ของรัฐสภา ยังต้องมีการควบคุมโดยวิธีพิจารณาขององค์กรนั้น นอกจากนี้ องค์กรที่ทำ  
หน้าที่ทางตุลาการก็มีส่วนในการถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวเช่นเดียวกัน



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย