

บทที่ 5

การควบคุมคณะกรรมการในทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติในประเทศไทย

จากที่ได้แยกพิจารณาลักษณะและรายละเอียดของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการต่างๆตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติทั้งหลาย เพื่อเป็นพื้นฐานในการควบคุมคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ในแต่ละลักษณะมาแล้วในบทที่ 3 ในบทนี้จะเป็นการพิจารณาถึงการควบคุมคณะกรรมการในทางปกครองตามพระราชบัญญัติ โดยอาศัยพื้นฐานจากการจัดกลุ่มลักษณะอำนาจหน้าที่ดังกล่าวต่อไป

ความจำเป็นในการควบคุมคณะกรรมการในทางปกครอง

การควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง อย่างน้อยเมื่อฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในลักษณะที่เบ็ดเสร็จในขององค์กร การควบคุมการดำเนินงานจำต้องมีขึ้นเพื่อให้การดำเนินงานนั้นเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือเป็นไปตามมาตรฐานสำหรับงานนั้น และเมื่ออำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องเกี่ยวข้องกับหรือกระทบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วไปซึ่งนับวันจะยิ่งเพิ่มมากขึ้นทุกขณะ ในสังคมของรัฐปัจจุบัน เนื่องจากได้มีการออกกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างกว้างขวางด้วยแล้ว ในฐานะของ"นิติรัฐ"* ย่อมไม่อาจละเลยกลไกในการควบคุมฝ่ายปกครองในการที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวนี้ไปได้

* หมายถึง "รัฐที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายและยอมรับในเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายซึ่งก็คือว่าฝ่ายปกครองจะไม่ดำเนินการตามอำเภอใจ" เป็นคำที่ใช้ในประเทศกลุ่มภาคพื้นยุโรป ส่วนในประเทศในกลุ่มคอมมอนเวลท์ก็ยึดถือในหลักการเดียวกันนี้หากแต่มีชื่อและรายละเอียดแตกต่างกันออกไป เช่น ในประเทศอังกฤษมีหลักนิติธรรม(The Rule of Law) และสหรัฐอเมริกาเป็นหลักตุลนิติกระบวนการ หรือกระบวนการอันชอบธรรมตามกฎหมาย(due process of law) เป็นต้น

โดยที่องค์กรคณะกรรมการในทางปกครองมีฐานะเป็นองค์กรของฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งที่มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการในทางปกครองหรือเป็นองค์กรที่มีส่วนในการใช้อำนาจปกครอง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีระบบการควบคุมคณะกรรมการดังกล่าวเช่นเดียวกับฝ่ายปกครองอื่นๆ แต่ก่อนที่จะได้กล่าวถึงรายละเอียดของกระบวนการหรือกลไกการควบคุมคณะกรรมการต่างๆนั้น จะขอกล่าวถึงความหมายและรูปแบบของการควบคุมฝ่ายปกครองโดยทั่วไปโดยสังเขปก่อนที่จะทำการศึกษาเฉพาะกรณีคณะกรรมการต่อไป

ความหมายของคำว่า "การควบคุมฝ่ายปกครอง"¹

หากจะกล่าวโดยรวมและโดยความหมายอย่างกว้างแล้ว "การควบคุม" (Control)² ฝ่ายปกครองจะหมายถึง "การตรวจสอบฝ่ายปกครอง" ประการหนึ่งและ "การเยี่ยวยา" โดยฝ่ายปกครองหรือองค์กรอื่นอีกประการหนึ่ง

การตรวจสอบ หมายถึง การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนการกระทำหรือมีนิติกรรมทางปกครองว่าฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ดี ถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง ในแง่นี้การตรวจสอบจึงหมายถึง การควบคุมก่อนการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดกฎหมายขึ้น (Contrôle Préventif)

การเยี่ยวยา หมายถึง การแก้ไขซึ่งความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนอื่นเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครอง ซึ่งแสดงให้เห็นในตัวแล้วว่าเป็นการควบคุมภายหลังการกระทำโดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด (Contrôle Répressif)

¹ สรุปรวมจาก เกรียงไกร เจริญนาวิวัฒน์, "องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย", วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาฯ, 2531, หน้า 1 - 5.

² ในความหมายโดยแคบอาจจะมีการใช้ในกรณีการควบคุม "การกระทำทางปกครอง" ซึ่งเป็นกรณีย่อยลงไป แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะถือตามความหมายอย่างกว้าง

ลักษณะของการควบคุมฝ่ายปกครองโดยทั่วไป³

ลักษณะของวิธีการควบคุมฝ่ายปกครองโดยทั่วไปแยกได้เป็น 2 อย่าง คือ การควบคุมในทางการเมือง (political control) และการควบคุมในทางกฎหมาย (legal control)

การควบคุมในทางการเมือง เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองโดยวิธีทางที่ฝ่ายบริหารถูกควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยทั่วไปแล้วจะกระทำโดยรูปแบบดังต่อไปนี้

(1) วิธีการทั่วไป ได้แก่ การควบคุมนโยบาย การควบคุมการบริหารทั่วไป (general administration) และการควบคุมการเงิน (financial administration)

(2) วิธีการพิเศษซึ่งเป็นวิธีการเฉพาะของบางประเทศ ได้แก่

ก. วิธีพิจารณา impeachment ในระบบรัฐสภาซึ่งใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ หรือประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากอังกฤษ

ข. วิธีพิจารณา impeachment ในระบบประธานาธิบดีที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศที่ใช้ระบบประธานาธิบดี และ

ค. ระบบตามยุติธรรมทางการเมือง (la justice politique) ที่ประเทศภาคพื้นยุโรปได้ดัดแปลงวิธีการ impeachment มาใช้โดยให้การ

พิจารณาเป็นอำนาจของศาลสูงทางการเมือง (หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ)

การควบคุมในทางกฎหมาย หรือการควบคุมโดยวิธีทางอื่นที่ไม่ใช่วิธีทางการเมือง ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะในส่วนที่เป็น "การควบคุมในทางกฎหมาย" นี้ในหัวข้อต่อไป เนื่องจากเป็นการควบคุม "ฝ่ายปกครอง" โดยตรง ส่วนการควบคุมในทางการเมืองนั้นจะเป็นการควบคุมโดยอ้อมโดยผ่านฝ่ายบริหาร ดังนั้น

³สรุปความจากอมร จินทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, หน้า 82-97.

โกติน พลกุล, "รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง." หน้า 38-86. เกียงไกร เจริญนาวิวัฒน์, "องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย" หน้า 23-54. และอีริค เดช ยูวสิต, "การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลเฉพาะกิจตามพรบ. ในประเทศอังกฤษ", วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มธ., 2524, หน้า 5 - 9.

คำว่า "การควบคุม" ซึ่งจะกล่าวต่อไปนี้จะหมายถึงโดยเฉพาะในการควบคุมในทางกฎหมายเท่านั้น

รูปแบบการควบคุมฝ่ายปกครองในทางกฎหมายโดยทั่วไป

การควบคุมฝ่ายปกครองในทางกฎหมายโดยทั่วไป อาจแยกได้เป็น 2 ขั้นตอน คือ

1. การควบคุมก่อนมีการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการควบคุมแบบป้องกัน (LES CONTRÔLES PRÉVENTIFS) แบ่งได้เป็น

1.1 การควบคุมโดยองค์กร

1.1.1 CONSEIL D'ETAT แบบฝรั่งเศส

1.1.2 องค์กรที่เป็นเพียงที่ปรึกษา เช่น CONTRALORIA หรือสภากฎหมาย
รומานี

1.1.3 การควบคุมโดยคำสั่งของศาลในประเทศอังกฤษ

1.2 การควบคุมโดยการกำหนดหลักวิธีพิจารณาสำหรับฝ่ายปกครอง

1.2.1 การกำหนดหลักวิธีพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษรที่แน่นอน เช่น
Verwaltungsverfahrensgesetz ของสหพันธ์สาธารณรัฐ
เยอรมัน หรือ Federal Administrative Procedure Act
ของสหรัฐอเมริกา

1.2.2 การกำหนดหลักวิธีพิจารณาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือแบบแผน
ในการปฏิบัติราชการ

1.3 การควบคุมโดยการให้ประชาชนมีส่วนร่วม

1.3.1 วิธีการโต้แย้ง (PROCÉDURE CONTRADICTOIRE)

1.3.2 การปรึกษาหารือ (CONSULTATIONS)

1.3.3 การไต่สวนทั่วไป (ENQUÊTES PUBLIQUES)

1.4 การควบคุมโดยการให้ประชาชนริบฐและเข้าสั่งเอกสารราชการและ
การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

1.4.1 การให้ประชาชนริบฐและเข้าสั่งเอกสารราชการ

1.4.2 การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

2. การควบคุมภายหลังมีการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการควบคุมแบบ แก้ไข (LES CONTRÔLES CORRECTIFS)

2.1 การควบคุมภายใน

2.1.1 องค์การควบคุม

2.1.2 กลไกในการควบคุม

2.2 การควบคุมภายนอก

2.2.1 การควบคุมทางศาล

2.2.1.1 ขอบข่ายในการควบคุม

2.2.1.2 ลักษณะของศาลที่ควบคุม

2.2.1.3 วิธีพิจารณาและอำนาจของผู้พิพากษา

2.2.2 การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ

1. การควบคุมก่อนมีการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการควบคุม แบบป้องกัน (Les contrôles préventifs)

การควบคุมแบบนี้เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองไม่ให้กระทำการอื่น
เป็นการขัดต่อกฎหมายหรือทำให้เสียหายแก่สิทธิของประชาชนก่อนที่จะมีการกระทำใน
ทางปกครอง กล่าวคือเป็นการควบคุมในระยะเตรียมการก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมี
คำสั่งหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

1.1 ควบคุมโดยองค์กร

ได้แก่ ลักษณะแรกคือ การกำหนดให้การกระทำในทางปกครองบาง
ประการต้องได้รับความเห็นชอบเบื้องต้นจากองค์กรที่ทำหน้าที่ด้านนี้ องค์กรที่ว่าอาจขึ้น
อยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐบาลก็ได้ แต่โดยทั่วไปลักษณะขององค์กรนี้มีก็มี 2 ประเภท
คือ Conseil d'Etat แบบฝรั่งเศส และองค์กรซึ่งมีหน้าที่เพียงให้คำปรึกษาอย่างเดียว
หรืออีกลักษณะหนึ่งคือ โดยการมีองค์กรบางองค์กรมีอำนาจให้ฝ่ายปกครองกระทำการ
หรืองดเว้นการกระทำ

1.1.1 Conseil d'Etat (C.E.) แบบฝรั่งเศส

ลักษณะของ Conseil d'Etat แบบฝรั่งเศสคือ การมีหน้าที่คู่กันสองประการ
ประการแรกได้แก่หน้าที่ให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่ฝ่ายปกครอง ประการที่สองคือ
หน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง (เป็นศาลปกครองสูงสุด)

ในโลกปัจจุบันนี้ มีสถาบันที่ใช้ชื่อและทำหน้าที่เช่น C.E. ของฝรั่งเศสประมาณ 12 สถาบัน* ที่เก่าแก่เช่นเดียวกับของฝรั่งเศสก็ได้แก่ ของประเทศอิตาลี ที่เมืองบรากัว หรือได้รับการพัฒนาใหม่ในศตวรรษที่ 19 ก็เช่น C.E. ของประเทศเนเธอร์แลนด์ (1815), กรีซ (1833), ลิกเซมเบิร์ก (1856), ตุรกี (1868) ที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 20 ก็เช่น ของประเทศเลบานอน (1924), เบลเยียม, และสวิตเซอร์แลนด์ (1946)

นอกจากการให้คำปรึกษาในเรื่องทั่วไป หรือแล้วแต่ฝ่ายปกครองจะปรึกษา มาในบางกรณีกฎหมายบังคับเลยว่าต้องปรึกษา C.E. เช่น *Reglements d'administration publique* หรือ *ordonnances* (คล้ายพระราชกำหนด) ตามมาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศส นอกจากนี้ในประเทศฝรั่งเศส, เบลเยียม, เนเธอร์แลนด์, เลบานอน, เซเนกัล, รุมาเนีย ร่างกฎหมายที่รัฐบาลเสนอทุกฉบับจะต้องปรึกษาองคมนตรีที่ทำหน้าที่นี้ก่อนที่จะเข้าสู่สภา

1.1.2 องคมนตรีที่เป็นเพียงที่ปรึกษา เช่น *Contraloria* ของชิลี และ สภากฎหมาย (*Conseil Legislatif*) ของรูมาเนีย

Contraloria ของชิลี ทำหน้าที่ควบคุมทางด้านการคลังและได้รับมอบอำนาจ ให้ทำหน้าที่ปรึกษากฎหมายด้วย สิ่งที่แตกต่างกันจาก C.E. คือ *Contraloria* ไม่มีลักษณะเป็น องค์คณะแต่มีประธาน 1 คน ส่วนสภากฎหมายรูมาเนีย (*Conseil legislatif*) นั้นเป็น องคมนตรีที่ขึ้นอยู่กับคณะผู้ปกครองประเทศ สภากฎหมายมีเลขานุการคนหนึ่งของพรรค ตอมมิวนิสต์รูมาเนียเป็นประธาน และประกอบด้วยนักกฎหมายที่ประธานเป็นผู้เลือก

อย่างไรก็ตามทั้ง *Contraloria* ของชิลีและสภากฎหมายของรูมาเนียไม่มี หน้าที่ทางพิจารณาพิพากษาคดีแต่อย่างใด

การควบคุมโดยองคมนตรีให้คำปรึกษาที่กล่าวมาทั้งหมดให้หลักประกันแก่สิทธิ เสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับแบบอื่นโดยเฉพาะแบบที่ให้มีการโต้แย้งได้

* สำหรับประเทศไทยอาจพิจารณาเทียบกับอำนาจในการให้คำปรึกษาหารือ ขององคมนตรีคณะกรรมการกฤษฎีกา หากแต่คณะกรรมการกฤษฎีกายังไม่มีอำนาจ พิจารณาตัดสินปกครองในฐานะศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจเพียง พิจารณาเรื่องร้องทุกข์ซึ่งอำนาจสั่งการในชั้นที่สุดเป็นของนายกรัฐมนตรี(คล้ายกับ C.E. ในระยะเริ่มต้น) รายละเอียดจะศึกษาในเรื่องเกี่ยวกับคณะกรรมการกฤษฎีกาต่อไป

1.1.3 การควบคุมโดยคำสั่งของศาลในประเทศอังกฤษ

ได้แก่การออกคำสั่ง Prohibition ซึ่งคำสั่งนี้อาจจะเป็นการ ทบหนการกระทำที่จะทำต่อไป โดยห้ามไม่ให้กระทำการนอกเหนืออำนาจต่อไป ถือเป็นห้ามไม่ให้เกิดการกระทำที่ไม่ชอบของฝ่ายปกครองต่อไปนั่นเอง หรือเป็นการ ป้องกันการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติไม่ให้เกิดมีขึ้น โดยปกติ มักจะควบคุมไปกับคำสั่ง Mandamus ซึ่งเป็นคำสั่งที่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

1.2 การควบคุมโดยการกำหนดหลักวิธีพิจารณาสำหรับฝ่ายปกครอง

1.2.1 การกำหนดหลักวิธีพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษรที่แน่นอน

ในบางประเทศให้ความสำคัญกับการควบคุมการกระทำของฝ่าย ปกครองก่อนที่จะได้มีการกระทำ โดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องมีการปฏิบัติกา รบางประการก่อนที่จะกระทำการในทางปกครอง เช่น จะต้องมีการรับฟังความเห็น หรือไต่สวน ฯลฯ โดยกำหนดไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยชัดเจน เช่น *Verwaltungsverfahrensgesetz* ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือ Federal Administrative Procedure Act ของสหรัฐอเมริกา

1.2.2 การกำหนดหลักวิธีพิจารณาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือแบบแผน ในการปฏิบัติราชการ

ในบางประเทศจะมีได้มีการกำหนดหลักวิธีพิจารณาไว้เป็นลาย ลักษณ์อักษร หากแต่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติ เช่น การใช้หลัก กฎหมายทั่วไป (principes generaux du droit) ในประเทศฝรั่งเศส หรือในประเทศ ไทยก็ได้มีความพยายามที่จะกำหนดหลักกฎหมายทั่วไปในรูปของระเบียบแบบแผนที่ดี ในการปฏิบัติราชการ เป็นต้น⁴

1.3 การควบคุมโดยการให้ประชาชนมีส่วนร่วม

เหตุผลของการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการก่อนมีการกระทำ ในทางปกครองนั้นพิจารณาได้ 3 ประการ คือ ประการแรกเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของ บุคคลที่อาจจะเสียหายจากการกระทำนั้น ประการที่สองเพื่อสาธารณประโยชน์เอง

⁴โปรดดูรายละเอียดของหัวข้อดังกล่าว หน้า 131.

เพราะจะทำให้สามารถประเมินความต้องการและความรู้สึกของผู้มีส่วนได้เสียได้ถูกต้องยิ่งขึ้น ประการสุดท้ายก็เพื่อประสิทธิภาพในการบริหาร ทั้งนี้เพื่อให้วิธีการกระทำในทางปกครองไม่มีลักษณะสำเร็จรูป (Fait accompli) แต่จะเป็นการหาวิธีปรองดองกัน รูปแบบในการมีส่วนร่วมของประชาชนอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ คือ

1.3.1 วิธีการโต้แย้ง (Procédure contradictoire)

วิธีนี้เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่อาจจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในทางปกครองย่อมมีสิทธิที่จะโต้แย้งป้องกันสิทธิของตนก่อนจะมีการกระทำนั้นได้ เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่จะต้องเสียหายโดยตรง ไม่ใช่ที่เกี่ยวกับบุคคลจำนวนมาก ซึ่งจะเป็นการใช้วิธีอื่นอีกจะกล่าวต่อไป

โดยปกติแล้ว วิธีการโต้แย้งนี้กฎหมายจะเป็นผู้กำหนด แต่หลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ก็มาจากคำพิพากษา เช่น คำพิพากษาของ C.E. ของฝรั่งเศส, ของเบลเยียม และอิตาลี โดยการอ้างหลักกฎหมายทั่วไป (principes généraux du droit) ในขณะที่แนวความคิดของอังกฤษคือหลัก Natural justice ส่วนเยอรมันและออสเตรเลียคือหลักกฎหมายธรรมชาติ

ดังที่รูปแบบและวิธีการของกระบวนการโต้แย้งนี้จึงขึ้นอยู่กับตัวบทกฎหมายที่กำหนด ในกรณีไม่มีกฎหมายคำพิพากษาจะวางหลัก แต่ก็ยังมีหลักข้อยกเว้นในกรณีรับตัวหรือเพื่อบกป้องไม่ให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สาธารณประโยชน์หรือประโยชน์ของบุคคลอื่น ทั้งนี้เพื่อมิให้การดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยล่าช้า อย่างไรก็ตาม แม้วิธีการนี้จะเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ฝ่ายปกครองและก่อให้เกิดความล่าช้า แต่ปัจจุบันก็กำลังเป็นที่ยอมรับและแพร่หลายมาก ด้วยเหตุผลที่ว่าสามารถคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้ดี จึงมีแนวโน้มที่จะทำให้วิธีการนี้มีลักษณะเป็นกระบวนการโต้แย้ง ดังเช่นการพิจารณาในศาล (Juridictionnalisation) มากขึ้น ประเทศที่ก้าวหน้าในเรื่องนี้มากได้แก่ นอร์เวย์ สวีเดน ซึ่งถือหลักว่า ฝ่ายปกครองต้องอยู่ใต้กฎหมายแห่งวิธีการโต้แย้งในทุกเรื่องที่ได้ให้อำนาจเพื่อกำหนดวิธีการต่างๆ อันมุ่งต่อเอกชน

หากมีกรณีพิพาทขึ้นสู่ศาล ศาลจะควบคุมว่าฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติตามวิธีการดังกล่าวหรือไม่โดยเคร่งครัด และถือว่าการริบวิธีโต้แย้งที่กำหนดโดยกฎหมายหรือแนวคำพิพากษาเป็นรูปแบบอันสำคัญที่ฝ่ายปกครองจะละเว้นเสียมิได้

1.3.2 การปรึกษาหารือ (Consultations)

วิธีการนี้ ต่างกับวิธีแรกเพราะเป็นกรณีที่การกระทำในทางปกครองมุ่งหมายต่อกลุ่มบุคคล ฝ่ายปกครองจำต้องปรึกษาโดยผ่านตัวแทนของกลุ่มบุคคลเหล่านี้เป็นหลัก แต่มีบางกรณีเหมือนกันที่ทำเป็นแบบสอบถาม หรือลุ่มตัวอย่าง วัตถุประสงค์ของการปรึกษาก็เพื่อเก็บข้อมูลต่างๆ อันจะเป็นประโยชน์ก่อนที่จะดำเนินการ วิธีนี้จึงถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน

ในประเทศฝรั่งเศส คณะกรรมการปกครอง (Commissions administratives paritaires) และคณะกรรมการเทคนิค (Comités techniques paritaires) ถือกันว่าเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของบรรดาข้าราชการที่เดียว เพราะเป็นตัวแทนของข้าราชการในความสัมพันธ์ที่ฝ่ายนี้มีกับหน่วยงาน หลักประกันเช่นว่านี้จะพบได้เช่นเดียวกันในมาตรา 94 ของกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้สหภาพต่างๆ อันเป็นตัวแทนของข้าราชการ มีส่วนเข้าร่วมในการร่างกฎเกณฑ์ที่ทั่วไปที่จะใช้บังคับแก่เจ้าพนักงานของสหพันธ์รัฐ

นอกจากกรณีดังกล่าว รัฐในยุโรปก็มีกฎหมายพิเศษอีกไม่น้อยที่บัญญัติว่าฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งใดๆ ไม่ได้จนกว่าจะได้รวบรวมความเห็นขององค์กรอันเป็นตัวแทนของผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นก่อน เช่น การเวนดินอสังหาริมทรัพย์ และเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาล หากพิจารณาได้ความว่าฝ่ายปกครองไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนนี้ การกระทำนั้นก็เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กลุ่มประเทศที่วิธีการปรึกษาหารือได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมาย ได้แก่กลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย ความเห็นต่างๆ ของตัวแทน ผู้มีส่วนได้ส่วนหนึ่งของเอกชนในเรื่องนั้นๆ และจะมีการแจ้งไปยังผู้เกี่ยวข้องเช่นเดียวกับเอกสารราชการอื่นๆ แต่ในประเทศฝรั่งเศส วิธีการปรึกษายังเป็นเรื่องที่ถือหลักว่าเป็นความลับ การปรึกษาไม่เปิดให้ประชาชนทั่วไปเข้าฟังและความเห็นต่างๆ จะไม่ได้รับการแจ้งแพร่ออกไป เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติโดยแน่ชัดหรือฝ่ายปกครองเห็นว่าเป็นประโยชน์

1.3.3 การไต่สวนทั่วไป (Enquêtes publiques)

วิธีการนี้คล้ายคลึงกับวิธีการปรึกษาหารือที่กล่าวมาจะต่างกันก็ตรงที่ว่าแทนที่จะปรึกษากับตัวแทน ฝ่ายปกครองอาจสอบถามกับผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงไม่ดำเนิน

ถึงว่ากลุ่มบุคคลผู้มีส่วนได้เสียนี้จะมีจำนวนมากน้อยเท่าไร การไต่สวนนี้นอกจากจะมีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองต้องทำแล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถริเริ่มทำได้เองด้วย เช่นในสเปน ถ้าสภาพของเรื่องนั้นๆ บังคับให้ต้องทำ หรือในอังกฤษ รัฐมนตรีมีอำนาจในหลายๆ เรื่องที่จะจัดให้มีการไต่สวนและในทางปฏิบัติก็มีการใช้อย่างแพร่หลายไม่ว่าจะเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับส่วนรวมทั้งหมดหรือเป็นเรื่องของท้องถิ่น

เราอาจจะแยกการไต่สวนออกได้เป็นแบบใหญ่ ๆ 3 แบบคือ แบบแรกเป็นแบบที่เกี่ยวกับการกระทำในทางปกครองอันมีลักษณะทั่วไป (Actes réglementaires) มีผลบังคับต่อทุกคนจะทำในรูปแบบคล้าย Referendum ถ้าโครงการนั้นได้รับการคัดค้านมาก ก็เป็นไปได้อย่างยิ่งที่ฝ่ายปกครองจะล้มเลิก ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งให้ประชาชนทราบถึงโครงการโดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษาและถึงระยะเวลา (ในสเปนต้องไม่ต่ำกว่า 20 วัน) ให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถให้ความเห็นหรือโต้แย้งไม่ว่าจะเป็นหนังสือหรือปากเปล่า ในอเมริกากฎหมายยกเว้นวิธีการไต่สวนในกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจกรรมทางทหารหรือนโยบายต่างประเทศ รวมถึงคำสั่งต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างหรือเจ้าหน้าที่งานของหน่วยงาน แบบที่สองเป็นไปในลักษณะทางการปกครองแท้ๆ ในกรณีที่จะมีคำสั่งอันอาจขัดขวางหรือกระทบกระเทือนสิทธิของประชาชนบางส่วน เช่น การเวนคืนที่ดินเพื่อสาธารณประโยชน์ หรือจัดรูปที่ดินเพื่อการระลึก (Remembrement) ส่วนแบบที่สามจะเป็นในลักษณะกึ่งพิพาท (quasi-judicial) กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะอยู่ในฐานะกลางระหว่างกลุ่มเอกชนหรือกลุ่มเอกชนกับเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจทำคำสั่ง กรณีนี้พบได้ในอเมริกาซึ่งคำสั่งทางปกครองจำนวนมากจะสั่งออกมาได้ ก็เมื่อได้มีการฟังผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแล้ว (Hearing) หรือในอังกฤษ ซึ่งวิธีการ Hearing นี้ใช้ครอบคลุมไปถึงการดำเนินงานของบริการสาธารณะต่างๆ เช่น การขนส่ง การสอน การสาธารณสุข ฯลฯ ด้วย ดังนั้น ในกรณีของอังกฤษ รัฐมนตรีที่รับผิดชอบอาจสั่งให้มีการไต่สวนได้ถ้าได้รับการร้องเรียนจากเอกชนซึ่งเสียประโยชน์จากคำสั่งของฝ่ายปกครอง

ส่วนวิธีการดำเนินการก็แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศแต่โดยหลักทั่วไปการเปิดการไต่สวนต้องมีการแจ้งความให้ชัดแจ้ง เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบ และเมื่อเสร็จสิ้นแล้ว ผู้ตรวจการจะทำรายงานแสดงความเห็นของตนในเรื่องนั้นโดยมีเอกสาร

ข้อมูลที่รวบรวมประกอบ รายงานนี้ไม่ผูกพันเจ้าหน้าที่ ๗ มีอำนาจทำคำสั่ง แต่ก็มิ
ผลในทางจิตวิทยาที่ว่าผลของการสอบถามย่อมจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างจริงจัง
และมีอิทธิพลต่อการทำคำสั่งนั้นๆ

ในระบบ Anglo-Saxon หลักประกันนี้แน่นอนว่า เช่น ในอังกฤษ รายงานจะ
ถูกส่งไปยังผู้มีส่วนได้เสีย และรัฐมนตรีไม่สามารถจะทำคำสั่งนอกเหนือไปจาก
ข้อเท็จจริงหรือความเห็นที่มีได้ปรากฏในการไต่สวน นอกจากนี้ยังต้องแสดงเหตุผล
(Motif) ในคำสั่งนั้นๆ ด้วย ถ้าผู้เกี่ยวข้องร้องขอ

1.4 การควบคุมโดยการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ และ การให้เหตุผลในคำสั่งของปกครอง

1.4.1 การควบคุมโดยการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ
หมายถึง การทำให้ประชาชนทราบถึงกิจกรรมและการกระทำในทาง
ปกครองต่างๆ ไม่ว่าจะโดยการแจ้งความ พิมพ์เผยแพร่ หรือการที่ประชาชนจะสามารถ
รับรู้ถึงข้อความในเอกสารราชการ ความเห็นของฝ่ายปกครองในเรื่องที่กระทบต่อ
สิทธิของตน ทั้งนี้ก็เพื่อให้คำว่า "ความลับทางราชการ" ตลายความศักดิ์สิทธิ์ลง
และฝ่ายปกครองต้องมีเหตุผลสามารถอธิบายถึงในแง่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแก่
ประชาชนได้ มิฉะนั้นฝ่ายปกครองจะอาศัยคำว่า "ความลับทางราชการ" มาทำให้การ
ดำเนินงานปกครองเป็นไปโดยอำเภोजิ ขาดความถูกต้อง อันเป็นต้นเหตุสำคัญของ
การใช้อำนาจในทางมิชอบและปัญหาต่อประชาชน

อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่าระบบที่ถือว่าเป็น "ความลับทางราชการ" จะฝัง
รากแน่นมานานในฝรั่งเศสเอง การพิจารณาก็จะให้เป็นความลับ และถ้ามีบุคคลที่สาม
เข้ามาร่วมด้วยก็อาจทำให้การพิจารณานั้นไม่ชอบเสียอีก นอกจากนี้โดยทั่วไปเอกชน
ไม่มีสิทธิที่จะขอทราบถึงความเห็นของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้เผยแพร่ต่อสาธารณะแม้จะ
เกี่ยวกับตนเอง จะมีกรณีที่ยินยอมก็จำกัดมาก เช่น การประชุมพิจารณาของสภาตำบล
(Conseils Municipaux) ซึ่งเป็นการเปิดและรายงานการประชุมจะติดไว้ที่หน้าประตู
ที่ทำการเทศบาล ในเยอรมันแม้จะยินยอมให้ข้าราชการมีอำนาจดุลพินิจที่จะให้เอกชน
สามารถรับรู้เอกสารที่ตนเป็นเจ้าของเรื่องอยู่ แต่ในทางปฏิบัติการจะเข้าถึงเอกสารนั้นก็
ขึ้นอยู่กับตัวข้าราชการเป็นตงๆไป จึงไม่มีหลักประกันว่าจะสามารถเข้าถึงได้แน่นอน

ในประเทศอเมริกา การเข้าถึงเอกสารราชการถือเป็นหลักทั่วไปที่เดิยวาทังนี้ ไม่ตำหนิงถึงว่าจะมีส่วนได้เสียหรือไม่ ประชาชนทุกคนมีสิทธิเสมอกัน ยกเว้นเป็นกรณี ที่เกี่ยวกับการพิทักษ์ถึงชีวิตส่วนตัวหรือผลประโยชน์สูงสุดของรัฐ กฎเกณฑ์นี้ปรากฏ อยู่ใน Federal Administrative Procedure Act มาตรา 552 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Information Act, 1967⁵ ในเรื่องนีดูเหมือนว่ากลุ่มประเทศสแกนดิเนเวียจะให้ หลักประกันที่สมบูรณ์ที่สุด รัฐธรรมนูญสวีเดนได้อนุญาตมาเกือบสองศตวรรษแล้วให้ ประชาชนทุกคนมีสิทธิเข้าถึงเอกสารที่ฝ่ายปกครองส่วนกลางหรือส่วนท้องถิ่นครอบครอง มีสิทธิขอดัดสำเนา และปัจจุบันรวมถึงเอกสารที่เป็นเทปด้วยจะมีข้อยกเว้นก็ในกรณี ที่ปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติห้ามเท่านั้น ฟินแลนด์และเดนมาร์กก็ได้รับเอาระบบนี้มา ปฏิบัติตาม

1.4.2 การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง*

สำหรับประชาชนโดยทั่วไปแล้ว หน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้เหตุผล (Motiver) ในคำสั่งของตนนั้นถือเป็นหลักประกันที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะเป็น การประกันว่าเรื่องของตนจะได้รับการพิจารณาอย่างจริงจัง และคำสั่งนั้นจะต้อง เป็นไปอย่างรอบคอบ การทำตามอำเภอใจหรือขอไปทีจะไม่เกิดขึ้นได้ง่ายๆ ในขณะ เดียวกันการให้เหตุผลนี้ก็เป็นการยกระดับการดำเนินงานของฝ่ายปกครองไปในตัว เพราะฝ่ายปกครองจะต้องใช้ความรอบคอบความสามารถในการดำเนินการอย่างเต็มที่ เนื่องจากถ้าให้เหตุผลไม่ถูกต้องหรือพิจารณาไม่ถี่ถ้วน คำสั่งนั้นอาจถูกศาลสั่งว่าไม่ ชอบด้วยกฎหมายได้ และถูกยกเลิกในที่สุด และถ้าก่อให้เกิดความเสียหาย ก็จะต้องชดใช้ ค่าเสียหายอีกด้วย

⁵Davis, K. C., Administrative Law Text, 3rd.ed. (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1972), p. 68.

*กรณีนี้จะเป็นโยบายสำหรับการควบคุมภายหลังเกิดการกระทำด้วย เนื่องจากผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายสามารถจะนำเหตุผลดังกล่าวมาเป็นฐานในการโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นได้

2. การควบคุมหลังมีการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการควบคุมแบบแก้ไข(Les Contrôles correctifs)

ไม่ว่าการควบคุมแบบป้องกันจะได้รับการจัดวางระบบที่ดีเพียงใด หากไม่มีการควบคุมแบบแก้ไขอีกขึ้นหนึ่งแล้ว สิทธิเสรีภาพของประชาชนและความถูกต้องชอบธรรมในการบริหารงานของฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจมีหลักประกันที่เพียงพอแน่นอน นอกจากนี้ในการควบคุมแบบป้องกัน ประชาชนผู้เสียหายยังไม่อาจเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้อีกด้วย ดังนั้น การควบคุมแบบแก้ไขจึงเป็นสิ่งจำเป็น และส่งเสริมให้การควบคุมแบบแรกมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เราอาจแบ่งการควบคุมแบบแก้ไขออกได้เป็นสองประเภทคือ การควบคุมภายในและการควบคุมภายนอก

2.1 การควบคุมภายใน

การควบคุมโดยสายงานบังคับบัญชาที่เหนือกว่าจัดได้ว่าเป็นรูปแบบการควบคุมภายในของฝ่ายปกครองมาแต่โบราณ และแม้ในปัจจุบันการควบคุมภายนอกจะแพร่ขยาย ไปอย่างกว้างขวาง การควบคุมภายในเองก็ยังคงเป็นประโยชน์และดำรงอยู่ควบคู่กันไป ถึงแม้จะให้ผลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่าก็ตาม ประโยชน์ที่เห็นได้ชัดอันหนึ่งก็คือการสามารถเข้าถึงได้ง่ายกว่าของประชาชน เพราะไม่มีลักษณะพิพาท แบบศาลทึงองค์กรบังคับบัญชายังสามารถควบคุมการใช้ดุลพินิจขององค์กรชั้นล่างได้อย่างสมบูรณ์ จะมียกเว้นก็ในบางประเทศ เช่น สวีเดน ที่เจ้าหน้าที่งานปกครองมีอิสระมาก ฝ่ายที่มีอำนาจเหนือจะแก้ไขคำสั่งได้ แต่ก็โดยมีคำร้องขออย่างแข็งขันจากผู้มีส่วนได้เสีย

ในประเทศฝรั่งเศส C.E. ถือว่า การควบคุมของฝ่ายมีอำนาจเหนือเป็นหลักประกันอันหนึ่งของประชาชน และเป็นเรื่องที่ตั้งอยู่ในหลักกฎหมายทั่วไป (Principes généraux du droit) ที่ C.E. ใช้อ้างเป็นหลักในการควบคุมฝ่ายปกครอง ดังนั้น รัฐมนตรีที่ได้รับคำร้องเรียนจึงมีหน้าที่ต้องพิจารณาคำร้องเรียนนั้นๆ จะอ้างว่าผู้อยู่ใต้บังคับบัญชามีอิสระในการตัดสินใจไม่ได้ ในเยอรมัน กฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา 17 บัญญัติว่า "ประชาชนแต่ละคนมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอหรือคำร้องเรียนเป็นหนังสือจะโดยส่วนตัวหรือร่วมกันต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและต่อเจ้าหน้าที่ตัวแทนของชาติ"

สิ่งสำคัญในการควบคุมภายในมี 2 ประการ คือ องค์การควบคุมและกลไกในการควบคุม

2.1.1 องค์การควบคุม การจัดระเบียบของการควบคุมภายในนั้นแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ทั้งนี้เนื่องมาจากสภาพของประเทศนั้นๆ อันได้แก่ ระดับความเป็นอิสระ (Autonomie) ของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจดำเนินการ วิธีดำเนินการและลักษณะของการควบคุมภายในเมื่อเปรียบเทียบกับภายนอก เป็นต้น

ความเข้มข้นของการควบคุมโดยฝ่ายบริหารตามสายงานบังคับบัญชาขึ้นอยู่กับโครงสร้างทางการเมืองและปกครองของประเทศ ในประเทศที่การปกครองเป็นแบบรวมอำนาจและมีสายงานบังคับบัญชามาก การตัดสินใจสุดท้ายจะอยู่กับองค์กรสูงสุดในประเทศที่มีการกระจายอำนาจมากประชาชนหรือตัวแทนได้เข้ามามีส่วนในการดำเนินการสาธารณะ การควบคุมของฝ่ายมีอำนาจเหนือก็จะถูกจำกัดไม่ว่าจะโดยชอบด้วยหรือโดยเขตงาน อย่างไรก็ตามประเทศส่วนใหญ่ในโลกจะมีลักษณะผสมของการปกครองในสองรูปแบบนี้*

*เช่น ประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวียและกลุ่ม Anglo-saxon นั้น การกระจายอำนาจเป็นไปอย่างกว้างขวาง ลักษณะของการปกครองตนเอง (self-government) เป็นมรดกของระบบเสรีนิยมที่สืบทอดมา อย่างไรก็ตามส่วนกลางก็ยังมีระดับการควบคุมองค์กรเหล่านั้น แต่การควบคุมนั้นมิใช่เป็นการควบคุมโดยใช้อำนาจตามสายงานบังคับบัญชา (pouvoirs hierarchiques) หากเป็นการควบคุมในลักษณะที่เป็นการควบคุมกำกับหรือในประเทศที่การร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารไม่มีลักษณะบังคับเช่นฝรั่งเศส ผู้เสียหายจากการกระทำทางปกครองสามารถที่จะร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารหรือต่อศาลก็ได้หรือจะทำการสองทางพร้อมๆกันก็ได้ ถ้าได้รับความพอใจจากการร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารก่อนศาลพิพากษา ก็จะถอนฟ้อง แต่ถ้าศาลพิพากษาก่อนให้เป็นที่น่าพอใจก็จะเอาคำพิพากษาไปยื่นฝ่ายบริหาร และบางประเทศถือว่าการร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารเป็นสิ่งจำเป็นนั้นถือว่าจะฟ้องศาลได้ก็เมื่อได้ดำเนินการร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารแล้ว เช่น ในเบลเยียม และอิตาลี สำหรับในประเทศไทย การร้องเรียนแบบก่อนพิพากษานี้คือ การร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากการดำเนินการของ C.E. ของฝรั่งเศสในระยะต้นซึ่งยังมีได้เป็นศาลปกครองตั้งเช่นทุกวันนี้ การควบคุมเช่นนี้เรียกว่า La justice retenue คืออำนาจตัดสินใจสุดท้ายอยู่กับผู้บริหารสูงสุดแต่การพิจารณาเตรียมเรื่องราวต่างๆดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญ

2.1.2 กลไกในการควบคุม นอกจากประเทศสวีเดนซึ่งถือหลักว่าถ้าไม่มีการร้องขออย่างชัดเจนจากผู้มีส่วนได้เสียแล้ว ฝ่ายที่มีอำนาจเหนือไม่มีอำนาจไปวินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่ง แต่ประเทศส่วนมากถือหลักว่าฝ่ายที่มีอำนาจเหนือมีอำนาจควบคุมแก้ไขคำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายที่มีอำนาจรองได้โดยที่ตนเองเห็นสมควร (contrôle d' office) แต่กระนั้นขอบข่ายของการควบคุมก็ยิ่งแตกต่างกันออกไป เช่นกลุ่มประเทศสิงคโปร์และสเปนถือว่า ฝ่ายที่มีอำนาจเหนือจะควบคุมได้เองก็ในกรณีการกระทำที่ก่อให้เกิดสิทธิ (actes créateurs de droits) แต่ฝ่ายที่มีอำนาจเหนือก็สามารถยกเลิกหรือแก้ไขได้ในกรณีคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายของอิตาลีและเขตโกสโลวาเกียหมายถึงคำสั่งที่ "ขัดกับบทบัญญัติที่ชอบ" (disposition légale) ส่วนประเทศฝรั่งเศสฝ่ายที่มีอำนาจเหนือสามารถที่จะยกเลิกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและควบคุมถึงดุลพินิจหรือความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งนั้นๆ ได้ด้วย

ในบางประเทศ การควบคุมของฝ่ายบริหารอาจเริ่มดำเนินการโดยการแทรกแซง (intervention) ขององค์กรภายนอกอื่น เช่น Ombudsman ที่สามารถขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาคำสั่งของตนใหม่ได้ หรือ Prokuratura ของรัสเซียซึ่งเป็นองค์กรอัยการ และมีหน้าที่สอดส่องดูแลการเคารพต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง ที่สามารถติดตามต่อการกระทำที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและสามารถขอให้มีการพิจารณาใหม่

2.2 การควบคุมภายนอก

การควบคุมแบบป้องกันและแก้ไขภายในที่กล่าวมาในตอนต้นไม่สามารถให้หลักประกันแก่ประชาชนได้อย่างสมบูรณ์และมีข้อจำกัดบางประการ จึงเป็นการจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมภายนอก อันเป็นกลไกอีกอันหนึ่งที่จะช่วยให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองชอบธรรมยิ่งขึ้น จากอดีตที่ผ่านมา การควบคุมภายนอกนี้ดำเนินการโดยฝ่ายปกครองเอง สถาบันควบคุมในบางประเทศนั้นสืบมาจากองค์กรทางปกครองที่ต่ออยู่พัฒนาหน้าที่ในการควบคุมและแยกออกมาจากฝ่ายบริหารผู้ปฏิบัติราชการ (L' administration active) ดังเช่นในเยอรมัน หรือในสวีเดน ในขณะเดียวกันการควบคุมภายนอก

ก็กระทำโดยองค์กรที่มีได้มีหน้าที่หลักโดยตรงในเรื่องนี้ เช่น สภาสำนักงานอัยการ (Prokuratura ของรัสเซีย) หรือศาลยุติธรรม หรือองค์กรที่ตั้งขึ้นมาพิเศษเพื่อการนี้ เช่น Ombudsman ของสวีเดน

อย่างไรก็ตามรูปแบบการควบคุมแบบแก้ไขภายนอกที่เก่าแก่และแพร่หลายที่สุดก็คือ การควบคุมทางศาล ซึ่งอาจจะเป็นโดยศาลยุติธรรมหรือศาลพิเศษก็ได้แล้ว แต่เงื่อนไขและแนวความคิดทางกฎหมายของแต่ละประเทศ ในที่นี้จะกล่าวถึงการควบคุมทางศาล ทางองค์กรพิเศษและทางการเมืองตามลำดับ

2.2.1 การควบคุมทางศาล

2.2.1.1 ขอบข่ายในการควบคุม ขอบข่ายในการควบคุมโดยทั่วไปมีอยู่ 2 แบบ คือ การควบคุมโดยศาลนี้จะใช้เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น หรือศาลมีอำนาจควบคุมกิจกรรมทางปกครองทุกประเภท เว้นแต่ประเภทที่กฎหมายบัญญัติไม่ให้ควบคุม ในกรณีแรกทฤษฎีของเยอรมันเรียกว่า Enumeration Prinzip คือกล่าวได้ว่าด้วยการแยกแยะ กล่าวคือ ผู้พิพากษามีอำนาจควบคุมตามที่กฎหมายกำหนดให้ (compétence d'attribution) ซึ่งโดยทั่วไปจะได้แก่ เรื่องความรับผิดชอบของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ สัญญาของฝ่ายปกครอง วิธีการเวนคืน ภาษีอากร การเรียกบังคับใช้กิจการหรือทรัพย์สินของเอกชน (Réquisition) การควบคุมความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำทางปกครองของประเภทที่กฎหมายกำหนดให้ ฯลฯ เช่นในสวีเดน หรือประเทศกลุ่มAnglo-Saxon นั้นใช้ระบบนี้เช่นกันแต่มีรูปแบบต่างออกไป กล่าวคือ การกระทำทางปกครองที่ศาลมีอำนาจควบคุมจะต้องเป็นการกระทำที่มีกฎหมายพิเศษกำหนดหรือสภาพของการกระทำนั้นเองมีลักษณะพิพาทหรือกึ่งพิพาท ("judicial" or "quasi-judicial") ลักษณะประการหลังนี้ได้รับการวางหลักโดยคำพิพากษาและมีแนวโน้มที่จะขยายออกไป ระบบที่ให้ศาลมีอำนาจทั่วไปในการควบคุม (compétence générale)

คือมีอำนาจอย่างกว้างเว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติจำกัดอำนาจในบางกรณี ได้แก่ ระบบของฝรั่งเศส ดังนั้น C.E. จึงสามารถควบคุมกิจกรรมทางปกครองทุกประเภทไม่ว่าผู้กระทำจะเป็นใคร (ประธานาธิบดี, นายกรัฐมนตรี ฯลฯ) สภาพของการกระทำเป็นเช่นไร (คือมีลักษณะบังคับทั่วไปหรือเฉพาะบุคคล เป็นการกระทำฝ่ายเดียวหรือสัญญา) จะมีความสำคัญแค่ไหน (การตั้งแผงขายหนังสือบนฟุตบาท หรือนโยบายทั่วไปของ

ประเทศ) ฝ่ายนิติบัญญัติของฝรั่งเศสเองก็มีด้อยเข้ามาจำกัดขอบข่ายการควบคุมของ C.E. และ แม้เข้ามาในบางเรื่อง C.E. ก็คิดว่า การกระทำที่ไม่อาจถูกฟ้องร้องได้ ย่อมไม่ยกเว้นการฟ้องร้องกรณีใช้อำนาจเกินขอบเขต (recours pour excès de pouvoir) หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำอันมีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้โดย C.E. อ้างว่าเพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป

การกระทำที่ไม่อยู่ใน การควบคุมของ C.E. คือการกระทำของรัฐบาล (actes de gouvernement)* และคำสั่งหรือหนังสือเวียนภายในที่มีลักษณะตีความ (circulaires interprétatives) และการลงโทษของทหาร

2.2.1.2 ลักษณะของศาลที่ควบคุม

ในปัจจุบัน การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลในตะวันตก อาจแยกออกได้เป็น 4 ระบบใหญ่ ๆ ด้วยกัน คือ

ก. ระบบที่ศาลยุติธรรมเป็นศาลหลัก ระบบนี้จัดว่าเป็นระบบที่ใช้กันมากที่สุด ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่กลุ่มประเทศ Anglo-Saxon และกลุ่มประเทศสังคมนิยม โดยที่แต่ละประเทศก็มีลักษณะเฉพาะแตกต่างกันออกไป จะเหมือนกันก็ตรงที่ว่า ระบบศาลยุติธรรมเป็นระบบหลัก การมีศาลพิเศษอื่นๆ ล้วนขึ้นอยู่กับระบบหลักนี้ มิได้แยกเป็นเอกเทศต่างหากอย่างไร

เนื่องจากวิธานวิธีนี้ต้องการเปรียบเทียบการควบคุมคณะกรรมการกับการควบคุมองค์กร Tribunals ของประเทศอังกฤษ ดังนั้น จึงขอกล่าวถึงระบบกฎหมาย และระบบศาลยุติธรรมของอังกฤษเพื่อประกอบการพิจารณาต่อไป ดังนี้

ระบบกฎหมายและระบบศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษ⁶

ระบบกฎหมายและระบบศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษมีประวัติศาสตร์อันยาวนาน ศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษมีวิวัฒนาการมาจากศาลหลวงในยุคศตวรรษที่ 13 และศาลชานเซอร์ในศตวรรษที่ 15 โดยในระยะแรกนั้นศาลหลวงเป็นผู้วินิจฉัยคดีโดยใช้คอมมอนลอว์ แต่ต่อมาคอมมอนลอว์ซึ่งศาลหลวงเป็นผู้ใช้ไม่อาจที่จะพัฒนาต่อไปได้

*โปรดดูรายละเอียด หน้า 152.

⁶ธีรเดช ยิวชิต, "การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลเฉพาะกิจตาม พรบ. ในประเทศอังกฤษ," หน้า 2 - 17.

เนื่องจากวิธีพิจารณาตัดสินคดีเคร่งครัดและเริ่มที่จะจำกัดมาก ทำให้ไม่สามารถที่จะให้การ
 เยียวยาความเดือดร้อนของประชาชนได้ ฉะนั้นผู้ที่ไม่ได้รับความยุติธรรมก็ต้องหา
 ทางที่จะบรรเทาความเดือดร้อนของตน โดยการทูลเกล้าถวายฎีกาต่อพระมหากษัตริย์
 โดยมี The Chancellor เป็นผู้พิจารณาและตัดสินคดีโดยอาศัยหลัก Equity of the case
 ต่อมาการพิจารณาตัดสินของ The Chancellor ได้กลายเป็นต้นกำเนิดของศาลชานเซอร์รี่
 (Chancery) ในที่สุดซึ่งศาลชานเซอร์รี่ได้กลายมาเป็นคู่แข่งชั้นของศาลคอมมอนลอว์
 ตลอดมา เนื่องจากวิธีพิจารณาความของศาลชานเซอร์รี่ไม่เคร่งครัดและเป็นไปด้วย
 ความรวดเร็ว อย่างไรก็ตามเมื่อศาลชานเซอร์รี่ซึ่งใช้หลักเอควิตีในการตัดสินคดีนาน ๆ
 เข้าวิธีพิจารณาความก็เช่นเดียวกับศาลคอมมอนลอว์ซึ่งเริ่มจะถูกจำกัดและเคร่งครัดมากขึ้น
 ไม่อาจเยียวยาความเดือดร้อนของประชาชนในทุกกรณีได้ การแข่งขันระหว่างศาลทั้งสอง
 ศาลได้มีตลอดมาเรื่อยๆ จนในท้ายที่สุดในศตวรรษที่ 19 ได้มีการรวมเอาคอมมอนลอว์
 และเอควิตีมาใช้ในศาลแห่งเดียวกัน ทั้งนี้โดย The Judicature Act 1873-1875
 ได้ยกเลิกศาลคอมมอนลอว์และชานเซอร์รี่ ผลของกฎหมายดังกล่าวทำให้อำนาจของศาล
 ดังกล่าวโอนมาอยู่ใน High Court โดยมี 5 แผนก คือ Chancery Division; Probate,
 Divorce and Admiralty Division; Queen's Bench Division; Common Pleas
 Division และ Exchequer Division และกำหนดว่าในกรณีที่คอมมอนลอว์และเอควิตี
 ขัดกันให้ถือตามหลักเอควิตี

ต่อมาโดยผลของการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1688 ทำให้รัฐสภาในฐานะเป็นผู้มีอำนาจ
 สูงสุด(The Supremacy of Parliament) โดยผลดังกล่าวทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษร
 ซึ่งรัฐสภาเป็นผู้ตราเริ่มก่อตัวเป็นกฎหมายสำคัญในระบบกฎหมายอังกฤษ และจะเห็นได้ว่า
 นับตั้งแต่การปฏิวัติอุตสาหกรรม จนถึง ค.ศ. 1911 กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะเป็นไป
 ตามความหลักเสรีนิยม(Liberalism) แต่นับตั้งแต่ ค.ศ. 1911 เป็นต้นมาแนวความคิด
 เกี่ยวกับกฎหมายของอังกฤษได้เปลี่ยนแปลงไปในลักษณะเป็นสังคมนิยม(Socialism)
 เนื่องจากอังกฤษได้หันเข้าสู่ระบบรัฐสวัสดิการ เราจึงอาจจะสรุปอย่างย่อๆ ได้ว่า แม้ใน
 ปัจจุบันอังกฤษจะได้ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ แต่หลักคอมมอนลอว์ก็ยังมี
 อิทธิพลต่อระบบกฎหมายอังกฤษอยู่เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ไม่มี
 กฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลอังกฤษก็ยังคงยึดถือหลักคอมมอนลอว์อยู่

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมในประเทศอังกฤษ อาจกล่าวได้ว่า มีอยู่ 2 ประการ คือ การพิจารณาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในเรื่องสัญญาและละเมิดซึ่งอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งเช่นเดียวกับเอกชนโดยทั่วไป และการทบทวนการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (judicial review)

1. การพิจารณาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในเรื่องสัญญาและละเมิด

ประเทศอังกฤษนั้นเป็นประเทศที่ใช้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน โดยถือหลักเอกภาพแห่งกฎหมาย กล่าวคือ ถือว่ามีหลักกฎหมายอันเดียวกันที่ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองได้เหมือนกับที่ใช้บังคับแก่เอกชน แนวความคิดดังกล่าวเรารู้จักกันดีในนามของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ซึ่งส่วนหนึ่งได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากจากแนวความคิดทฤษฎีสัญญาประชาคมของ John Locke ผู้ยอมรับความยิ่งใหญ่ของรัฐสภา (The Supremacy of Parliament) ในฐานะเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารเป็นเพียงผู้ปฏิบัติตามตัวบทกฎหมาย และฝ่ายตุลาการเป็นเพียงผู้มีหน้าที่ประยุกต์ตัวบทกฎหมายเพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น ในตอนปลายศตวรรษที่ 18 Sir William Blackstone ได้กล่าวถึงความยิ่งใหญ่ของรัฐสภา และความยิ่งใหญ่ของหลักนิติธรรมไว้ในหนังสือ Commentaries on the law of England ภายหลัง A.V. Dicey ได้อธิบายตามหมายของหลักนิติธรรมไว้ในหนังสือ Introduction to the study of the law of constitution ไว้ดังนี้

(1) ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ (absence of arbitrary power) กล่าวคือ บุคคลไม่อาจถูกลงโทษ หรือถูกบังคับตามกฎหมายให้ต้องรับโทษทางร่างกายหรือทางทรัพย์สิน เว้นแต่จะเป็นผลของการละเมิดกฎหมายอย่างแท้จริง ซึ่งได้รับการพิสูจน์ตามวิธีพิจารณาของศาลยุติธรรม

(2) บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน โดยทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกันเป็นผู้พิจารณาไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นใครก็ตาม

(equality before the law or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law court)

(3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นผลของกฎหมาย (constitution is the result of the ordinary law of the land) กล่าวคือ หลักทั่วไปแห่งรัฐธรรมนูญเป็นต้นว่า สิทธิที่จะมีเสรีภาพในร่างกาย และเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ ฯลฯ สำหรับบทอังกฤษเป็นผลของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมซึ่งชี้ขาดเกี่ยวกับสิทธิของเอกชนในคดีต่างๆ ที่ได้นำมาขึ้นศาลยุติธรรม

ก. ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในเรื่องสัญญา (Contractual liability)

ตามหลักกฎหมายของอังกฤษแต่ดั้งเดิมก่อนปี ค.ศ. 1947 นั้น การฟ้องคดีต่อราชการส่วนกลาง (The Crown) เกี่ยวกับความรับผิดชอบตามสัญญาได้นั้น จะต้องได้พระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์เสียก่อน โดยยื่นเป็น Petition of Right ผ่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เมื่อพระมหากษัตริย์เห็นว่าสมควรก็จะพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ดำเนินการได้ วิธีพิจารณาก็จะดำเนินเหมือนคดีระหว่างเอกชนต่อเอกชนโดยราชการส่วนกลางจะมี Attorney General เป็นผู้แก้ต่างแทน

ข. ความรับผิดชอบเกี่ยวกับการละเมิด (Liability in tort)

ด้วยเหตุผลเดียวกับเรื่องความรับผิดชอบเรื่องสัญญาที่ว่าพระมหากษัตริย์ไม่อาจทรงกระทำผิด ซึ่งมีได้หมายความว่าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดชอบในการกระทำใด ๆ ทั้งนั้น แต่ยังมีหมายความว่าไม่อาจที่จะเอาความผิดไปบ้ายให้แก่องค์พระมหากษัตริย์ได้ ฉะนั้นจึงไม่อาจจะฟ้องได้ว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงอนุญาตให้ผู้อื่นกระทำผิด ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจฟ้องส่วนราชการของพระมหากษัตริย์หรือ The Crown ให้รับผิดชอบหรือละเมิดได้ตามวิธีของประเทศอังกฤษดั้งเดิมก่อนปี ค.ศ. 1947 เอกชนจะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากข้าราชการผู้กระทำละเมิดให้ผู้รับผิดชอบและชดใช้ค่าเสียหายโดยตรง แต่ในทางปฏิบัติทางราชการก็จ่ายเงินของรัฐให้แก่ข้าราชการที่ต้องรับผิดชอบเพื่อนำไปชดใช้ให้แก่เอกชนผู้ได้รับความเสียหายตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมเสมอ

2. การทบทวนโดยศาลยุติธรรมเพื่อให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมาย (Judicial Review)

นอกจากศาลยุติธรรมของอังกฤษควบคุมฝ่ายปกครองในเรื่องความรับผิดชอบตาม

สัญญาและการกระทำละเมิดตามหลักคอมมอนลอว์และเอตวีตี ศาลยุติธรรมของอังกฤษ ยังมีอำนาจเข้าทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครอง (judicial review of administrative action) โดยการออกคำสั่งต่างๆ (order) บังคับแก่ฝ่ายปกครอง คำสั่งของศาลยุติธรรมที่สำคัญ คือ

ก. Mandamus เป็นคำสั่งบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งตามหน้าที่ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ที่ตนมีตามกฎหมาย

ข. Prohibition เป็นคำสั่งบังคับให้ฝ่ายปกครองงดเว้นหรือห้ามกระทำการอื่นใดอันหนึ่ง

ค. Certiorari เป็นคำสั่งให้เพิกถอนหรือแก้ไขคำสั่งอื่นใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครอง

ง. Injunction เป็นคำสั่งให้บุคคลคนหนึ่งยุติการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

จ. Declaration เป็นคำสั่งของศาลยุติธรรมเพื่อแสดงสิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างสิทธิของบุคคลสองฝ่าย

การที่ศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษสามารถเข้าทบทวนการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองได้นั้น เป็นเพราะประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายและระบบศาลยุติธรรมซึ่งมีความสัมพันธ์กับรูปแบบการปกครองส่วนท้องถิ่นของอังกฤษ ทั้งนี้โดยที่ประเทศอังกฤษมีองค์กรส่วนท้องถิ่นเป็นรากฐานของการปกครองมาตั้งแต่ดั้งเดิม เนื่องมาจากการปกครองท้องถิ่นของอังกฤษตั้งแต่โบราณกาลจนถึงปัจจุบันเป็นรูปแบบที่กระจายอำนาจมาก หน่วยการปกครองท้องถิ่นดั้งเดิมมีอยู่ด้วยกัน 3 รูปแบบ คือ County, Borough, Parish ซึ่งเป็นหน่วยการปกครองที่มีหน้าที่จัดการบริหารนิติบัญญัติและตุลาการ จนกระทั่งเมื่อได้มีการเจริญเติบโตทางการค้า การปฏิวัติอุตสาหกรรม การเพิ่มจำนวนของประชากร ทำให้หน่วยการปกครองทั้งสามเป็นองค์กรที่ไม่เหมาะสม จึงได้มีการจัดตั้งสถาบันการปกครองท้องถิ่นรูปแบบใหม่ขึ้นมาในศตวรรษที่ 18 แต่ก็ยังดงเน้นในท้องถิ่นมีความเป็นอิสระ โดยเน้นให้ท้องถิ่นจัดทำบริการตนเองและให้ท้องถิ่นเลือกปฏิบัติได้โดยส่วนกลางไม่บังคับให้ต้องกระทำ

การควบคุมองค์กร Tribunals ในประเทศอังกฤษ

Tribunals เป็นศาลพิเศษที่จัดตั้งขึ้นเพื่อวินิจฉัยคดีเฉพาะอย่างโดยใช้ผู้เชี่ยวชาญองค์กร Tribunals มีลักษณะคล้ายคลึงกับคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทในประเทศไทย ฉะนั้น จึงขอกล่าวถึงระบบการควบคุมองค์กร Tribunals โดยสังเขป ดังนี้

การควบคุม Tribunals ที่สำคัญมี 2 วิธี คือ การให้สิทธิแก่คู่ความในการอุทธรณ์ (appeal) และการทบทวนคำวินิจฉัยของ Tribunals โดยศาลยุติธรรม (Judicial Review)

1. การให้สิทธิแก่คู่ความในการอุทธรณ์ (appeal)

สิทธิของคู่ความที่จะอุทธรณ์คำวินิจฉัยของไทรบูนัลส์ (Tribunals) นั้น มีได้เฉพาะในกรณีที่มีพระราชบัญญัติกำหนดให้สิทธิไว้เท่านั้น ซึ่งนอกจากการอุทธรณ์ไปยังศาลยุติธรรมแล้ว ในบางกรณีกฎหมายอาจให้สิทธิในการอุทธรณ์ไปยัง Tribunals ในระดับที่สูงกว่า หรืออุทธรณ์ไปยังรัฐมนตรีก็ได้ และกฎหมายบางฉบับอาจจะไม่ให้สิทธิอุทธรณ์เลย

2. การทบทวนคำวินิจฉัยของ Tribunals โดยศาลยุติธรรม (Judicial Review)

ด้วยวิวัฒนาการในทางระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษทำให้ศาลยุติธรรมของอังกฤษสามารถเข้าไปทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งรวมทั้ง Tribunals ที่หลายได้เช่นเดียวกับศาลในระดับสูงควบคุมศาลชั้นต้น แต่ไม่เคร่งครัดเท่า เนื่องจากศาลจะไม่ทำตัวเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง เพียงแต่ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น และโดยที่ Tribunals ก็เป็นองค์กรของฝ่ายปกครององค์กรหนึ่ง ฉะนั้น การกล่าวถึงการทบทวนคำวินิจฉัยโดยศาลยุติธรรม จึงเป็นการใช้หลักและกฎเกณฑ์อย่างเดียวกันกับฝ่ายปกครองอื่นๆ

2.1 ความแตกต่างระหว่างการอุทธรณ์และการทบทวนโดยศาลยุติธรรม

ความแตกต่างประการแรก คือสิทธิของคู่ความที่จะอุทธรณ์ เป็นสิทธิที่มีขึ้นโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ ถ้าไม่มีพระราชบัญญัติให้สิทธิคู่ความ ก็ไม่มีสิทธิอุทธรณ์ ในทางตรงกันข้ามอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะเข้าทบทวนนั้นไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติให้อำนาจ ทั้งนี้ เพราะศาลยุติธรรมมีหน้าที่ดูแลให้ฝ่ายปกครองดำเนินการตามหลักแห่งกฎหมาย ดังนั้น การเข้าทบทวนของศาลยุติธรรมจึง

เป็นอำนาจที่เกิดจากหลักคอมมอนลอว์

ความแตกต่างประการที่สอง คือ เมื่อศาลได้รับคำอุทธรณ์แล้ว ศาลจะพิจารณาถึงความถูกต้อง (question of right or wrong) ของคำสั่งของฝ่ายปกครองหรือคำวินิจฉัยของ Tribunals ในทางตรงกันข้าม การเข้าทบทวนนั้นศาลจะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมาย (legality) ของคำสั่งหรือคำวินิจฉัย โดยพิจารณาว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (lawful or unlawful)

ประการที่สาม การพิจารณาคำอุทธรณ์ ศาลยุติธรรมจะพิจารณาคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองว่ามี ความถูกต้องหรือไม่ คือพิจารณาถึงความถูกต้องแห่งข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย (แล้วแต่กรณี) ที่ฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยไปแล้ว และเมื่อศาลยุติธรรมพิจารณาแล้วก็จะมีความตัดสินของตนในเรื่องนี้ไปเลย ไม่จำเป็นต้องเพิกถอนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยในเรื่องนั้นแล้วส่งกลับไปให้ฝ่ายปกครองทำการพิจารณาใหม่ ในทางตรงกันข้าม เมื่อศาลได้พิจารณาคำร้องของผู้ที่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือของเอกชนผู้ได้รับความเสียหายแล้ว และเห็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (illegality) เช่นกระทำไปโดยไม่มีอำนาจหรือฝ่าฝืนหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติ ฯลฯ ศาลจะเข้าไปทบทวนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเช่นว่านั้น โดยออกคำสั่ง (orders) เพื่อแก้ไขเยียวยาจะสังเกตได้ว่าศาลจะไม่ได้มีคำพิพากษาในกรณีเช่นว่านั้น (เช่นกรณีเรื่องการอุทธรณ์) ศาลเพียงแต่จะเพิกถอนหรือให้แก้ไขสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้ฝ่ายปกครองดำเนินการใหม่ ซึ่งศาลจะเป็นเพียงแต่คอยตามดูฝ่ายปกครองให้ดำเนินการเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ศาลไม่ได้ทำตัวเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง

2.2 ลักษณะของการเยียวยา (The Nature of Remedies)

ลักษณะของการเยียวยาที่ใช้กันอยู่ในประเทศอังกฤษประกอบด้วย คำสั่ง Prerogative 3 คำสั่ง คือ Certiorari, Prohibition, Mandamus และการเยียวยาโดยอติยหลักเอควิตีตี (Equitable Remedies) 2 คำสั่ง คือ Injunction, Declaration ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

2.3 มูลเหตุที่ศาลยุติธรรมจะเข้าทบทวน (The ground for review)

ก. การกระทำเกินอำนาจในทางสารบัญญัติ (Substantive Ultra Vires) เรื่องนี้เป็นมูลเหตุสำคัญที่ศาลยุติธรรมจะเข้าทบทวนการกระทำขององค์กรฝ่าย

ปกครองซึ่งก็รวมทั้ง Tribunals ต่างๆ ด้วย เนื่องจากกระทำการเกินอำนาจหน้าที่ กฎหมายกำหนดไว้ ปัญหาที่มีอยู่เสมอๆ ก็คือว่าอะไรเป็นเกณฑ์พิจารณาว่าองค์กรฝ่ายปกครองหรือแม้กระทั่งศาลยุติธรรมเองกระทำการภายในหรือนอกเหนืออำนาจของตน คำตอบในเรื่องนี้จะต้องศึกษาจากแนวคำพิพากษาที่ได้เคยมีคำวินิจฉัยเป็นแนวทาง เช่น

- หากข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งเป็นเขตอำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองขาดไป การกระทำที่องค์กรฝ่ายปกครองได้กระทำก็เป็นการกระทำเกินอำนาจและเป็นโมฆะ เช่นในคดีที่ *White and Collins V. Minister of Health* ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า

เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นมีอำนาจตามกฎหมายที่จะเวนคืนที่ดินใดๆ ที่ไม่ใช่เป็นสวนสาธารณะของเอกชน แต่เมื่อรัฐมนตรีได้ออกคำสั่งเวนคืนที่ดินซึ่งเป็นสวนสาธารณะของเอกชนตามที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นเสนอ ศาลจึงได้มีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งเวนคืนดังกล่าว เพราะเป็นการกระทำเกินอำนาจ

- การที่องค์กรฝ่ายปกครองนำเรื่องที่ไม่ถูกต้องมาสู่การพิจารณา ก็เป็นการกระทำเกินอำนาจเช่นกัน ดังนั้นเมื่อ *Rent Tribunal* ถูกร้องขอให้กำหนดค่าเช่าตามมาตรา 1 ของ *Landlord and Tenant (Rent control) Act 1949* คำสั่งของ *Rent Tribunal* ดังกล่าวถูกศาลเพิกถอนเพราะว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่าห้ามนำเอาระบบฟรีเมียวมมาใช้ในการกำหนดค่าเช่า

- กรณีที่ Tribunals ถูกจัดตั้งโดยไม่ถูกต้อง (*improperly Constituted Tribunal*) กรณีเช่นนี้เป็น การกระทำที่ไม่มีอำนาจเช่นกัน โดยองค์กรนั้นไม่ได้เป็น Tribunals เลย เช่น คดี *Wolletts V. Minister of Agriculture* ผู้นั่งพิจารณาใน *Agriculture Land Tribunals* ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ถูกต้อง จึงทำให้คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าว เป็นโมฆะ เพราะกระทำการโดยตนไม่มีอำนาจ

- การปฏิเสธว่าตนไม่มีอำนาจ (*refusal of jurisdiction*) ก็ถือว่าเป็นการกระทำเกินอำนาจเช่นกัน เพราะเป็นกรณีที่ Tribunals ปฏิเสธที่จะกระทำในสิ่งที่ถูกต้อง เช่น คดี *R. V. Paddington Rent Tribunal Exp. Milland* อนึ่ง การที่ไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องโดยถือว่าเป็นเรื่องนอกเหนืออำนาจของตนหรือปฏิเสธที่พิจารณาประเด็นต่างๆ โดยถือว่าเป็นเรื่องนอกเหนืออำนาจ ก็ถือว่าเป็นการกระทำเกินอำนาจเช่นกัน

ข. การกระทำเกินอำนาจในทางวิธีสบัญญัติ (Procedural Ultra Vires)

ตัวอย่างคดีของการที่ Tribunal กระทำการเกินอำนาจในทางวิธีสบัญญัติมีอยู่น้อยมาก ทั้งนี้เพราะในประการแรกศาลอังกฤษไม่เต็มใจที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับเรื่องในทางเทคนิคซึ่ง Tribunal มีความเชี่ยวชาญอยู่แล้ว ในประการต่อมาก็คือ Tribunal มักจะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ทำให้ข้อพิพาทยุติลงโดยเป็นที่พอใจของทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตามการกระทำเกินอำนาจในทางวิธีสบัญญัติของ Tribunal อาจเกิดได้ 2 กรณี คือ การมอบอำนาจโดยไม่ถูกต้อง (Improper delegation) และการสละอำนาจโดยไม่ถูกต้อง (Improper surrender or abdication)

ค. การละเมิดหลักความเป็นธรรมทางธรรมชาติ (Breach of the Natural Justice) สำหรับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์แล้ว หลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติ มีความหมายสองประการ คือ การฟังความสองฝ่าย (audi alteram partem "hear both sides") และ ไม่มีผู้ใดเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง (nemo iudex in causa sua potest "no one can be judge in his own cause") เริ่มแรกหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติจะใช้เฉพาะศาลยุติธรรมเท่านั้น แต่ต่อมาได้มีการขยายหลักนี้ไปใช้กับองค์กรฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่ตุลาการ (Act judicially) ด้วย

1. หลักการฟังความสองฝ่าย หลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติในแง่นี้ ก็คือ ผู้มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องฟังความสองฝ่าย โดยจะต้องเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายแถลงข้อต่อสู้ของตน และมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาตามที่จำเป็น เช่น คดี Ridge V. Baldwin ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า

โจทก์ซึ่งเป็นตำรวจในเมืองไบรท์ตัน ถูกฟ้องร้องแต่ได้พ้นข้อหาในคดีนั้นแล้ว ต่อมาโจทก์ได้ถูกสอบสวนทางวินัยอีก ซึ่งจากการสอบสวน คณะกรรมการสอบสวน ได้พิจารณาถึงความประพฤติของโจทก์โดยได้ข้อมูลมาจากหนังสือพิมพ์ หลังจากการสอบสวนสิ้นสุด โจทก์ถูกล้อออกจากราชการ โจทก์จึงอุทธรณ์คำสั่งไล่ออกต่อรัฐมนตรีมหาดไทย แต่ไม่เป็นผล ดังนั้น โจทก์จึงร้องขอต่อศาลให้ออกคำสั่งแสดงว่าคำสั่งไล่ออกไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่ได้ให้โอกาสตนในการให้การต่อคณะกรรมการสอบสวน ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า คณะกรรมการไม่ผูกพันตามหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติ แต่ House of Lords ในฐานะศาลสูงสุดได้วินิจฉัยว่า คำสั่ง

ไล่โจทก์ออกเป็นโมฆะ เพราะไม่ได้มีการปฏิบัติตามหลักฟังความสองฝ่าย กล่าวคือ ไม่เปิดโอกาสให้โจทก์ในการให้การต่อหน้าคณะกรรมการสอบสวน

อย่างไรก็ตาม สิทธิที่จะให้มีการฟังความสองฝ่ายมิได้ถูกกำหนดไว้โดยแน่นอน และองค์การฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัดเช่นศาลยุติธรรม เช่น คดี Board of Education V. Rice "คณะกรรมการการศึกษาจะต้องพิจารณาข้อพิพาท ระหว่างเจ้าของโรงเรียนและเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นด้วยความยุติธรรมและสุจริต โดยรับฟัง ดูความทั้งสองฝ่าย แต่ไม่จำเป็นต้องทำเสมือนการพิจารณาคดีจริง ๆ "

หลักฟังความสองฝ่ายรวมถึงสิทธิการที่ได้รับคำบอกกล่าวถึงคดีที่จะต้องเผชิญ เมื่อมีการพิจารณา สิทธิที่จะได้รับคำบอกกล่าวล่วงหน้าถึงเวลาและสถานที่ที่จะทำการ พิเคราะห์แต่ไม่รวมถึงการสอบถามพยานบุคคลโดยที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่อยู่ด้วยจะเป็นการ ละเมิดหลักฟังความสองฝ่าย และไม่รวมถึงสิทธิการถามค้าน เพียงแต่จะต้องเปิดโอกาส ให้ดูความทุกฝ่ายให้การหรือโต้แย้งพยานของฝ่ายตรงข้ามได้ตามสมควร เท่านั้น

2. หลักที่ว่าไม่มีผู้ใดเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง หลักดังกล่าวอาจอธิบายได้ ว่าผู้ที่ทำการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องไม่มีผลประโยชน์ในคดี หรือจะต้องปราศจาก อคติ(freedom from bias) การเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเองอาจเห็นได้ชัดในกรณี ที่มีผลประโยชน์ทางการเงิน(financial interest)เกี่ยวข้องด้วย เช่น คดี Dr. Bonham's case ในคดีนี้ แพทย์ผู้หนึ่งถูกคณะกรรมการแพทย์ปรับ เนื่องจากประกอบวิชาชีพโดยไม่ได้ รับอนุญาต ศาลวินิจฉัยว่า คณะกรรมการแพทย์เป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง เนื่องจาก ดำเนินการเข้าสู่คณะกรรมการแพทย์

อนึ่ง นอกจากเรื่องผลประโยชน์ทางการเงินแล้ว การเป็นผู้พิพากษาในคดีของ ตนเองยังอาจเกิดขึ้นได้จากการที่มีความสัมพันธ์ในทางส่วนบุคคล(personal interest) กับคู่ความในคดี

ในปัจจุบันหลักความเป็นธรรมตามธรรมชาติได้ถูกขยายออกไป โดยองค์การ ฝ่ายปกครองทุกรูปแบบไม่ว่าจะปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการ(act judicially)หรือไม่ ก็จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรม(Act "fairly") หลัก "Act fairly" นี้ ศาสตราจารย์ Garner เรียกว่า "Mini-Natural Justice"

ง. มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายปรากฏอยู่บนหน้าสำนวน(Error of Law on the face of the record) แต่เดิมนี้ศาลยุติธรรมไม่สามารถควบคุม Tribunals ได้ ปรากฏในคดีที่ Tribunals ปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบเขตอำนาจของตนไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ Tribunals พิจารณาวินิจฉัยโดยมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือในข้อเท็จจริง ฉะนั้น การควบคุมคำวินิจฉัยของ Tribunals ทำได้ประการเดียวคือโต้แย้งว่า Tribunals กระทำการโดยไม่มีอำนาจ เหตุที่เป็นดังกล่าวเพราะมีแนวความคิดที่ว่า ถ้า Tribunals มีอำนาจที่จะตัดสินคดีอย่างถูกต้อง ดังนั้นก็อาจตัดสินคดี (ภายในเขตอำนาจของตน) อย่างผิดพลาดได้เช่นกัน แนวความคิดดังกล่าวใช้สืบเนื่องมาจนถึง ค.ศ. 1951 ในคดี R. V. Northumberland Compensation Appeal Tribunals ได้วางแนววินิจฉัยว่า ศาลยุติธรรมสามารถเข้าทบทวนคำวินิจฉัยของ Tribunals ได้ แม้ Tribunals จะกระทำการภายในเขตอำนาจ แต่หาว่ามีความผิดพลาดในข้อกฎหมายปรากฏบนหน้าสำนวน

สำหรับ "สำนวน" นั้น Lord Denning กล่าวว่าสำนวน รวมถึงคำฟ้อง คำร้อง และคำวินิจฉัย และรวมถึงเหตุผลที่ Tribunals ให้ในการมีคำวินิจฉัยด้วย

ส่วน "ความผิดพลาดในข้อกฎหมาย" นั้น ศาลอังกฤษได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้เช่น การตีความกฎหมายโดยผิดพลาด การอ้างถึงข้อเท็จจริงโดยไม่มีเหตุผลสนับสนุน การยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ไม่ถูกต้อง การมีหน้าที่ให้เหตุผลแล้วไม่ให้เป็น การกำหนด ค่าชดเชยผิดพลาด ฯลฯ

จ. การใช้ดุลพินิจโดยไม่ถูกต้อง(abuse of discretion) การใช้ดุลพินิจของ Tribunals จะต้องมียกจำกัดตามกฎหมาย ซึ่งศาลยุติธรรมได้นำหลักการกระทำเกินอำนาจ(Ultra Vires)มาใช้เพื่อให้ Tribunals ใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยศาลยุติธรรมจะตั้งสมมติฐานไว้ว่า การใช้ดุลพินิจนั้นจะต้องมีเหตุผล(reasonably) สุจริต(good faith) และพิจารณาถึงเรื่องที่เกี่ยวข้อง(relevant consideration only must be taken into account)

2.4 การจำกัดการทบทวนของศาลยุติธรรม (The Exclusion of Judicial Review)

การที่ศาลยุติธรรมเข้ามาตรวจสอบทบทวนการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองมากขึ้น ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สะดวก รัฐสภาในฐานะที่มีอำนาจ

สูงสุดจึงได้ตราพระราชบัญญัติจำกัดอำนาจของศาลยุติธรรมในการเข้าทบทวนการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง ถ้อยคำที่รัฐสภาใช้ในการจำกัดการทบทวนของศาลยุติธรรมที่มีจะพบอยู่เสมอ ๆ ก็คือ ให้ดำริวินิจฉัยเป็นที่สุด (final)*

นอกจากนี้ยังมีการกระทำบางอย่างที่ศาลจะไม่เข้าไปทบทวนคือ การกระทำที่เรียกว่าการกระทำของรัฐ (acts of state) และเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะ**

ข. ระบบศาล ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ถือเป็นแบบแผนของระบบนี้อื่นเป็นระบบที่เกิดขึ้นมาจากการพัฒนาทางประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศสเอง ซึ่งเป็นระบบในการควบคุมฝ่ายปกครองที่สำคัญและเป็นแม่แบบของระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในหลายประเทศ ฉะนั้นจึงขอกล่าวถึงประวัติความเป็นมาของ Conseil d'Etat หรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสไว้เป็นข้อประกอบการพิจารณาต่อไปดังนี้

ความเป็นมา การจัดองค์กรและอำนาจหน้าที่ของสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส⁷

1. ความเป็นมาของสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส

*อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมก็พยายามที่จะตีความบทบัญญัติของกฎหมายในทางที่ตนสามารถเข้าไปทบทวนการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองได้ โดยศาลยุติธรรมเชื่อว่าหากไม่ให้ศาลเข้าไปทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองเสียเลย องค์กรฝ่ายปกครองก็จะปราศจากการควบคุม และไม่มีอะไรที่จะฉีกกั้นเอกชนจากการใช้อำนาจเกินขอบเขตขององค์กรฝ่ายปกครอง อันเป็นการขัดต่อหลักความถูกต้องแห่งกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงได้มีคำพิพากษาของศาลจำนวนมากที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติขององค์กรฝ่ายปกครองเป็นที่สุด ไม่เป็นการจำกัดอำนาจของศาลที่จะเข้าไปทบทวนโดยคำสั่ง Certiorari หรือคำสั่งอื่น ๆ Lord Denning ในคดี Re Gilmore's Application ได้กล่าวไว้ว่า คำว่า "เป็นที่สุด" หมายความว่าไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าห้ามร้องขอให้ศาลออกคำสั่ง Certiorari ไม่ได้

**โปรดดู หน้า 152 .

⁷ชาญชัย แสวงศักดิ์, "เอกสารทางวิชาการประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา 7(1) (ด) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522", สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2530, หน้า 4-31.

ในปี ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoléon Bonaparte) ได้กระทำรัฐประหารยึดอำนาจได้สำเร็จในขณะที่ยุทธศาสตร์ส่วนใหญ่เกิดความเสื่อมระอาต่อตามหน่วยราชการเมืองที่นักปฏิวัติหัวรุนแรงได้ก่อขึ้น นโปเลียน โบนาปาร์ตได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1799 ซึ่งจัดตั้งสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) ขึ้นตามแบบ "สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์" ในสมัยก่อนโดยให้มีอำนาจหน้าที่ 2 ประการ คือ (1) ร่างกฎหมายให้แก่หัวหน้าของฝ่ายบริหาร กับ (2) เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารและในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารนี้เองที่สภาแห่งรัฐได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครองแต่ไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้เอง โดยจะต้องเสนอแนะคำวินิจฉัยต่อหัวหน้าของฝ่ายบริหารให้พิจารณาสั่งการตามแต่จะเห็นสมควร นอกจากนี้ในระดับจังหวัด นโปเลียน โบนาปาร์ต ก็ได้จัดตั้ง "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด (Conseils de préfecture)" ซึ่งมีผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นประธาน ขึ้นในแต่ละจังหวัดโดยมีอำนาจหน้าที่ให้คำแนะนำต่อผู้ว่าราชการจังหวัดในด้านการปกครอง และมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองบางประเภท (ที่มีอยู่เป็นจำนวนมากแต่ไม่มีข้อยุ่งยากมากนัก) ได้เอง ส่วนข้อพิพาททางปกครองประเภทอื่นๆ ยังคงต้องให้รัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดต่อไปตามเดิม โดยคำวินิจฉัยของ "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด" และของรัฐมนตรีอาจอุทธรณ์ต่อไปยังสภาแห่งรัฐได้ จึงเท่ากับว่านโปเลียน โบนาปาร์ต ได้ตั้งหลักการแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ทางปกครองและเจ้าหน้าที่ทางตุลาการ (le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires) ไว้ตามเดิม และได้ฉีกระบบที่มีการแบ่งแยกระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผูปฏิบัติกรและองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้พิจารณาข้อพิพาทระหว่างราษฎรกับฝ่ายปกครอง ซึ่งกษัตริย์ฝรั่งเศสได้เคยใช้ช้อยู่ก่อนแล้ว ขึ้นมาใช้บังคับใหม่

ในระยะแรก (ค.ศ. 1799 - 1872) สภาแห่งรัฐเพียงแต่พิจารณาข้อพิพาททางปกครองโดยยังไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้ด้วยตนเอง แต่จะต้องเสนอแนะคำวินิจฉัยต่อหัวหน้าของฝ่ายบริหารให้เป็นผู้พิจารณาและตัดสินใจเอาเองว่าควรจะวินิจฉัยชี้ขาดตามที่สภาแห่งรัฐเสนอแนะหรือไม่ (ซึ่งระบบนี้เรียกว่า "la justice retenue") ดังนั้น ในระยะนั้น รัฐมนตรีจึงทำหน้าที่เป็น "ศาลชั้นต้น" ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองเป็นการทั่วไป โดยมีหัวหน้าของฝ่ายบริหาร (ซึ่งเปลี่ยนชื่อ

ตำแหน่งไปตามระบบการเมือง)ทำหน้าที่เป็น "ศาลสูง" แต่ในทางปฏิบัติ หัวหน้าของฝ่ายบริหารมักจะวินิจฉัยชี้ขาดตามที่สภาแห่งรัฐเสนอแนะเสมอ เพราะสภาแห่งรัฐเป็นสถาบันฝ่ายปกครองที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครองและสภาแห่งรัฐได้นำระบบวิธีพิจารณาความแบบศาลมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง และได้พัฒนาให้เหมาะสมยิ่งขึ้น กับได้มีการแบ่งส่วนราชการภายในอย่างชัดเจนระหว่างฝ่ายที่ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายปกครองและฝ่ายที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1872 หลังจากที่สภาแห่งรัฐได้พิสูจน์ให้เห็นถึงความถูกต้องและเหมาะสมของหลักกฎหมายปกครองต่างๆ ที่ตนได้เสนอแนะไว้ในคำวินิจฉัย ตลอดจนทำการพัฒนาระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เหมาะสมเป็นเวลาประมาณ 70 ปี (ค.ศ. 1799 - ค.ศ. 1872) แล้ว จึงได้มีการตรารัฐบัญญัติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 มอบหมายให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้ด้วยตนเอง (หรือที่เรียกกันว่า "la justice déléguée") สภาแห่งรัฐจึงมีฐานะเป็นศาลปกครอง โดยสมบูรณ์แบบนับตั้งแต่นั้นมา

ในปัจจุบัน สภาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่แบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ (ก) อำนาจหน้าที่ในฐานะที่ปรึกษาของรัฐบาล และ (ข) อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง

1. อำนาจหน้าที่ในฐานะที่ปรึกษาของรัฐบาล

1.1 พิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติ(ที่รัฐบาลเป็นผู้เสนอ) ต่อคณะรัฐมนตรี พระราชกำหนดที่รัฐสภาอนุมัติให้รัฐบาลตราได้ในระยะเวลาจำกัด กฎศีกษาที่กำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้ของรัฐบัญญัติและกฎศีกษาที่กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมให้แก่รัฐบัญญัติ ตลอดจนร่างกฎศีกษา ร่างกฎและร่างข้อบังคับต่างๆ ซึ่งรัฐบัญญัติแม้บทกำหนดว่าจะต้องผ่านการพิจารณาหรือได้รับความเห็นชอบของสภาแห่งรัฐแล้ว

1.2 ปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายต่อรัฐบาล

1.3 จัดทำรายงานประจำปีต่อรัฐบาลเกี่ยวกับผลงานและอุปสรรคในการปฏิบัติงานของสภาแห่งรัฐ(โดยเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐหรือปฏิบัติตามด้วยความล่าช้าผิดปกติ) ตลอดจนเสนอแนะให้มีการปรับปรุงกฎหมายหรือการปฏิรูปในด้านการศึกษา

2. อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง

ในการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาคดีปกครองนี้ สภาแห่งรัฐจึงมีฐานะเป็นศาลปกครอง ระบบศาลปกครองของฝรั่งเศสเป็นระบบศาลที่เป็นเอกเทศต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม โดยระบบศาลยุติธรรมประกอบด้วยศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา (La Cour de Cassation) ส่วนศาลปกครองมีศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา ส่วนศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง แต่การพิจารณาว่าคดีใดจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลใดนั้นในบางกรณีก็มีปัญหาพอสมควร เนื่องจากกฎหมายก็ได้ระบุหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้เป็นการตายตัว และคดีหรือข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองนั้น ในบางกรณีก็เกี่ยวข้องกับหรือใช้หลักกฎหมายเอกชนธรรมดา ๆ แต่ในบางกรณีก็ใช้หลักกฎหมายปกครองศาลปกครองจึงต้องเป็นผู้พิจารณาวางหลักเกณฑ์เสียเองว่าคดีที่มีลักษณะอย่างไร จึงจะถือว่าเป็นคดีปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง คดีใดจะเป็นคดีแพ่งและอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งในปัจจุบันพอสรุปเป็นหลักทั่วไปจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองได้ว่าศาลปกครองพิจารณาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองในคดีนั้นเกี่ยวข้องกับหรือใช้หลักกฎหมายอะไร ถ้าคดีนั้นฝ่ายปกครองหรือปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นเอกชนคนหนึ่งโดยดำเนินการตามกฎหมายเอกชน คดีนั้นก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แต่ถ้าคดีนั้นฝ่ายปกครองดำเนินการโดยใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจมหาชน (la puissance publique) เป็นพิเศษ คดีนั้นก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาคดีนี้เพราะเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายปกครอง

คดีปกครองแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

(1) คดีฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (acte administratif unilatéral) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีประเภทนี้โจทก์ขอให้ศาลพิจารณานิติกรรมทางปกครองนั้นด้วย คดีประเภทนี้เรียกว่า "le contentieux de l'annulation" หรือ "le recours pour excès de pouvoir"

(2) คดีฟ้องขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิ (le contentieux de la pleine juridiction) คดีประเภทนี้โจทก์ร้องขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิได้อย่างกว้างขวาง เช่น

ขอให้สิ่งยกเลิกหรือเพิกถอนสัญญาทางปกครองหรือการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล
ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ศาลพิพากษาให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย
ให้แก่ตน หรือขอให้ศาลพิพากษาว่าตนเป็นผู้ได้รับการเลือกตั้ง เป็นต้น

อำนาจในการพิจารณาคดีปกครองของสภาแห่งรัฐ อาจแยกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

1. อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองบางประเภทได้โดยตรงในฐานะ
ศาลชั้นต้นและศาลชั้นที่สุด (juge en premier et dernier ressort)

คดีปกครองดังกล่าวได้แก่ (ก) คำฟ้องขอให้เพิกถอนกฎศกฐิติกา(decrets)
(ข) คำฟ้องเกี่ยวกับสถานภาพรายบุคคลของข้าราชการหรือพนักงานระดับสูงที่ได้รับการ
แต่งตั้งโดยกฎศกฐิติกาของประธานาธิบดี(เช่น ข้าราชการซึ่งถูกปลดจากตำแหน่งฟ้องขอให้
รัฐจ่ายเงินเดือนให้แก่ตนตามสิทธิที่ตนควรจะได้รับ) (ค) คำฟ้องเกี่ยวกับนิติกรรมทาง
ปกครองฝ่ายเดียว (actes administratifs unilatéraux) ซึ่งมีผลใช้บังคับเกินเขต
อำนาจของศาลปกครองชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่ง (ง) คำฟ้องขอให้เพิกถอนการสั่งการ
ของรัฐมนตรีที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป(actes réglementaires des ministres)
(จ) คดีปกครองที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น (เช่น
คดีที่เกิดขึ้นในทะเลหลวงหรือในต่างประเทศ) (ฉ) คำฟ้องขอให้เพิกถอนมติหรือคำสั่งทาง
ปกครอง(décisions administratives)ของคณะกรรมการระดับชาติของสภาวิชาชีพ
ต่างๆ (เช่น มติของแพทยสภาที่ปฏิเสธไม่ยอมรับขึ้นทะเบียนแพทย์)

2. อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยขององค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อ
โต้แย้งทางปกครองซึ่งวินิจฉัยในฐานะศาลชั้นต้น (juge d' appel des décisions des
juridictions administratives statuant en premier ressort) ในกรณีที่ยกกฎหมาย
มิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในฐานะที่เป็นศาลอุทธรณ์(juge d' appel) สภาแห่งรัฐมีอำนาจพิจารณา
คดีนี้ได้เช่นเดียวกับศาลชั้นต้น คือพิจารณาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและในปัญหา
ข้อกฎหมาย ถ้าในคดีที่มีการอุทธรณ์นั้นสมมุติว่าศาลปกครองชั้นต้นยังมิได้พิพากษาใน
เนื้อหาสาระของคดีโดยพิพากษายกฟ้องเพราะเห็นว่าตนไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนี้
แต่สภาแห่งรัฐเห็นว่าศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจที่จะพิจารณาคดีนี้ได้ จึงพิพากษา
กลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น และถ้าเห็นว่าคดีนี้มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะ

พิพากษาได้เลย สภาแห่งรัฐก็สามารถพิพากษาในเนื้อหาสาระของคดีนั้นได้เลยโดยไม่ต้องส่งคดีนั้นกลับไปให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่

องค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งทางปกครองซึ่งวินิจฉัยในฐานะศาลชั้นต้น (นอกจากสภาแห่งรัฐเองตาม 1.) ได้แก่ "tribunaux administratifs" ซึ่งแต่เดิมเรียกชื่อว่า "Conseils de préfecture" และในปัจจุบันทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาคดีปกครองเป็นการทั่วไป และองค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งทางปกครองอีกบางองค์การ เช่น องค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับค่าชดเชยความเสียหายอันเกิดจากสงคราม(juridictions des dommages de guerre)

3. อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยขององค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งทางปกครองซึ่งเป็นองค์การวินิจฉัยในชั้นที่สุดโดยพิจารณาอุทธรณ์เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย (des recours en cassation dirigés contre des décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort)

ทั้งนี้ โดยมาตรา 32 ของรัฐกำหนด ลงวันที่ 31 ก.ค. 1945 ว่าด้วยสภาแห่งรัฐ คำว่า "recours en cassation" นั้นหมายถึงอุทธรณ์เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น โดยมีที่มาจากคำว่า "Cour de Cassation" อันเป็นชื่อของศาลฎีกา (ศาลสูงสุดของระบบศาลยุติธรรม) ของฝรั่งเศสซึ่งศาลฎีกาของฝรั่งเศสมีอำนาจพิจารณาแต่เพียงว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ถูกต้องในข้อกฎหมายหรือไม่ โดยไม่มีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งถือว่าเป็นอันยุติตามที่ศาลล่างได้รับฟังไว้ในกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่าคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ไม่ถูกต้องในข้อกฎหมายศาลฎีกาก็จะไม่วินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้นเสียเอง แต่จะส่งคดีนั้นไปให้ศาลอุทธรณ์อีกศาลหนึ่ง(ซึ่งมิใช่ศาลอุทธรณ์ที่พิจารณาคดีนั้นมาแล้ว) พิจารณาพิพากษาคดีนั้นใหม่ ดังนั้น คำว่า "recours en cassation" เมื่อนำมาใช้กับสภาแห่งรัฐจึงมีความหมายอย่างเดียวกันกับที่ใช้กับศาลฎีกาว่าเป็นการอุทธรณ์เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น กรณีจึงต่างกับการที่สภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นศาลอุทธรณ์(juge d' appel) พิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยขององค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งทางปกครองซึ่งวินิจฉัยในฐานะศาลชั้นต้นตาม 2. เพราะคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวยังไม่เป็นที่สุดและสภาแห่งรัฐยังสามารถพิจารณาบทวนได้ใหม่ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและในปัญหาข้อกฎหมาย

นับตั้งแต่สภาแห่งรัฐได้ยอมรับพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยขององค์การวินิจฉัยชี้ขาดพิเศษในข้อกฎหมายในปี ค.ศ. 1829 เป็นต้นมา สภาแห่งรัฐถือปฏิบัติมาโดยตลอดว่าการอุทธรณ์ดังกล่าวต่อสภาแห่งรัฐอาจกระทำได้เสมอ ถึงแม้ว่าจะไม่มีตัวบทกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าวได้ก็ตาม และแม้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าคำวินิจฉัยขององค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งทางปกครองใด "เป็นที่สุด" หรือ "ไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้แล้ว" สภาแห่งรัฐก็ยังถือว่าการที่กฎหมายเพียงแต่ใช้ถ้อยคำดังกล่าวนั้น มิได้หมายความว่ากฎหมายมุ่งหมายที่จะห้ามการอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายต่อสภาแห่งรัฐ

ในสมัยก่อนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นยุคของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม รัฐจึงจำกัดบทบาทของตนเองเฉพาะในเรื่องที่ไม่สมควรให้เอกชนดำเนินการเอง เช่น การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ การต่างประเทศ และการยุติธรรม เป็นต้น ส่วนเรื่องอื่นๆ โดยเฉพาะในเรื่องเศรษฐกิจและการดำเนิน จะต้องปล่อยให้เป็นเรื่องของเอกชน รัฐจะเข้ามาแทรกแซงไม่ได้แต่นับตั้งแต่ตอนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา แนวความคิดทางการเมืองและเศรษฐกิจเริ่มเปลี่ยนแปลงไปโดยยอมรับกันว่ารัฐจำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทในด้านเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้น โดยเฉพาะภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา รัฐจำเป็นต้องเข้ามาฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ เป็นเหตุให้รัฐต้องเข้ามาควบคุมดูแลกิจการต่างๆ มากยิ่งขึ้น ซึ่งรัฐจำเป็นต้องอาศัยองค์การหรือสถาบันที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือเฉพาะสาขามากขึ้น จึงได้มีการจัดตั้งองค์การหรือสถาบันต่างๆ ในรูปของคณะกรรมการเฉพาะกิจหรือเฉพาะเรื่องมากขึ้นทุกทีๆ โดยคณะกรรมการดังกล่าวบางคณะก็มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหรือแนะนำต่อฝ่ายปกครองบางคณะก็ปฏิบัติหน้าที่ทางปกครองเสียเอง แต่บางคณะก็ปฏิบัติหน้าที่ในด้านวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนซึ่งเกิดปัญหาขึ้นว่าจะทราบกันได้อย่างไรว่าคณะกรรมการดังกล่าวเป็นเพียงคณะกรรมการทางปกครอง (commissions administratives) หรือเป็นองค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง (jurisdiction) ซึ่งจะมีผลสำคัญในกรณีที่เอกชนผู้เกี่ยวข้องซึ่งไม่พอใจในคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวต้องการจะโต้แย้งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้น จะต้องกระทำโดยวิธีการร้องขอต่อศาลปกครองขึ้นต้นให้เพิกถอนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นในฐานะที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือจะต้องอุทธรณ์คำวินิจฉัยนั้นเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายต่อสภาแห่งรัฐ ซึ่งวิธีพิจารณาคำพิพากษาในกรณีทั้งสองนี้ก็ยังมีข้อแตกต่างกันอยู่

การที่กฎหมายระบุว่าคำวินิจฉัยที่อาจอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายต่อสภาแห่งรัฐได้นั้นจะต้องเป็นคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งทางปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่วินิจฉัยในชั้นที่สุด(juridictions administratives en dernier ressort) นั้นเป็นไปตามเงื่อนไขในการฟ้องคดีที่ว่าคดีที่จะขอให้สภาแห่งรัฐพิจารณาได้นั้นจะต้องเป็นคดีที่ได้ผ่านการพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดตามลำดับชั้นมาแล้ว กล่าวคือในกรณีที่มีการจัดระบบการพิจารณาคดีปกครองประเภทนี้ไว้ว่าจะต้องขอให้องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดชั้นต้นวินิจฉัยเสียก่อน หากองค์กรดังกล่าววินิจฉัยแล้ว คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยังไม่พอใจ ก็อาจอุทธรณ์ต่อองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดที่อยู่เหนือขึ้นไปได้อีกหนึ่งหรือสองชั้น ในกรณีเช่นว่านี้ องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดชั้นต้นย่อมไม่ใช่องค์กรที่วินิจฉัยในชั้นที่สุดและคำวินิจฉัยของอุทธรณ์ดังกล่าวย่อมไม่สามารถอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายต่อสภาแห่งรัฐได้โดยตรง แต่จะต้องอุทธรณ์ต่อองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดที่อยู่เหนือขึ้นไปตามลำดับชั้นเสียก่อน

ด. ระบบที่เขตอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ อิตาลีและเบลเยียมซึ่งเป็นระบบที่ศาลปกครองมิได้เป็นศาลอิสระแยกออกจากศาลยุติธรรม

ง. ระบบที่ศาลปกครองเป็นศาลพิเศษอิสระ

ระบบนี้คือระบบของประเทศเยอรมัน ซึ่งอำนาจศาลปกครองและอำนาจศาลยุติธรรมอยู่ในกระบวนการยุติธรรมอันเดียวกัน โดยมีการแบ่งแยกโครงสร้างของแต่ละเขตอำนาจ (jurisdiction) อย่างเด็ดขาด

กฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับปัจจุบัน มาตรา 19 วรรค 4 บัญญัติว่า "บุคคลใดต้องเสียหายในสิทธิของตนจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ย่อมสามารถดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรม การฟ้องคดีถึงศาลธรรมดาโดยยอมทำได้เสมอ ถ้าไม่อยู่ในอำนาจศาลอื่น." และในหมวดที่ 9 ก็เป็นการกล่าวถึงการจัดองค์กร(organisation) ของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งค่อนข้างซับซ้อน แต่โดยสรุปแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ระบบศาลของเยอรมันมิใช่ระบบศาลเดี่ยวที่มีขอบอำนาจทั่วไปเช่นระบบของประเทศ Anglo-Saxon หรือของไทย แต่ก็มีใช้ระบบที่แยกออกเป็นศาลปกครองซึ่งขึ้นอยู่กับฝ่ายบริหารกับศาลยุติธรรมเช่นของฝรั่งเศส หากเป็นระบบที่มีศาลพิเศษหลายศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะของตนรวมอยู่ในกระบวนการยุติธรรมอันเดียวกัน

นอกเหนือจากศาลรัฐธรรมนูญของสหรัฐ และของแต่ละรัฐแล้ว เยอรมันมี ศาลพิเศษด้วยทั้งหมด 5 ศาล (ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลสังคม ศาลภาษี) แต่ละศาลมีลำดับชั้นเฉพาะของตนไป นั่นคือ ในแต่ละรัฐจะมีศาล 2 ระดับ คือ ระดับชั้นต้น และระดับที่สูงขึ้นมา (ยกเว้นศาลภาษีอากรซึ่งมีระดับเดียว) และจะมี ศาลสูงสุดของสหพันธ์ในแต่ละสาขาของศาลอีกชั้นหนึ่ง

โดยทั่วไปศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา ส่วน คดีแรงงานจะตกแก่ศาลแรงงาน จึงอาจกล่าวได้ว่า ในส่วนกฎหมายเอกชนนั้น ศาล ยุติธรรมเป็นศาลทั่วไป ศาลแรงงานเป็นศาลเฉพาะ สำหรับทางด้านกฎหมายมหาชน ศาลปกครองเป็นศาลทั่วไป และมีศาลเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องการประกันสังคม คือ ศาลสังคม และศาลภาษีในเรื่องคดีเกี่ยวกับภาษีอากร

ศาลที่กล่าวมาทั้งหมดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีไปตามสัดส่วนและเรื่อง และสามารถวินิจฉัยถึงความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ เช่น ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอันเกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ ดำเนินตามกฎหมายเอกชนเช่นในเรื่องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และสัญญา หรือเรื่องความ เสียหายอันเกิดจากความรับผิดชอบของรัฐหรือศาลแรงงานมีอำนาจพิจารณาพิพากษา คดีเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ใช่ข้าราชการเป็นต้น ส่วนศาลภาษีพิจารณาคดี เกี่ยวกับระบบภาษีทั่วไป ศาลสังคมพิจารณาคดีเกี่ยวกับการประกันสังคมการช่วยเหลือ ครอบครัวย การอนุเคราะห์ผู้ประสบภัยสงคราม ฯลฯ

ดังนั้น เมื่อว่าไปแล้วการกำหนดอำนาจของศาลปกครองจึงไม่ง่ายนัก โดย หลักเป็นคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนอันมิได้มีลักษณะทางรัฐธรรมนูญอย่างแข็งชัดหรือ มิได้อยู่ในอำนาจของศาลเฉพาะศาลอื่น เช่น ศาลสังคม ศาลภาษี ตำรากฎหมาย (doctrine) และแนวคำพิพากษาได้พยายามชี้ลักษณะของกฎหมายมหาชน ซึ่งหมาย ความถึงเป็นการผสมระหว่างความหมายของคำว่าอำนาจสาธารณะ และบริการ สาธารณะอันเป็นความหมายหลัก(notion) เช่นเดียวกับของฝรั่งเศส กล่าวคือจะเป็น เรื่องของกฎหมายมหาชน ถ้าเป็นการกระทำซึ่งเกิดจากความสัมพันธ์อันไม่เท่าเทียม ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน นั่นคือ ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดได้ฝ่ายเดียว

อำนาจนี้เรียกว่า อำนาจสาธารณะ หรือ ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับสาธารณประโยชน์ ซึ่ง เป็นหลักของบริการสาธารณะ แม้ว่าในกรณีนี้ ฝ่ายปกครองและเอกชนจะมีความ สัมพันธ์เท่าเทียมกันก็ตามจะเห็นว่าการกำหนดข้างต้นก็มีความถึงการกระทำทาง ปกครองส่วนใหญ่ แต่ก็มีปัญหาในบางเรื่องที่เกี่ยวข้องถึงกฎหมายมหาชนและเอกชน อันเป็นปัญหาของฝรั่งเศส เช่น กรณีเวนคืนทรัพย์สิน การเวนคืนเป็นเรื่องกฎหมายมหาชน แต่การประเมินค่าเสียหายเป็นเรื่องกฎหมายเอกชน

หากจะกล่าวโดยย่อแล้ว ศาลปกครองเยอรมันมิได้ประกอบด้วยผู้พิพากษา ที่เป็นทั้งฝ่ายปกครองและศาลในตัวเองเช่นของฝรั่งเศส หรือเป็นผู้พิพากษาธรรมดาเช่น ในระบบ Anglo-Saxon หากเป็นผู้พิพากษาอาชีพในสาขาอื่น และมีได้ทำหน้าที่ร่าง กฎหมายหรือให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายบริหาร ศาลในทุกสาขามีอำนาจกำหนดเขตอำนาจ ของตนเอง ไม่มีกระบวนการวิธี(Procedure) ว่าด้วยการระงับความขัดแย้งระหว่างกันหรือ ว่าด้วยการส่งประเด็นส่วนที่อยู่ในอำนาจศาลใดศาลหนึ่งไปให้ศาลนั้นพิจารณาก่อนมี คำพิพากษาในคดี อันเป็นการชี้ให้เห็นถึงว่า ระบบการยุติธรรมของเยอรมันนั้นอันหนึ่ง อันเดียวมิได้แยกจากกัน หากเป็นลักษณะแบ่งงานและเพื่อการดำเนินการเฉพาะเรื่อง

อย่างไรก็ตาม ศาลทุกศาลจะต้องนำกฎหมายที่อันเดียวกันมาปรับ และเพื่อ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันก็กฎหมายรัฐธรรมนูญ (ม. 95 วรรค 3) ได้กำหนดว่า "เพื่อ สร้างไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพของคำพิพากษา ให้มีองค์คณะร่วมของทุกศาลที่กล่าวถึง ในวรรคหนึ่ง ..." ในปี 1968 ได้มีการตั้งองค์คณะร่วม(Gemeinsamer Senat) ขึ้นอีกคือ เป็นเสมือนศาลสูงของศาลสูงของสหพันธ์ ประกอบด้วยตัวแทนจากศาลสูงของสหพันธ์ ประกอบด้วยตัวแทนจากศาลสูงสหพันธ์ฯ ทั้ง 5 เพื่อทำหน้าที่ควบคุมเอกภาพของคำ พิพากษาของศาลทั้งหมดดังกล่าวทั้งในเนื้อหาของกฎหมายและในเรื่องเขตอำนาจ

2.2.2 การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ

ในปัจจุบัน นอกจากการขยายบทบาทการควบคุมของผู้พิพากษาแล้ว ยังมี การควบคุมโดยสถาบันพิเศษที่แยกต่างหากจากฝ่ายปกครองแท้ (L' ADMINISTRATION ACTIVE) และการควบคุมของสถาบันเหล่านี้ก็มีใช้ทั้งการควบคุมแบบศาล หรือทาง การเมือง สถาบันหลักอันเป็นที่รู้จักดี คือ Ombudsman ของสวีเดน และ Prokuratura ของรัสเซีย

การควบคุมคณะกรรมการในทางปกครองตามพระราชบัญญัติในประเทศไทย

การควบคุมคณะกรรมการในทางปกครองอาจพิจารณาตามแนวทางของระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยสากลดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนี้

1. การควบคุมก่อนมีการกระทำ

1.1 การควบคุมโดยองค์กร

1.1.1 องค์กรให้ความเห็นชอบ

ในกรณีที่คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติมีอำนาจกระทำการใด ๆ ในเรื่องที่ถูกกฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องที่สำคัญ กฎหมายมักจะกำหนดให้คณะกรรมการนั้นจะต้องขอความเห็นชอบจากบางองค์กรเสียก่อน องค์กรที่ให้ความเห็นชอบอาจเป็นได้ทั้งบุคคลคนเดียว หรือโดยคณะบุคคล ดังนี้

1.1.1.1 โดยบุคคลคนเดียว

บุคคลที่เป็นผู้ควบคุมให้ความเห็นชอบการดำเนินงานของคณะกรรมการ ที่สำคัญจะได้แก่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนั้น ๆ เช่น กรณีอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ดำเนินการตามมาตรา 19(9) คือการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการให้เกษตรกรและสถาบันเกษตรกรในเขตปฏิรูปที่ดินกู้ยืมจาก ส.ป.ก. ตลอดจนเงื่อนไขในการกู้ยืมดังกล่าว จะต้องกระทำโดยได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี ซึ่งในกรณีดังกล่าวก็คือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ร่วมกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย⁸

1.1.1.2 โดยคณะบุคคล

คณะบุคคลที่ทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบแก่การดำเนินงานของคณะกรรมการมี 2 ระดับ คือระดับคณะรัฐมนตรี และระดับคณะกรรมการในทางปกครองด้วยตนเองซึ่งมักจะได้แก่คณะกรรมการในระดับที่สูงกว่าคณะกรรมการในพรบ. นั้น ๆ เอง กรณีที่การดำเนินงานของคณะกรรมการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีมักจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เช่น อาจกระทบต่อสิทธิบางประการของเอกชน เช่น ตัวอย่างกรณีที่คณะกรรมการนโยบายขนส่งทางบกจะกำหนดในเรื่องการห้ามรับจด

⁸มาตรา 19(9) แห่ง พรบ. การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518.

ทะเบียนรถเป็นครั้งแรกตามความจำเป็นเพื่อให้คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบก ปฏิบัติ ตามอำนาจในมาตรา 14(5) แห่งกฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบก นั้น จะต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อน เป็นต้น⁹ หรือสำหรับกรณีที่มีการดำเนินงานของคณะกรรมการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการในระดับที่สูงกว่า ก็เช่น การดำเนินงานของคณะกรรมการขนส่งทางบกประจำจังหวัด ตามมาตรา 20(1) - (4) ในเรื่อง การกำหนดเส้นทาง จำนวนผู้ประกอบการขนส่ง หรืออัตราค่าขนส่งสำหรับการขนส่งภายใน เขตจังหวัด ฯลฯ จะต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางก่อน จึงจะใช้บังคับได้ เป็นต้น¹⁰

1.1.2 องค์การที่ปรึกษา

โดยทั่วไปแล้วองค์การที่ให้คำปรึกษาหาหรือสำหรับฝ่ายปกครอง ในประเทศไทยมี 2 ลักษณะ คือ องค์การที่ปรึกษาตามที่กำหนดในกฎหมายนั้น ๆ เอง และ องค์การที่ปรึกษาตามกฎหมายพิเศษ แต่อย่างไรก็ดี กรณีคณะกรรมการนี้ไม่ปรากฏลักษณะ การปรึกษาหาหรือตามกฎหมาย ส่วนใหญ่จะเป็นการขอคำปรึกษาหาหรือโดยความสมัครใจ ซึ่งองค์การที่ปรึกษาตามกฎหมายพิเศษ ที่สำคัญ ได้แก่ การปรึกษาตามพระราชบัญญัติ คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 การปรึกษาตามพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 โดยจะพิจารณาตามลำดับ ดังนี้

ก. การปรึกษาตาม พรบ. คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

ซึ่งได้แก่การขอคำปรึกษาจากคณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการร่างกฎหมาย) และโดยที่ การให้คำปรึกษาของคณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการร่างกฎหมาย) ดังกล่าว เนื่องจาก ได้มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดวางระเบียบในเรื่องนี้ไว้ว่า เมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ คำปรึกษาไปแล้วอย่างไร โดยปกติให้เป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา นั้น¹¹ จึงเห็นได้ว่าองค์การดังกล่าวมีบทบาทในทางการบริหารราชการในประเทศไทย องค์การหนึ่ง

⁹มาตรา 14(5) แห่ง พรบ. การขนส่งทางบก พ.ศ. 2522.

¹⁰มาตรา 20 วรรดท้าย, เรื่องเดียวกัน.

¹¹หนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ น.11310/2482 ลงวันที่ 2 มีนาคม 2482

งานให้ความเห็นข้อหาหรือกฎหมายดังกล่าวเป็นไปตาม มาตรา 7(1) (ข) แห่ง พรบ. คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 โดยกำหนดให้กรรมการร่างกฎหมายมีหน้าที่ รับผิดชอบให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ หรือตามคำสั่ง ของนายกรัฐมนตรี หรือมติของคณะรัฐมนตรี ดังนั้น เมื่อกระทรวงทบวงกรมใดมีข้อสงสัย ในปัญหากฎหมาย จะเป็นโดยเกี่ยวกับวงหน้าที่ของกระทรวงทบวงกรมนั้นๆ โดยเฉพาะ หรือเกี่ยวกับวงหน้าที่ของกระทรวงทบวงกรมอื่นซึ่งไม่เป็นที่ตกลงกันได้ กระทรวงทบวง กรมนั้นก็อาจส่งปัญหาในทางกฎหมายนั้นไปเพื่อขอให้คณะกรรมการร่างกฎหมายพิจารณา ให้ความเห็น ทั้งนี้ การหาข้อปัญหาข้อกฎหมายของกระทรวงทบวงกรมต้องเป็นไปตาม ระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับผิดชอบให้ความเห็นทางกฎหมายของ กรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2522

บุคคลที่มีสิทธิหาข้อปัญหาข้อกฎหมายต่อกรรมการร่างกฎหมาย ได้แก่ (1) คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี (2) กระทรวง ทบวง กรม (3) รัฐวิสาหกิจ (4) คณะ กรรมการซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง โดยผ่านทางกระทรวง ทบวง กรม ที่มีหน้าที่รับผิดชอบในงานธุรการของคณะกรรมการนั้นๆ (5) ผู้ว่าราชการจังหวัด เฉพาะ ปัญหาตามกฎหมายที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีหน้าที่ต้องปฏิบัติหรือรับผิดชอบ (6) คณะผู้ บริหารท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่นหรือประธานสภาท้องถิ่นเฉพาะปัญหาตามกฎหมายที่คณะ ผู้บริหารท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่นหรือประธานสภาท้องถิ่นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติหรือรับผิดชอบ (7) ผู้ซึ่งคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรให้ขอความเห็นทางกฎหมายเป็นการ เฉพาะราย

ข. การปรึกษาตามพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498

การให้คำปรึกษาหรือการตอบข้อหาหรือของกรมอัยการเป็นไปตาม มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 ซึ่งบัญญัติว่า "ให้มีพนักงาน อัยการไว้เป็นนายแผ่นดินประจำศาลยุติธรรมชั้นต้นทุกศาล"

การตอบข้อหาหรือทางกฎหมายซึ่งเป็นงานที่สำคัญยิ่งของการปฏิบัติหน้าที่ใน สฐานะ "ทนายแผ่นดิน" และในแต่ละปีมีกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ (ซึ่งก็รวมถึงองค์กร คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ด้วย) ทำเรื่องหาหรือทางกฎหมายไปยังกรม อัยการเป็นจำนวนมาก

สำหรับความเห็นของกรมอัยการนั้น แม้มิได้มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามก็ตาม หากแต่ในทางปฏิบัติ กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ ที่ทำเรื่องหรือไป ได้ให้ความเชื่อถืออย่างสูงต่อการตอบข้อหารือของกรมอัยการ และนำไปเป็นหลักปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวด้วย

จะเห็นได้ว่าแม้ว่าการปรึกษาหารือในลักษณะที่ได้กล่าวมาแล้ว ทั้ง 2 องค์การข้างต้น จะไม่ผูกมัดให้ฝ่ายปกครองต้องขอคำปรึกษาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติองค์การคณะกรรมการใดที่มีข้อสงสัยในทางข้อกฎหมาย ซึ่งส่วนใหญ่จะได้แก่ขอบอำนาจหน้าที่ของ ตันมิกจะขอคำปรึกษาจากองค์การดังกล่าวก่อนเสมอ ซึ่งจะมีผลให้การกระทำที่จะกระทำลงโดยคณะกรรมการดังกล่าวได้รับการพิจารณาโดยรอบคอบว่าสามารถกระทำได้หรือไม่ ฯลฯ จึงถือได้ว่าเป็นการควบคุมก่อนเกิดการกระทำอีกทางหนึ่ง

1.2 การควบคุมโดยการกำหนดหลักวิธีพิจารณา

การควบคุมโดยการกำหนดหลักวิธีพิจารณาสำหรับก่อนมีการกระทำของคณะกรรมการในประเทศไทย อาจแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1.2.1 การปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

ในกรณีดังกล่าวนี้ คณะกรรมการจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนในการพิจารณาต่าง ๆ ตามที่กฎหมายฉบับที่จัดตั้งคณะกรรมการนั้นกำหนด ซึ่งจะเป็นการกลั่นกรองการกระทำของคณะกรรมการให้รอบคอบขึ้น และการปฏิบัติตามขั้นตอนดังกล่าวถือเป็นความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองที่คณะกรรมการนั้นได้กระทำลงประการหนึ่ง ตัวอย่างการกำหนดขั้นตอนการดำเนินงานโดยพรบ. นั้นเอง ก็เช่น กรณีการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารผังเมืองส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 54 ตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง เกี่ยวกับการพิจารณาให้มีการรื้อ ย้าย หรือตัดแปลงอาคาร โดยกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการฯ ดังกล่าวพิจารณาเหตุผลและรายละเอียดแสดงการรื้อ ย้าย ฯลฯ และเมื่อคณะกรรมการฯ พิจารณาเสร็จแล้วและสั่งประการใด ให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการมีหนังสือถึงเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารที่เกี่ยวข้องให้ทราบถึงคำสั่งดังกล่าวเป็นเวลาน้อยกว่าหกสิบวันก่อนวันที่จะมีการดำเนินการดังกล่าว เป็นต้น¹²

¹²มาตรา 55 แห่ง พรบ. การผังเมือง พ.ศ. 2518.

1.2.2 การกำหนดระเบียบแบบแผนที่ดีในการปฏิบัติราชการของ ฝ่ายปกครอง

แม้ว่าในประเทศไทยจะมีได้มีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของฝ่ายปกครองในรูปของประมวลกฎหมายลักษณะอักษรซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการที่สำคัญในอันที่จะควบคุมการวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองก่อนที่จะได้มีการกระทำใด ๆ ออกมาเช่นในประเทศเยอรมันหรือสหรัฐอเมริกาก็ตาม แต่ก็ได้นำต้นตอของระบบดังกล่าว และพยายามที่จะพัฒนาให้เกิดหลักกฎหมายดังกล่าวขึ้นในประเทศไทย ทั้งโดยระบบบริหารเองและวงการวิชาการ ทั้งนี้ โดยมีตามเห็นแยกเป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางแรกนี้เห็นว่าการจะกำหนดหลักการของกระบวนการวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองนั้นอาจกระทำได้ในรูปของประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการตามรูปแบบของกฎหมายต่างประเทศซึ่งประสบความสำเร็จในการใช้กฎหมายดังกล่าว เพื่อเป็นการควบคุมป้องกันการกระทำที่ผิดพลาดของฝ่ายปกครองและเพื่อเป็นการลดความกดดันสำหรับปัญหาข้อโต้แย้งในเรื่องการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย¹³ และส่วนแนวทางที่สองนี้เห็นด้วยกับการที่จะต้องมีการดำเนินการดังกล่าวขึ้นเช่นกัน หากแต่มีความเห็นว่าในกรณีของประเทศไทยนั้นฝ่ายปกครองเองยังขาดความเข้าใจในหลักกฎหมายปกครองอย่างถ่องแท้ หากมีการกำหนดกระบวนการทั้งหมดไว้อาจทำให้ฝ่ายปกครองเกิดความลังเลในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จึงเห็นควรให้มีการพัฒนาความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองให้มากขึ้น โดยในขณะเดียวกันก็ได้มีกลไกของฝ่ายปกครองในการจะสร้างกระบวนการดังกล่าวขึ้นใช้เป็นเรื่อง ๆ ไป ตามความจำเป็นจนครบตามลำดับ¹⁴

ในที่นี้ ผู้ศึกษาจะขอเสนอถึงแนวทางในการพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวที่ได้กระทำอยู่ในทางการบริหารราชการ ดังนี้

¹³ สมยศ เชื้อไทย, "ปัญหาทางทฤษฎีในการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการ" วารสารนิติศาสตร์ 15, 4 (ธ.ค. 2528) :141-155.

¹⁴ อมร จันทรสุมบุรณ์, คำบรรยายในการฝึกอบรมหลักสูตร"หลักกฎหมายปกครองเบื้องต้น" ณ ห้องประชุมใหญ่ สตท. วันที่ 5-7 กุมภาพันธ์ 2529.

การกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการที่ดีโดยทั่วไป

เนื่องจากองค์การคณะกรรมการกฤษฎีกา (โดยเฉพาะคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่สามารถรับทราบปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยผ่านระบบการร้องทุกข์) และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในฐานะที่เป็นหน่วยงานบริหารของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งทำหน้าที่วิเคราะห์เหตุแห่งการร้องทุกข์ เป็นองค์การซึ่งใกล้ชิดกับปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง และตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้กำหนดกลไกในการสร้างกระบวนการควบคุมการวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง (ซึ่งก็รวมถึงองค์การคณะกรรมการด้วย) โดยผ่านองค์การทั้งสอง ดังนี้

ก. การเสนอวางระเบียบปฏิบัติราชการโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ โดยอำนาจตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติว่า "ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ โดยที่ประชุมใหญ่ มีอำนาจเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติวางระเบียบปฏิบัติราชการ ดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดวิธีการและวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนออกคำสั่ง คำอนุญาต คำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาดตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติ
- (2) กำหนดให้คำสั่ง คำอนุญาต คำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลหรือที่มีความสำคัญในการปฏิบัติราชการ ต้องมีข้อความและเหตุผลตามสมควรในการสนับสนุนการออกคำสั่ง คำอนุญาต คำวินิจฉัยหรือคำชี้ขาดนั้น
- (3) กำหนดให้กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือคำสั่งใดที่มีลักษณะบังคับเป็นการทั่วไปต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อนมีผลใช้บังคับ

ในการเสนอแนะดังกล่าว ให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ดำเนินการ ประสิทธิภาพของการปฏิบัติราชการ ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานให้แก่รัฐ ในการดำเนินการบริการสาธารณะอันเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม สิทธิและหน้าที่ของเอกชนที่เกี่ยวข้องกับราชการและความเข้าใจอันดีระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานให้แก่รัฐ"

ข. การเสนอวางระเบียบปฏิบัติราชการโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยมติของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2523¹⁵ ที่กำหนดว่า "ในกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยความเห็นในเรื่องใดที่มีลักษณะเป็นระเบียบปฏิบัติราชการทั่วไป หรือจะมีผลเป็นแนวบรรทัดฐานในการปฏิบัติราชการ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอาจขอให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรีนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาวินิจฉัยสั่งการเป็นมติเพื่อถือเป็นแนวปฏิบัติราชการต่อไปได้"

สำหรับในทางปฏิบัติได้มีการเสนอขอให้คณะรัฐมนตรีมีมติเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ เช่น การขอให้คณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยเกี่ยวกับวินัยต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย(โดยเฉพาะคือให้รับฟังข้อชี้แจงของผู้ถูกกล่าวหา)¹⁶ เป็นต้น

1.3 การควบคุมโดยการให้ประชาชนมีส่วนร่วม

ในประเทศไทย ได้กำหนดกรณีที่ให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานของคณะกรรมการ ดังนี้

1.3.1 วิธีการโต้แย้งคัดค้าน

วิธีการโต้แย้งคัดค้านเป็นขั้นตอนที่สำคัญสำหรับคณะกรรมการที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยกฎหมายจะกำหนดให้คู่ความในข้อพิพาทมีสิทธิมาชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาต่าง ๆ ได้ เช่น ในกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมวิชาชีพ หรือระเบียบข้าราชการต่าง ๆ เมื่อคณะกรรมการตามกฎหมายดังกล่าวกระทำการในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาเรื่องจริยธรรมในอาชีพ หรือวินัยข้าราชการ¹⁷

¹⁵ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ สร. 0203/32370 ลงวันที่ 24 ธันวาคม 2523.

¹⁶ โปรดดูเชิงอรรถ 10 และ 11 ในบทที่ 4.

¹⁷ เช่น ตามมาตรา 38 วรรคสอง แห่ง พรบ. วิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 บัญญัติให้ผู้ถูกกล่าวหาหรือถูกกล่าวโทษมีสิทธิทำคำชี้แจงหรือนำพยานหลักฐานใดๆ มาให้อุทธรณ์การสอบสวน เป็นต้น

1.3.2 วิธีการปรึกษาหารือ

กรณีการปรึกษาหารือกับเอกชนนั้น กฎหมายมักมิได้บัญญัติบังคับไว้โดยตรงเหมือนกับกรณีปรึกษาหารือกับองค์กรของฝ่ายปกครองเอง แต่จะให้เป็นผู้ลงมติของคณะกรรมการ เช่น จะบัญญัติว่า "คณะกรรมการ.... หรือสำนักงาน.... อาจเชิญบุคคลหนึ่งบุคคลใดมาให้ความเห็น คำอธิบาย ความเห็น หรือคำแนะนำได้ตามที่เห็นสมควร" เป็นต้น¹⁸

1.3.2 วิธีการสอบสวนหาข้อเท็จจริงและการไต่สวนทั่วไป

โดยปกติกฎหมายมักให้อำนาจคณะกรรมการในการสอบสวนหาข้อเท็จจริงได้เองในลักษณะเดียวกับการขอตัวปรึกษาตั้งที่กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ เพื่อเป็นข้อประกอบการวินิจฉัยสั่งการ

แต่อย่างไรก็ดี ในลักษณะที่เป็นการไต่สวนทั่วไปนั้น จะพบเฉพาะในกฎหมายบางลักษณะเท่านั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับคณะกรรมการนั้น ได้แก่ กฎหมายการผังเมือง ต่อก่อนที่คณะกรรมการผังเมืองจะให้ความเห็นชอบในการวางผังเมือง จะต้องมีการไต่สวนหาข้อเท็จจริง การจัดทำให้มีการโฆษณาให้ประชาชนทราบ แล้วจัดการประชุมไม่น้อยกว่า 2 ครั้ง เพื่อรับฟังข้อคิดเห็นของประชาชนในท้องที่ที่จะมีการวางผังเมืองนั้น¹⁹

1.4 การควบคุมโดยการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ และการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

1.4.1 การให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ

หลักการนี้ในส่วนของคณะกรรมการได้แก่ การที่กำหนดให้การออกระเบียบหรือข้อบังคับต่าง ๆ ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือปิดประกาศไว้ ณ ท้องที่ที่เกี่ยวข้องนั้น

โดยทั่วไป การประกาศสำหรับการออกกฎ(rule-making) มีความหมายแยก

¹⁸ เช่น อำนาจของคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ หรือสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ ตามมาตรา 12 แห่ง พรบ. คณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2521.

¹⁹ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 19.

เป็นสองนัย คือ โดยนัยแรก การประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ (condition of validity) ถ้ายังไม่กระทำก็ยังไม่ส่งผลในทางกฎหมาย และอีกนัยหนึ่ง การประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นเพียงเรื่องที่ต้องกระทำในที่สุดเพื่อการแพร่หลายของกฎหมาย (rule of publicity) การไม่ประกาศไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ แต่จะใช้บังคับกับผู้ที่ไม่รู้ตามความเป็นจริงไม่ได้²⁰ ทั้งนี้แล้วแต่รายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนด

1.4.2 การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง

การบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องแสดงเหตุผลในการวินิจฉัยสั่งการ ของตนเป็นการผูกมัดให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่เป็นไปตามอำเภอใจได้ง่าย

กรณีที่กฎหมายบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องแสดงเหตุผล หากฝ่ายปกครองไม่ได้ ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว มีความเห็นว่า คำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย²¹

2. การควบคุมภายหลังมีการกระทำของคณะกรรมการ

2.1 การควบคุมภายใน

2.1.1 การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ

การควบคุมภายในภายหลังมีการกระทำของฝ่ายปกครองตามที่ กฎหมายกำหนดในกรณีของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ การที่กฎหมาย บัญญัติให้ผู้ที่ได้รับผลจากการกระทำดังกล่าวสามารถอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของ คณะกรรมการต่อองค์กรที่สูงกว่าได้ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

2.1.1.1 โดยการอุทธรณ์ไปยังรัฐมนตรีซึ่งปฏิบัติราชการตาม พระราชบัญญัตินั้น ๆ ซึ่งส่วนมากจะเป็นการอุทธรณ์การกระทำในทางปกครองของคณะ กรรมการในลักษณะเดียวกันกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นบุคคลคนเดียว เช่น

²⁰ชัยวิชิต วังศ์วิเศษตานต์, "บทบรรณาธิการ" วารสารกฎหมายปกครอง 6 (เมษายน 2530) : 5.

²¹ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "คำวินิจฉัยที่ 3/2529 กรณีนางปราณี จาตกาหนท์ ขอดำเนินการเป็นธรรมกรณีไม่ได้รับการเลื่อนขั้นเงินเดือน" และข้อสังเกตของ เลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกาในกรณีดังกล่าว.

การออกใบอนุญาต หรือการสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตของคณะกรรมการควบคุมการบำบัดโรตสิตัว ตามมาตรา 13 หรือมาตรา 25 ซึ่งผู้ขออนุญาตสามารถจะอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวไปยังรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายดังกล่าวได้²²

2.1.1.2 โดยการอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติอื่น ๆ เช่น การอุทธรณ์คำสั่งให้หรือ ย้าย หรือตัดแปลงอาคารของคณะกรรมการบริหารผังเมืองส่วนท้องถิ่น ที่กระทำการตามมาตรา 55 แห่งกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง ซึ่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารผู้ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวสามารถอุทธรณ์คำสั่งนั้นต่อคณะกรรมการอุทธรณ์ตามกฎหมายดังกล่าวได้²³

2.1.2 การร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา

พ.ศ. 2522

การร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นการควบคุมภายในโดยองค์กรตามกฎหมายพิเศษ ซึ่งมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไป โดยกฎหมายดังกล่าวเปิดโอกาสให้ผู้ที่ได้รับความสะดวกหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อื่นเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ สามารถร้องทุกข์ได้ต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์) ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว โดยมาตรา 7(2) บัญญัติให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ และพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นในปัญหาข้อกฎหมาย ตามที่จะได้มีพระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้²⁴

²² มาตรา 27 แห่ง พรบ. ควบคุมการบำบัดโรตสิตัว พ.ศ. 2505.

²³ มาตรา 70 แห่ง พรบ. การผังเมือง พ.ศ. 2518.

²⁴ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 7 บัญญัติว่า

"คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

สำหรับกรณีการร้องทุกข์อื่นเกิดจากการกระทำของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินี้ ในปัจจุบันมีข้อพิจารณาแยกออกเป็น 2 แนวทาง โดยแนวทางหนึ่ง²⁵ เห็นว่าการจะร้องทุกข์เกี่ยวกับการกระทำของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ นั้น ในปัจจุบันยังไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากกรณีถือเป็นอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 7(2)(ค) ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ฉะนั้น เมื่อยังมีได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากระบู่ให้มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้ จึงยังไม่อาจร้องทุกข์ในเรื่องดังกล่าวได้ ส่วนอีกแนวทางหนึ่ง²⁶ นั้นเห็นว่า กรณีตามมาตรา 7(2)(ค) นั้น หมายความว่าเฉพาะคณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเท่านั้น หากคณะกรรมการกระทำการในลักษณะอื่นที่มีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว ก็หน้าที่จะร้องทุกข์ได้ตามมาตรา 7(2)(ก) ในลักษณะเดียวกับการร้องทุกข์ต่อการกระทำของฝ่ายปกครองอื่น ๆ

แนวคิดต่อปัญหาดังกล่าว อาจศึกษาได้จากกรณีเรื่องร้องทุกข์ต่อการกระทำของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ได้ดังนี้ คือ

บริษัทจีเรวิตรไต้ยส์ตีฟ จำกัด โดยนายสมพงษ์ เชิญวิริยะกุล กรรมการผู้จัดการ ได้มีหนังสือลงวันที่ 21 มกราคม 2529 และวันที่ 29 มกราคม 2529 ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์สรุปได้ว่า ผู้ร้องทุกข์เป็นบริษัทได้รับอนุญาตจากกระทรวงอุตสาหกรรมให้ตั้งโรงงานผลิตสีย้อมผ้าที่ตำบลท่าทราย อำเภอเมืองสมุทรสาคร จังหวัดสมุทรสาคร ต่อมาเมื่อวันที่ 14 กันยายน 2527 ผู้ร้องทุกข์ได้ยื่นคำขอให้ได้รับ

(ต่อเชิงอรรถ 24 หน้า 136)

(ก) วินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

(๓) พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นในปัญหาข้อกฎหมาย ตามที่จะได้มีพระราชกฤษฎีกากระบู่ให้มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้

²⁵ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา,

²⁶ ความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา,

การส่งเสริมการลงทุนในกิจการผลิตสีสำหรับย้อมและพิมพ์ต่อคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนตามคำขอรับการส่งเสริมเลขที่ 288/2527 คณะอนุกรรมการบริหารการส่งเสริมการลงทุนได้พิจารณาแล้ว มีมติไม่อนุมัติให้การส่งเสริมแก่โครงการของผู้ร้องทุกข์ เนื่องจากเห็นว่ากำลังการผลิตสีสำหรับย้อมและพิมพ์ประเภท Reactive dyes, Direct dyes และ Acid dyes มีเพียงพอแก่ความต้องการภายในประเทศแล้ว

ผู้ร้องทุกข์เห็นว่าการพิจารณาของคณะกรรมการดังกล่าวไม่เป็นธรรมแก่ผู้ร้องทุกข์ เพราะเหตุที่ผู้ร้องทุกข์ทราบว่า เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2527 บริษัทไทยอิมปีก้าเคมีคัลส์ จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในกิจการประเภทนี้ อยู่ก่อนแล้ว ได้ยื่นขอเปลี่ยนแปลงกำลังการผลิตสีประเภท Reactive dyes และสีประเภท Direct dyes เพิ่มขึ้น ซึ่งสีดังกล่าวเป็นสีประเภทเดียวกับที่ผู้ร้องทุกข์ยื่นขอรับการส่งเสริมไปแล้ว ทั้งนี้เพื่อที่จะสกัดกั้นผู้ร้องทุกข์มิให้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนโดยถือว่ากำลังการผลิตสีสำหรับย้อมและพิมพ์ประเภทดังกล่าว เป็นการเพียงพอแก่ความต้องการภายในประเทศแล้ว เมื่อสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้อนุญาตให้บริษัทไทยอิมปีก้าเคมีคัลส์ จำกัด เปลี่ยนแปลงปริมาณการผลิตได้แล้ว คณะอนุกรรมการบริหารการส่งเสริมการลงทุนจึงได้ปฏิเสธการอนุมัติให้ผู้ร้องทุกข์ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ทั้ง ๆ ที่ความเป็นจริงปริมาณและกำลังการผลิตสีย้อมผ้าในประเทศยังคงไม่เพียงพอแก่ความต้องการภายในประเทศ และบริษัทไทยอิมปีก้าเคมีคัลส์ จำกัด ก็ทำการผลิตไม่ได้ตามจำนวนที่ขออนุญาตเปลี่ยนแปลงไว้ นอกจากนี้ คำสั่งไม่อนุมัติของคณะกรรมการดังกล่าวยังไม่เป็นการส่งเสริมและสนับสนุนนโยบายของรัฐบาลในการส่งเสริมการค้าออกยังต่างประเทศอีกด้วย

ต่อมาในวันที่ 3 กันยายน 2528 ผู้ร้องทุกข์ได้อุทธรณ์คำสั่งไม่อนุมัติดังกล่าว แต่คณะกรรมการพิจารณาค้นกรองการอุทธรณ์โดยได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้พิจารณาแล้ว มีมติให้ยกอุทธรณ์ของผู้ร้องทุกข์เสีย ด้วยเหตุผลเดียวกับที่คณะกรรมการบริหารการส่งเสริมการลงทุนได้เคยให้ไว้ ผู้ร้องทุกข์จึงร้องทุกข์ขอให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณาให้ความเป็นธรรมโดยนำเสนอต่อ พลเอก นายกรัฐมนตรี สั่งการให้บริษัทของผู้ร้องทุกข์ได้รับการส่งเสริมการลงทุนต่อไป

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (คณะที่ 3) ได้พิจารณาตำร้องทุกข์นี้แล้วมีมติไม่รับเรื่องร้องทุกข์นี้ไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่า เป็นเป็นการอุทธรณ์ตำวินิจฉัยของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น แต่ขณะนี้ยังมีได้มีพระราชกฤษฎีการะบุให้มีการอุทธรณ์ตำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้ตามมาตรา 7(2) (ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงไม่มีอำนาจพิจารณาเรื่องร้องทุกข์นี้ได้²⁷

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาตำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นี้แล้ว มีข้อสังเกตเมื่อประกอบการพิจารณาสั่งการของนายกรัฐมนตรีว่า เห็นควรสั่ง"ยกตำร้องทุกข์" (มิใช่"ไม่รับตำร้องทุกข์"นี้ไว้พิจารณาตามนัยของมาตรา 7 (2) (ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ ตามตำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์)

แม้ว่าการสั่ง"ยกตำร้องทุกข์"หรือ"ไม่รับไว้พิจารณา" จะมีผลต่อผู้ร้องทุกข์ รายนี้ในลักษณะเดียวกันก็ตาม แต่"เหตุผล"ของการสั่งยกตำร้องทุกข์จะแตกต่างกับการสั่งไม่รับตำร้องทุกข์ และจะเป็นประโยชน์แก่การศึกษาวิเคราะห์และพัฒนา"หลักกฎหมายปกครอง"สำหรับพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนในกระบวนการวินิจฉัยคดีปกครองต่อไป โดยมีเหตุผลเกี่ยวกับลักษณะ (nature) ของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนในการใช้อำนาจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเพื่อส่งเสริมการลงทุนคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะใช้อำนาจใน 2 ระยะ คือในขั้นแรก คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะมีมติ (acte administrative) เพื่อให้สิทธิและประโยชน์แก่ผู้ที่ขอรับการส่งเสริมการลงทุนก่อน แต่มติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่กำหนดให้บุคคลใด บุคคลหนึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุน(ตามที่บุคคลนั้นได้ขอไว้)นั้น จะยังไม่มียผลเป็นการ

²⁷ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "ตำวินิจฉัยที่ 26/2529 เรื่องบริษัทจิเรเวีตร ไต้ยส์ตีฟ จำกัด โดยนายสมพงษ์ เชิญวิริยะกุล กรรมการผู้จัดการร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมกรณีไม่ได้รับอนุมัติให้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในกิจการผลิตสีย้อมและพิมพ์", 12 มีนาคม 2529.

ผู้มีอำนาจหรือกรรมการส่งเสริมการลงทุน ทั้งนี้ จนกว่าจะได้มีการออกบัตรส่งเสริมและผู้ขอรับ การส่งเสริมการลงทุนได้ยอมรับ (consentement - consent) บัตรส่งเสริมตลอดจน ยอมรับข้อผูกพันในการปฏิบัติตามกฎหมายข้อบังคับและเงื่อนไขอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการ ส่งเสริมการลงทุนนั้น แล้ว จะเห็นได้ว่ามติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเป็นการ ลังการ(ภายใน)ของฝ่ายบริหารที่ให้สิทธิและประโยชน์ในการส่งเสริมการลงทุนแก่เอกชน (decision individuelle) และจะมีผลเมื่อเอกชนได้ยอมรับ(consentement) การ ส่งเสริมการลงทุนของทางราชการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายและข้อบังคับฯ นั้น แล้ว ฉะนั้น ความผูกพันระหว่างฝ่ายปกครอง(คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน)กับเอกชน จึงจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง(contrat administratif) เลขาธิการฯ จึงมีความ เห็นว่า การร้องทุกข์เกี่ยวกับมติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเป็น "การร้องทุกข์ ชี้นัด" ต่อนิติกรรมทางปกครองมิใช่เป็นการร้องทุกข์ใน "ระดับอุทธรณ์" ตามความหมาย ของมาตรา 7 (2) (ค) และนอกจากนั้นคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนก็มีใช้เป็น "คณะ กรรมการ" ประเภทที่กฎหมายได้บัญญัติจัดตั้งขึ้นไว้สำหรับพิจารณา "โต้แย้งสิทธิโดยต้อง ทำการชี้ขาดในรูปแบบของ "ตำรวจฉัย" โดยมี "วิธีพิจารณาความ" ตามที่กฎหมายกำหนด (acte juridictionnel) ด้วย การร้องทุกข์ต่อมติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน จึงไม่ต้องห้ามตามมาตรา 7 (2)(ค)

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องขอบเขตการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวนี้ เลขาธิการฯ เห็นว่า คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์(สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง) ไม่ควร จะตรวจสอบ"ปัญหาข้อเท็จจริง" ที่เป็นอำนาจหน้าที่ทางเทคนิคโดยเฉพาะของคณะกรรมการ ส่งเสริมการลงทุน แต่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ก็มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบในประเด็น ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการที่ดี (ซึ่งเป็นหลักกฎหมาย ปกครอง)ใน "การทำงาน" ของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ เช่น ทำการตรวจสอบว่า ในการพิจารณาของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่มีมติให้การส่งเสริมการลงทุนแก่ เอกชนรายใดรายหนึ่งไป นั้น คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้เปิดโอกาสให้ผู้ขอรับการ ส่งเสริมรายอื่น มีโอกาสในการเสนอเรื่องของตนได้โดยเสมอภาคกันหรือไม่ หรือทำการ ตรวจสอบว่า ในการพิจารณาของคณะอนุกรรมการพิจารณากลับการอุทธรณ์ (ของ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน) คณะอนุกรรมการฯ ได้เปิด "โอกาส" ให้ผู้อุทธรณ์ชี้แจงความ

เห็นของถนนพร้อมด้วยเหตุผลตามสมควรแล้วหรือไม่ ฯลฯ เป็นต้น ในการตรวจสอบเช่นนี้ ถ้าหากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า ในการทำงานของคณะกรรมการส่งเสริม การลงทุน (รวมทั้งของคณะกรรมการหรือของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน) มีข้อบกพร่องไม่ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ(หลักกฎหมายปกครอง) หรือมีข้อผิดพลาดเป็นการใช้อำนาจ(abuse of power) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ก็อาจ วินิจฉัยและเสนอข้อคิดเห็นเพื่อให้นายกรัฐมนตรี(ในฐานะหัวหน้ารัฐบาล)สั่งการตาม กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อกถอนมติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ฯลฯ ได้²⁸

ต่อมา สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา แจ้งว่า รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีสั่งและปฏิบัติราชการแทนนายกรัฐมนตรีได้พิจารณาเรื่องนี้แล้ว มีความเห็นว่า ประเด็นข้อกฎหมายที่ว่าคณะกรรมการ ส่งเสริมการลงทุนเป็น "คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น" ตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 หรือไม่ เป็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่จะดำเนินการต่อไปในอนาคต จึงขอให้ ส่งเรื่องให้คณะกรรมการร่างกฎหมายวินิจฉัยปัญหาใหม่เบื้องต้นเสียก่อน อนึ่ง มีข้อ สงสัยว่า ตามข้อสังเกตของเลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ว่า ถ้าคณะกรรมการ ส่งเสริมการลงทุนดำเนินการไม่ถูกต้องตามระเบียบแบบแผนแล้วคณะกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์ก็มีอำนาจพิจารณาได้(ถ้าคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมิใช่คณะกรรมการ ตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522) นั้น กรณี ดังกล่าวเป็นปัญหาข้อกฎหมายตามความหมายของมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติ คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 หรือไม่

ในการเสนอปัญหาดังกล่าวให้กรรมการร่างกฎหมายพิจารณา สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอบันทึกความเห็นเจ้าหน้าที่ของสำนักงานฯ เพื่อประกอบ การพิจารณาเรื่องนี้โดยมีความเห็นโดยนัยเดียวกับความเห็นของเลขานุการ²⁹

²⁸ ข้อสังเกตของเลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องเดียวกัน.

²⁹ บันทึกความเห็นเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องเดียวกัน.

คณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) ได้พิจารณาปัญหา ดังกล่าวประกอบกับบันทึกความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้นแล้ว มีความเห็นเป็นสองฝ่าย โดยกรรมการฯ ฝ่ายข้างมากเห็นว่าคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เนื่องจากมิได้มีข้อความใดในบทบัญญัตินี้หรือในบทบัญญัติอื่นใดของพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ ที่จะแสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นที่กล่าวถึงในมาตรา 7(2) (ค) นี้มุ่งหมายเฉพาะคณะกรรมการที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งสิทธิระหว่างเอกชนกับฝ่ายบริหาร โดยไม่ประสงค์จะบังคับถึงคณะกรรมการอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ เช่นว่านี้หน้าแต่อย่างใด ฉะนั้น การที่จะแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายให้แตกต่างกันเป็นกรณีดังกล่าวนี้ จึงเป็นความเข้าใจนอกเหนือจาก ก้อยดำที่กฎหมายบัญญัติไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้กรณีตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัตินี้ จึงย่อมมีความหมายแต่เพียงว่า หากมีการร้องทุกข์เกี่ยวกับการมีตัววินิจฉัยในเรื่องใด ๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นแล้ว คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับเรื่องร้องทุกข์นั้นได้แต่เฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย และต้องมีพระราชกฤษฎีการะบุให้กระทำได้แล้วเท่านั้น และสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ไม่ว่าจะเป็นกรณีการกำหนดประเภทหรือขนาดของกิจการที่จะให้การส่งเสริมการลงทุน หรือกรณีการพิจารณาว่าสมควรจะให้การส่งเสริมแก่โครงการลงทุนของผู้ขอรับการส่งเสริมหรือไม่ นั้น ย่อมเห็นได้ว่าการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะต้องพิจารณาและมีมติวินิจฉัยไปในทางหนึ่งทางใด ฉะนั้น การร้องทุกข์เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจึงเท่ากับว่า เป็นการอุทธรณ์ตัววินิจฉัยของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นตามความหมายของมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ โดยตรง

ส่วนกรรมการฯ ฝ่ายข้างน้อยเห็นว่า การมีมติให้การส่งเสริมการลงทุนแก่โครงการใดของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเป็นเพียงการปฏิบัติหน้าที่ในทางบริหารทั่วไป โดยมีใช้เป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทในฐานะเป็นองค์กลาง ฉะนั้น การร้องทุกข์ของ

บริษัทจิเรเวิตรไต้ยส์ตีฟ จำกัด จึงไม่อยู่ในความหมายของมาตรา 7(2)(ด) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 แต่อย่างใด โดยคณะกรรมการฝ่ายข้างน้อยให้เหตุผลว่าการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการฯ นั้นไม่ว่าจะเป็นการกำหนดนโยบายการออกคำสั่ง หรือ การอนุญาตต่างก็มีลักษณะเป็นคำสั่งในทางบริหารเช่นเดียวกับการดำเนินการของอธิบดีทุกประการ โดยเหตุนี้ จึงต้องถือว่าคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเป็นองค์การตามกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ในทางบริหารโดยเฉพาะ ดังนั้นหากปรากฏว่าการบริหารงานของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด เช่น การมีมติไม่อนุมัติโครงการของผู้ขอรับการส่งเสริมรายใด กรณีจึงไม่แตกต่างไปจากการมีคำสั่งของอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการอื่นที่ไม่อนุญาตให้แก่เอกชนในการดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามกฎหมาย ฉะนั้นผู้ที่ได้รับความเสียหายในกรณีเช่นว่านั้นจึงย่อมมีสิทธินำเรื่องมาร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามมาตรา 7(2)(ก) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ เพราะเป็นการร้องทุกข์เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองตามปกติ ซึ่งหากถือว่ามาตรา 7(2)(ก) มีใช้บังคับสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐของกระทรวง ทบวง กรม เท่านั้น โดยไม่รวมถึงคณะกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่ในทางบริหารอย่างเดียวกันแล้ว ผลจะกลายเป็นว่า ในการที่อธิบดีมีคำสั่งไม่อนุญาตให้แก่ผู้ใด ผู้ที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมสามารถได้รับการแก้ไขเยียวยาจากรัฐโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้ แต่ในขณะเดียวกันหากคณะกรรมการเป็นผู้มีมติไม่ออกใบอนุญาตซึ่งผลในทางกฎหมายไม่แตกต่างจากอธิบดีผู้ที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมกลับไม่อาจได้รับการเยียวยาแก้ไขจากรัฐได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่น่าจะไม่ถูกต้องในระบบการบริหารราชการแผ่นดิน

โดยที่กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6 ได้มีความเห็นแตกต่างกันในสาระสำคัญของเลขาธิการจึงได้จัดให้มีการประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายเพื่อพิจารณาปัญหาในเรื่องนี้ ตามนัยข้อ 14(3) แห่งระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยการประชุมของกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2522 คณะกรรมการกฤษฎีกา(ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย)ได้พิจารณาปัญหานี้แล้วมีมติเห็นพ้องกับกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6 ฝ่ายข้างมากกว่าว่าการโต้แย้งมติของคณะกรรมการดังกล่าวที่วินิจฉัยไม่ให้การส่งเสริมการลงทุนแก่บริษัทฯ เป็นการอุทธรณ์ดำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น

ตามนัยมาตรา 7(2)(ค) และในปัจจุบันก็ยังไม่มีการออกฎษฎีการะบุให้มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้ และกรณีมาตรา 7(2)(ก) นั้นเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่จะวินิจฉัยเรื่องที่มีการร้องทุกข์การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นรายตัวบุคคลเท่านั้น³⁰

ในปัจจุบันในทางปฏิบัติ ยังคงถือตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (ทั้งกรรมการร่างกฎหมายและกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์) ดังเช่น ตัวอย่างเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับคณะกรรมการตามกฎหมายอื่น ๆ เช่นคณะกรรมการข้าราชการต่าง ๆ³¹ หรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ตามประมวลรัษฎากร ซึ่งในกรณีดังกล่าวทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นเองด้วยว่า ไม่สามารถร้องทุกข์ได้เนื่องจากเป็นการร้องทุกข์ในกรณีที่คณะกรรมการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

แต่อย่างไรก็ดีหากคณะกรรมการได้ทำหน้าที่ในลักษณะอื่นอื่นไม่อาจปรับเข้าได้กับอำนาจตามมาตรา 7(2)(ค) ดังกล่าว สำนักงานฯ ก็มักจะเสนอความเห็นแย้งโดยข้อสังเกตของเลขาธิการฯ ไว้เสมอ³²

³⁰ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย, "บันทึก เรื่อง คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเป็น" คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น"ตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 หรือไม่ (กรณี บริษัทจีเรวิตร ใต้ยัสตีฟ จำกัด โดยนายสมพงษ์ เชญวิริยะกุล กรรมการผู้จัดการ ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมกรณีไม่ได้รับอนุมัติให้ได้รับการลงทุนในกิจการผลิตสีย้อมและพิมพ์)", พฤษภาคม 2530.

³¹โดยผู้สั่งการในชั้นที่สุด คือ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลได้วินิจฉัยเห็นชอบด้วยกับคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังแนวทางที่ได้วางไว้ในกรณีร้องทุกข์ของนายแถมเวท เวทยะเวทิน เมื่อวันที่ 24 ธันวาคม 2524

³²ดังเช่นกรณีที่คณะกรรมการทำหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลต่อบุคคลภายนอกดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนข้างต้น หรือ กรณีที่คณะกรรมการทำหน้าที่ที่ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เพียงแต่เป็น "ขั้นตอนภายใน" เช่น การร้องทุกข์ต่อมติของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติที่ให้นำ

จะเห็นได้ว่า ความเห็นของสำนักงานฯ นั้น เดินตามแนวคิดในการแยกลักษณะอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการของฝรั่งเศส ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว เนื่องจากทำให้สามารถเข้าใจลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองได้อย่างเป็นระบบ ซึ่งจะนำไปเป็นพื้นฐานในการจัดองค์กรและการควบคุมคณะกรรมการ ในกรณีที่กระทำการในแต่ละลักษณะได้อย่างเหมาะสม

2.2 การควบคุมภายนอก

2.2.1 การควบคุมโดยศาลยุติธรรม³³

จากการที่ได้แบ่งกฎหมายปกครองออกได้เป็น 2 ระบบ ระบบที่หนึ่งคือ ระบบที่มีศาลปกครอง อันได้แก่ของฝรั่งเศสและประเทศต่างๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ส่วนอีกระบบหนึ่งคือ ระบบที่ไม่มีศาลปกครองแต่ใช้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยคดีปกครองอันได้แก่ของประเทศฝ่ายคอมมิวนิสต์ถึงกระนั้น สาระสำคัญของทั้งสองระบบก็มีสิ่งร่วมกันอยู่หลายอย่าง อย่างหนึ่งคือ ลักษณะของการวินิจฉัยคดีปกครองของศาล ก็คือว่าการวินิจฉัยคดีปกครองมิใช่เป็นเรื่องฝ่ายปกครองกับเอกชนเกิดโต้แย้งกันแล้วให้ศาลในฐานะตนกลางชี้ขาดหรือชำระข้อพิพาทนั้น แต่การให้ศาลวินิจฉัยคดีปกครองนั้นเป็นมาตรการในการควบคุมฝ่ายปกครองอย่างหนึ่งเท่านั้น โดยให้

(ต่อเชิงอรรถ 32 หน้า 144)

(หรือไม่ให้หน้า) ที่ดินแปลงใดมาจัดสรรให้แก่ราษฎรหรือไม่ นั้น เลขานุการฯ มีความเห็นว่ามติดังกล่าวเป็นขั้นตอนภายในของกระบวนการตัดสินใจของรัฐที่จะนำที่ดินของรัฐมาจัดสรรให้แก่ราษฎรเท่านั้น มิได้มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ที่จะก่อให้เกิด "สิทธิ" แก่ราษฎรคนหนึ่งคนใดหรือหลายคนโดยเฉพาะเจาะจง อันจะนำมาฟ้องทุกข์ได้ เป็นต้น (ข้อสังเกตเลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบดำริวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 13/2529).

³³พิจารณาตามเต้าโตตรงของวิชัย วิวิธเสรี, "อำนาจศาลในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง", เอกสารประกอบการฝึกอบรมนิติกรสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หลักสูตรกฎหมายปกครอง : สารบัญญัติ ณ ห้องประชุมใหญ่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันที่ 26-27 สิงหาคม 2530.

ศาลในฐานะองค์กรที่สูงกว่าเป็นผู้ควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองต่างๆ ให้ปฏิบัติตามกฎหมาย และมีให้ล้างละเมิดสิทธิของเอกชนโดยมีชอบเรียกว่า judicial control หรือเป็นการควบคุมทางตุลาการ ซึ่งมาตรการอันนี้ได้พัฒนามาจากวิธีควบคุมศาลล่างของศาลสูงในรูปต่างๆ อื่นๆ มาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว

ด้วยเหตุที่หน้าที่ของศาลมีเพียงควบคุมดังกล่าวมาแล้ว ดังนั้น กระบวนการชี้ขาดตัดสินของศาลจึงมิใช่เป็นไปในรูปการพิจารณา (trial) ดังเช่นคดีธรรมดา แต่เป็นไปในรูปของการ "ตรวจสอบ" หรือ review การกระทำที่ฝ่ายปกครองทำมาแล้วทำนองเดียวกับที่ศาลสูงตรวจสอบคำพิพากษาของศาล อื่นๆ ศาลจะตรวจสอบเข้าไปในเนื้อหาแห่งการกระทำนั้นในขอบเขตหนึ่งเท่านั้น นอกจากนี้ มีการกระทำบางอย่างที่อยู่นอกการควบคุมของศาล ศาลจึงไม่ตรวจสอบเอาเสียเลย ฉะนั้น เมื่อมีข้อพิพาททางปกครองขึ้นสู่ศาล ปัญหาสำคัญในการชี้ขาดจึงอยู่ที่ว่า การกระทำนั้นศาลตรวจสอบได้หรือไม่ และหากได้การตรวจสอบเข้าไปในเนื้อหาแห่งการกระทำนั้นจะทำในขอบเขตใด

ประเทศไทยก็เป็นอีกประเทศหนึ่งในปัจจุบันที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมฝ่ายปกครอง กรณีจึงอาจพิจารณาปัญหาได้เป็น 2 ประการ คือ ประการแรกการกระทำอะไรบ้างที่ศาลตรวจสอบได้ และประการที่สองขอบเขตของการตรวจสอบการกระทำดังกล่าว

1. การกระทำทางปกครองที่ศาลตรวจสอบได้

ปัญหานี้ผิงแยกพิจารณาไว้ ดังนี้

- ก. เมื่อมีบทบัญญัติกฎหมายกล่าวถึงการตรวจสอบของศาลไว้
- ข. เมื่อกฎหมายมิได้กล่าวถึงการตรวจสอบของศาล
- ค. เมื่อมีบทบัญญัติกฎหมายห้ามการตรวจสอบ
- ง. เมื่อเป็นเรื่องอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ก. เมื่อมีบทบัญญัติกฎหมายกล่าวถึงการตรวจสอบของศาลไว้

เมื่อมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้ศาลตรวจสอบการกระทำทางปกครองอย่างใดไว้แล้ว ปัญหาว่าการกระทำนั้นศาลมีอำนาจตรวจสอบอีกหรือไม่ย่อมไม่เกิดขึ้นเพราะอำนาจศาลย่อมมีอยู่โดยอาศัยบทบัญญัตินั้นๆ อยู่แล้ว การตรวจสอบดังกล่าวมิได้ 2 กรณี กรณีแรกเมื่อคำสั่งหรือดำริวินิจฉัยของฝ่ายปกครองไม่มีผลบังคับในตัวเอง

(not self-operative) ฝ่ายปกครองจะต้องนำสิ่งหรือคำวินิจฉัยนั้นมาขอให้ศาลมีคำสั่ง บังคับตามเสียก่อน ในการที่จะมีคำสั่งบังคับตามหรือไม่นั้น ศาลย่อมจะต้องตรวจสอบ คำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นก่อน ตัวอย่างในกรณีนี้สำหรับกฎหมายไทยรัฐสภาจะหายาก สักหน่อย เพราะกฎหมายของเราโดยมากกำหนดให้คำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางปกครอง มีผลบังคับในตัวเองอยู่แล้ว³⁴ ตัวอย่างในต่างประเทศก็เช่น ตามพระราชบัญญัติแรงงาน

³⁴อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตในกรณีที่กฎหมายเขียนไว้ไม่ชัดเจนฝ่ายปกครองอาจ เห็นว่าคำวินิจฉัยของตนเองเป็นที่สุดแล้วให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามมตินั้น แต่ศาลเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลสามารถเข้ามาควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองได้ตามที่กฎหมาย ให้อำนาจไว้ คือเป็นการตีความถ้อยคำในกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นว่ากฎหมายได้ให้อำนาจ ศาลควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ดังตัวอย่างการขอให้ศาลบังคับตามมติของคณะ กรรมการในทางปกครอง เช่น มติของคณะกรรมการ บ.บ.บ. ตามมาตรา 20 วรรคสาม ที่ บัญญัติว่า "ทรัพย์สินที่คณะกรรมการ บ.บ.บ. วินิจฉัยว่าเป็นทรัพย์สินที่ร่ำรวยขึ้นโดยผิดปกติ นั้น ให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้วินิจฉัยว่าทรัพย์สินเป็นของแผ่นดิน" ใน เรื่องนี้ทางปกครอง(อัยการกรมอัยการในฐานะผู้ร้อง)ฎีกาในข้อกฎหมายว่า ตามบท บัญญัติดังกล่าวนี้ เมื่อคณะกรรมการ บ.บ.บ. ได้ลงมติโดยคะแนนเสียงตามที่กฎหมายกำหนด ไว้ว่าผู้ติดดำเนินเป็นผู้ร่ำรวยผิดปกติแล้ว กรณีต้องพึงเป็นเหตุตามมติของคณะกรรมการ บ.บ.บ. ศาลจะต้องวินิจฉัยสั่งให้ทรัพย์สินของผู้ติดดำเนินเป็นของแผ่นดินเว้นแต่ผู้ติดดำเนิน จะพิสูจน์ได้ว่าได้ทรัพย์สินมาในทางที่ชอบ ซึ่งประเด็นนี้ ศาลฎีกาโดยนัยคำพิพากษาฎีกา ที่ 909/2529 มีตวามเห็นว่ามาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการ ทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518 ได้กำหนดมาตรการลงโทษเจ้าหน้าที่ ของรัฐผู้ร่ำรวยผิดปกติไว้ 2 ประการ คือการลงโทษทางวินัยประการหนึ่ง และการให้ ศาลสั่งให้ทรัพย์สินเป็นของแผ่นดินอีกประการหนึ่ง เมื่อคณะกรรมการบ.บ.บ.สอบสวนได้ ตวามว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดร่ำรวยผิดปกติและผู้นั้นไม่สามารถแสดงว่าร่ำรวยขึ้นในทาง ที่ชอบมาตรา 20 วรรคแรก ให้ถือว่าผู้นั้นใช้อำนาจในทางมิชอบ ให้คณะกรรมการ บ.บ.บ. รายงานตวามเห็นต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งลงโทษไล่ออกซึ่งเป็นการลงโทษทาง วินัย แต่ถ้าจะให้ศาลสั่งให้ทรัพย์สินของผู้นั้นเป็นของแผ่นดิน มาตรา 20 วรรคสาม

(มีต่อหน้าถัดไป)

สัมพันธ์แห่งชาติของสหรัฐอเมริกา คำสั่งของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์(National Labour Relations Board หรือเรียกย่อๆ ว่า NLRB) จะยังไม่มีสภาพบังคับจนกว่า NLRB จะได้นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลบังคับตามคำสั่ง อีกกรณีหนึ่ง กฎหมายกำหนดให้คำสั่งหรือคำวินิจฉัยมีผลบังคับในตัวเอง แต่ให้โอกาสผู้มีส่วนได้เสีย เพราะคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้น ขอต่อศาลให้ตรวจสอบและเพิกถอนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นได้ เช่น ตามพรบ.แรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เมื่อนายทะเบียนไม่ยอมรับจดทะเบียนสหภาพนายจ้าง ผู้จดทะเบียนอนุธรรมต่อรัฐมนตรีได้ และมาตรา 59 บัญญัติไว้เลยว่าในกรณีที่อนุธรรมไม่

(ต่อจากเชิงอรรถ 34 หน้า 147)

บัญญัติว่า ทรัพย์สินที่คณะกรรมการ บ.บ.ป.วินิจฉัยว่าเป็นทรัพย์สินที่ร่ำรวยขึ้นโดยผิดปกติ นั้น ให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้วินิจฉัยว่าทรัพย์สินเป็นของแผ่นดิน จะเห็นได้ว่าหากจะลงโทษทางวินัยคณะกรรมการบ.บ.ป. จะต้องสอบสวนให้ได้ความว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ร่ำรวยผิดปกติ แต่จะขอให้ศาลสั่งให้ทรัพย์สินของผู้นั้นเป็นของแผ่นดินได้ เฉพาะที่คณะกรรมการ บ.บ.ป.วินิจฉัยว่าเป็นทรัพย์สินที่ร่ำรวยขึ้นโดยผิดปกติเท่านั้น หากใช้ว่าเมื่อคณะกรรมการ บ.บ.ป. ลงมติว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดเป็นผู้ร่ำรวยผิดปกติแล้ว ศาลจะต้องสั่งให้ทรัพย์สินของผู้ติดดำเนินเป็นของแผ่นดินดังที่ผู้ร้องฎีกาไม่ นอกจากนั้นบทบัญญัติดังกล่าวนี้ก็ได้มีความหมายว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการบ.บ.ป. ที่ว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินที่ร่ำรวยขึ้นโดยผิดปกติเป็นที่สุดหรือเป็นยุติ อันศาลจะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นไม่ได้ เพราะนอกจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีถ้อยคำให้แปลความหมายเช่นนั้นแล้ว มาตรา 20 วรรคสาม แห่งพรบ.ดังกล่าวกลับบัญญัติว่า "บรรดาทรัพย์สินที่คณะกรรมการวินิจฉัยว่าเป็นทรัพย์สินที่ร่ำรวยขึ้นโดยผิดปกตินั้น ให้พนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยสั่งว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของแผ่นดิน เว้นแต่ผู้นั้นจะแสดงให้ศาลเห็นว่าตนได้ทรัพย์สินนั้นมาในทางที่ชอบ..." ถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวที่ว่า "ให้ศาลวินิจฉัยสั่ง" นั้น แสดงว่าให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยเสียก่อนที่จะมีคำสั่งมิใช่ทำให้ศาลสั่งไปตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ บ.บ.ป. โดยศาลไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ร่ำรวยขึ้นโดยปกติหรือไม่ การแปลกฎหมายดังนั้นก็เท่ากับเป็นการห้ามมิให้ศาลตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะกรรมการ บ.บ.ป. ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ย่อมไม่เป็นการสอดคล้องกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย ฎีกาของผู้ร้องในข้อนี้จึงฟังไม่ขึ้น"

พอใจคำวินิจฉัยของรัฐมนตรี "ผู้อุทธรณ์มีสิทธิดำเนินการต่อไป เพื่อให้ศาลแรงงานวินิจฉัย
ได้" หรือตามประมวลวิธีพิจารณา บัญญัติให้ศาลพิจารณาคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะ
กรรมการอุทธรณ์ไว้ในมาตรา 30(3)ว่า "ให้ผู้ทบทวนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการอุทธรณ์
ต่อศาลภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันรับแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์" เป็นต้น

ข. เมื่อกฎหมายมิได้กล่าวถึง การตรวจสอบของศาลไว้

มีพระราชบัญญัติหลายฉบับทั้งของไทยและของต่างประเทศที่ไม่ได้กล่าวว่า
เมื่อเจ้าพนักงานมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยไปแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียจะยื่นฟ้องต่อศาลขอให้
ตรวจสอบและเพิกถอนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นได้หรือไม่

ตามกฎหมายอังกฤษ การที่ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวไม่ถือว่าทำให้ศาลตรวจ
สอบคำสั่งหรือคำวินิจฉัยขององค์กรฝ่ายปกครอง(administrative tribunal) ไม่ได้

ในสหรัฐอเมริกา ก็เช่นกัน เพียงแต่การที่ตัวบทกฎหมายไม่ได้มีบทบัญญัติ
เกี่ยวกับการตรวจสอบของศาลไว้ ไม่ทำให้ศาลไม่สามารถตรวจสอบการกระทำทาง
ปกครองได้โดยถือว่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้กล่าวถึงการตรวจสอบของศาลไว้ไม่
จำเป็นที่จะต้องเป็นการตัดอำนาจศาลที่จะปลดเปลื้องทุกข์ตามอำนาจที่รัฐสภาให้ไว้
ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจดั้งเดิมของศาลและเกิดขึ้นในฐานะผู้ใช้อำนาจตุลาการ

กฎหมายของฝรั่งเศสก็เป็นอย่างเดียวกับกฎหมายฝ่ายคอมมอนลอว์ดังกล่าว
มาแล้วข้างต้น อนึ่ง น่าสังเกตว่า ในฝรั่งเศสมิจะมีไม่ต่อมมีตัวบทกฎหมายที่มีบทบัญญัติ
เรื่องการตรวจสอบของศาลไว้เสียด้วยซ้ำไป

เหตุที่กฎหมายของทั้งสองฝ่ายต่างถือว่าการที่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการ
ตรวจสอบของศาลไว้ไม่เป็นการตัดอำนาจวินิจฉัยของศาลนั้น ก็เพราะกฎหมายในเรื่อง
นี้ของทั้งสองระบบมีรากฐานมาจากหลักเดียวกัน คือ หลักความถูกต้องตามกฎหมาย
(concept of legality) ซึ่งมีอยู่ว่าการกระทำทางปกครองจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อชอบด้วย
กฎหมาย และการที่จะบังคับให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายได้ก็แต่โดยศาลซึ่งประกอบ
ด้วยผู้พิพากษาที่มีอิสระเท่านั้น หลักนี้ให้เหตุผลว่า หากศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบใน
กรณีนี้เสียแล้ว ก็จะทำให้คำสั่งของฝ่ายปกครองเด็ดขาดและไม่อาจตรวจสอบได้โดย
วิธีใดๆ ถึงแม้ว่าคำสั่งนั้นจะไร้เหตุผลหรือขาดพยานหลักฐานหรือผิดกฎหมาย ซึ่งย่อม
ไม่เป็นที่ยอมรับปรารถนา เนื่องจากกระทำให้เกิดผลร้ายต่างๆตามมา

สำหรับประเทศไทยศาลไทยเราใต้เห็นแนวเดียวกับศาลต่างประเทศ กล่าวคือ ในกรณีที่ตัวบทกฎหมายมิได้กล่าวถึงการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของศาลไว้ ศาลตีความว่าศาลสามารถตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ทั้งนี้ โดยอาศัยบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55³⁵

ค. เมื่อมีบทบัญญัติกฎหมายห้ามการตรวจสอบ

ในบางกรณีฝ่ายนิติบัญญัติมิได้เพียงแต่ไม่ได้กล่าวถึงการตรวจสอบของศาลไว้เท่านั้น หากแต่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนแจ้งว่า การตรวจสอบในกรณีนี้ทำไม่ได้

กฎหมายของประเทศที่ได้รับการแปลตามตัวอักษรคือ กฎหมายของอังกฤษ ทั้งนี้ เพราะอังกฤษถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา หรือ the doctrine of parliamentary supremacy ซึ่งมีอยู่ว่ารัฐสภาอาจบัญญัติให้คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีถึงที่สุดและเด็ดขาดได้ และเมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว ศาลก็ไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงอีกได้ แม้ว่าคำวินิจฉัยนั้นจะไม่ยุติธรรม และปราศจากเหตุผลหรือว่าเป็นการวินิจฉัยจากข้อกฎหมายที่ผิดก็ตาม

³⁵ ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 910/2510 ระหว่างนายเอี่ยมเต็ก แซ่ตั้ง กับพวก โจทก์ เทตบาลกรุงเทพกับพวกจำเลย ซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2504 โดยศาลฎีกาพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ที่ให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทในเรื่องนี้ได้โดยให้เหตุผลว่า "ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นให้มีอำนาจสั่งในกรณีดังกล่าวแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารได้โดยเด็ดขาดและถึงที่สุด ฉะนั้น ศาลจึงย่อมมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีนี้ได้" และศาลฎีกาอธิบายด้วยว่า โจทก์มีอำนาจฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองได้โดยอาศัยบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 นี้เอง เพราะ "เมื่อในคดีนี้มีปัญหาโต้แย้งกันเกิดขึ้นว่า จำเลยมีอำนาจสั่งให้หรือถอนอาคารพิพาทหรือไม่ และคำสั่งของจำเลยเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของจำเลยตามกฎหมาย ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าโจทก์มีอำนาจฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของจำเลยได้โดยอาศัยบทกฎหมายดังกล่าว"

แต่ศาลในสหรัฐอเมริกาไม่ยอมตีความบทบัญญัติท่านองนี้ตามตัวอักษร โดยเฉพาะในเรื่องที่ไปลิตรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น ในคดี *Shaughnessy v. Pedrei* ศาลฎีกาสหรัฐวินิจฉัยในข้อที่ว่าคำสั่งในนครเทศนต่างตัวออกนอกประเทศ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลฎีกาสหรัฐวินิจฉัยด้วยว่า คำว่า "เป็นที่สุด" ในพระราชบัญญัติตนเข้าเมืองตวรแปลในทางที่ว่า กึ่งที่สุดตามวิธีการของฝ่ายปกครอง ไม่ใช่ในทางที่ว่าตัดอำนาจศาลที่จะวินิจฉัยเสียเลย แต่ในเรื่องอื่น ๆ นอกจากการนครเทศ ศาลฎีกาสหรัฐยังไม่ได้อาหลักข้อนี้ไว้อย่างตรงๆ เป็นแต่ว่าเมื่อมีคดีขึ้นถึงศาล ศาลจะตีความเป็นคดีๆ ไปว่า บทบัญญัติดังกล่าวเปิดโอกาสให้ศาลตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้อย่างน้อยก็ในขอบเขตที่จำกัด ไม่ใช่ตัดอำนาจศาลเสียทีเดียว ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก *Administrative Procedure Act* บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้วว่า ตัวบทกฎหมายอาจตัดการตรวจสอบของศาลเสียได้ ดังนั้น ในกรณีที่การกระทำทางปกครองไม่ถึงกับไปลิตรอนสิทธิของเอกชนที่มีอยู่โดยบริบูรณ์แล้ว และตัวบทกฎหมายในข้อนี้ตัดการตรวจสอบของศาลไว้อย่างชัดเจน ศาลฎีกาสหรัฐก็ยอมตีความตามตัวอักษรไม่ยอมตรวจสอบการกระทำนั้นอีก

ศาลฝรั่งเศสอินไตแก่ *Conseil d'Etat* ซึ่งถือว่าเป็นศาลปกครองชั้นสูงสุดก็ไม่ยอมตีความตัวบทเช่นนี้ตามตัวอักษรเช่นกัน ในคดี *Lamotte* ซึ่งเกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะออกใบอนุญาต ตัวบทบัญญัติว่าการกระทำทางปกครองในกรณีนั้น "จะไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งการตรวจสอบขององค์กรฝ่ายปกครองอื่น หรือองค์กรฝ่ายตุลาการ" *Conseil d'Etat* ถือว่าตัวบทดังกล่าวไม่ตัดอำนาจศาลที่จะตรวจสอบได้ เหตุผลของ *Conseil d'Etat* ก็คือเพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามหลักความถูกต้องตามกฎหมายหรือ *the concept of legality* นั้นเอง

สำหรับประเทศไทย ในกรณีตัวบทกฎหมายตัดการตรวจสอบ ศาลฎีกาของเรา
ดำเนินตามแบบอย่างศาลของอเมริกันและฝรั่งเศส คือ ไม่ยอมตีความตัวบทตามตัว
อักษรแต่ตีความว่า ศาลมีอำนาจเข้าตรวจสอบการกระทำนั้นได้³⁶

³⁶ ตามนิตยสารนิติศาสตร์ที่ 946-947/2510 และจากคำพิพากษาฎีกาที่ 276-281/2532 ซึ่งเห็นตามแนวเดียวกันมีหมายเหตุท้ายฎีกาสืบสนุนโดยท่าน ศ.จิตติ (มีต่อหน้าถัดไป)

ง. เมื่อเป็นเรื่องอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ

ศาลปกครองของฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะตรวจสอบการกระทำที่เรียกว่า *acte de gouvernement* หรือเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งมีเป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายระดับสูงหรือความปลอดภัยของส่วนรวม หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศการปฏิบัติตามสนธิสัญญาหรือเกี่ยวกับชาวต่างประเทศ แต่ตัวบทกฎหมายในเรื่องนี้เองก็หาได้กำหนดไว้ไม่ว่ากิจการดังกล่าวมีอะไรบ้าง ดังนั้น จึงต้องศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาล คำพิพากษาในตอนหลังๆ ได้จำกัดกิจการดังกล่าวลงไปมาก ปัจจุบันถือว่า มีกิจการ 3 อย่างเท่านั้น ที่เป็น *acte de gouvernement* คือ

1. กิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา

(ต่อเชิงอรรถ 36 หน้า 151)

ดังศกัทธิย์ ว่า"ที่ว่ากฎหมายให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารชี้ขาดข้อเท็จจริงเป็นที่สุดนั้น ไม่ได้หมายความว่าชี้ขาดโดยไม่มีหลักเกณฑ์จะชี้อย่างไรก็ได้แล้วแต่ใจ การชี้ขาดข้อเท็จจริงอาจผิดต่อกฎหมายก็ได้ เช่นที่เห็นได้จากป.ว.พ. ม. 243(3)(ก) หลักเกณฑ์ที่ว่าข้อเท็จจริงที่ชี้ขาดไว้ไม่ผิดต่อกฎหมายไม่ได้หมายความว่าดาวรเชื่อว่าความจริงเป็นตามพยานหลักฐานที่นำมาแสดงหรือไม่ ดาวรเชื่อหรือไม่ดาวรเชื่อเป็นการซึ่งนำพยานหลักฐานเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยแท้ แต่ถ้าตามที่วินิจฉัยเชื่อข้อเท็จจริงมานั้นไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนเพียงพอ การวินิจฉัยเชื่อข้อเท็จจริงมาอย่างนั้นก็คือว่าผิดต่อกฎหมาย ที่ว่ามีพยานหลักฐานสนับสนุนเพียงพอนี้เป็นหลักที่เรียกว่า *substantial evidence rule* ซึ่งมีคำอธิบายว่า มิใช่จะมีพยานสนับสนุนแต่เพียงกระฉี่ (*scintilla*) ไม่เป็นแก่นสาร หากต้องมีพยานหลักฐานในข้อที่เป็นสารซึ่งวิญญูชนยอมรับว่าเพียงพอจะสนับสนุนการลงความเห็นดังที่เชื่อว่าเป็นจริงมานั้น (*Background of Administrative Law-Carrow 1948*) *substantive evidence* นี้ ศาลอเมริกันได้วางหลักไว้ในคดี *Consolidated Edison Co. v. National Labour Relation Board (1938)* และได้นำมาบัญญัติไว้ใน *Federal Administrative Procedure Act (1946) Sect. 10e (B) (5)* และ *Model State Administrative Procedure Act Sect. 12 (7) e* ซึ่งขยายความออกไปว่าต้องเป็นพยานหลักฐานที่สมจริงได้ (*competent*) เป็นเรื่องเป็นราว (*material*) และเป็นแก่นสาร (*substantial*)"

2. กิจกรรมเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับต่างประเทศหรือองค์กรระหว่างประเทศ และ

3. กิจกรรมบางอย่างที่เกี่ยวกับสงครามและการป้องกันประเทศ นอกจากนี้ยังมีทฤษฎีนิติศาสตร์ก้าวหน้าบางท่านถึงกับเสนอให้มีการยกเลิกหลักนี้เสียด้วยซ้ำไป แต่ทฤษฎีนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ก็ยังเห็นความจำเป็นของหลักนี้อยู่ ดังที่ Weil ให้เหตุผลว่า "ในสังคมการเมืองหนึ่งๆเมื่อมองในแง่ที่จะธำรงและพิทักษ์ไว้ซึ่งสังคมนั้น มีกิจกรรมบางอย่างที่มีความสำคัญเกินกว่าที่จะถูกจำกัดโดยข้อพิจารณาทางกฎหมาย

ในอังกฤษเรียกกิจกรรมนี้ว่า acts of state หรือการกระทำของรัฐ และในสหรัฐอเมริกาเรียกว่า political questions หรือปัญหาทางการเมือง ศาลอังกฤษและอเมริกันไม่ยอมรับตรวจสอบและวินิจฉัยกิจกรรมดังกล่าวเช่นกัน อนึ่ง สหรัฐอเมริกายังมีบทบัญญัติแห่ง Administrative Procedure Act มาตรา 701 (a) (2) จำกัดอำนาจของศาลไว้อีก ตามบทบัญญัติดังกล่าว จะไม่มีการตรวจสอบการกระทำทางปกครองหากว่าการกระทำนั้นกฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะซึ่งหมายความว่ายังมีกิจกรรมอย่างอื่นอีก ซึ่งถ้ากฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะแล้ว ศาลก็ไม่ตรวจสอบแม้จะไม่เป็นปัญหาทางการเมืองก็ตาม ปัญหาว่าการกระทำอย่างไรบ้างที่กฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ ศาสตราจารย์ Davis ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายปกครองชื่อดังของสหรัฐอเมริกาอธิบายว่าต้องดูตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องและแนวคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งรู้สึกว่าการศาลฎีกาสหรัฐจะจำกัดกิจกรรมดังกล่าวในขอบเขตที่แคบมาก

ศาลฎีกาของไทยไม่เคยชี้ขาดลงไปว่ากิจกรรมที่ฝรั่งเศสเรียกว่า "การกระทำของรัฐบาล" อังกฤษเรียกว่า "การกระทำของรัฐ" และอเมริกันเรียกว่า ปัญหาทางการเมืองนั้น ศาลจะตรวจสอบได้หรือไม่ เพราะยังไม่มีปัญหาในประเด็นนี้มาสู่ศาล อนึ่ง ยังมีการกระทำอีกประเภทหนึ่งที่ศาลฎีกาของเราไม่แตะต้องมาเป็นเวลานานแล้วนั่นคือคำสั่งให้ตุลาการให้โทษข้าราชการซึ่งศาลฎีกาถือว่า "เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ" ทำนองเดียวกับ Administrative Procedure Act มาตรา 701(a)(2) ของสหรัฐนั่นเอง³⁷

³⁷ ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 818/2499 ซึ่งได้รับการเดินตามโดยตลอดมา

2. ขอบเขตการตรวจสอบ

หลังจากยุติแล้วว่า การกระทำทางปกครองที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลนั้น เป็นเรื่องที่ศาลตรวจสอบได้ ปัญหาจะมีต่อไปอีกว่า ศาลจะตรวจสอบเข้าไปในเนื้อหาของ การกระทำนั้น ในขอบเขตที่กว้างแคบเพียงใด

เป็นที่เห็นได้ชัดว่า การที่ศาลเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางปกครองนั้น ย่อม ทำให้ประสิทธิภาพในการทำงานของฝ่ายปกครองลดน้อยลงไปบ้าง เพราะฝ่ายปกครอง จะไม่มีอิสระที่จะปฏิบัติหน้าที่หรือใช้ดุลพินิจในฐานะเป็นผู้มีตามเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้อย่างเต็มที่เนื่องจากมีสถาบันอื่นมาตรวจสอบอยู่ แต่หากไม่ ให้ศาลเข้าไปตรวจสอบเสียเลย ผลประโยชน์ของเอกชนก็จะตกอยู่ในกำมือของฝ่าย ปกครองโดยปราศจากการควบคุม และไม่มีอะไรที่จะพิทักษ์เอกชนจากการใช้อำนาจเกิน ขอบเขตของฝ่ายปกครอง อันเป็นการขัดต่อหลักความถูกต้องตามกฎหมายซึ่งถือว่าการ กระทำทางปกครองจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อเป็นการชอบด้วยกฎหมาย และการที่จะบังคับให้ เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายได้ จะต้องทำโดยผู้มีอำนาจที่มีอิสระจากฝ่ายปกครองเท่านั้น ข้อพิจารณาเรื่องประสิทธิภาพขององค์กรฝ่ายปกครองและหลักความถูกต้องตาม กฎหมายจึงทำให้เกิดทางสายกลางขึ้น คือ ให้ศาลเข้าไปตรวจสอบการกระทำทาง ปกครองได้ แต่ให้ตรวจสอบในเนื้อหาของการกระทำนั้นในขอบเขตที่กำหนดไว้เท่านั้น

ลำดับความกว้างของขอบเขตการตรวจสอบ ถ้าจะเรียงจากขอบเขตที่แคบที่สุด ไปยังขอบเขตที่กว้างที่สุดแล้ว ก็จะได้แก่การตรวจสอบในปัญหาดังต่อไปนี้

- ก. ปัญหาว่าฝ่ายปกครองกระทำนอกเหนืออำนาจหรือไม่
- ข. ปัญหาว่าฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้หรือไม่
- ค. ปัญหาว่าฝ่ายปกครองวินิจฉัยกฎหมายถูกต้องหรือไม่
- ง. ปัญหาว่าฝ่ายปกครองฟังข้อเท็จจริงและใช้ดุลพินิจถูกต้องหรือไม่

(ต่อจากเชิงอรรถ 37 หน้า 153)

เช่น ฎีกาที่ 568/2502 หรือ ฎีกาที่ 355/2516 ซึ่งนอกจากโจทก์จะฟ้องขอให้เพิก กอนคำสั่งแล้ว ยังฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนด้วย ศาลฎีกามีได้ปฏิเสธไม่รับวินิจฉัย เรื่องค่าสินไหมทดแทนโดยอ้างเหตุว่าเป็นเรื่องที่ศาลวินิจฉัยไม่ได้ แต่ศาลฎีกาไม่รับ วินิจฉัยประเด็นข้อนี้ เพราะฟ้องของโจทก์ในประเด็นข้อนี้เป็นฟ้องที่เคลือบคลุมเท่านั้น

อาจจะแยกวิเคราะห์ปัญหาทั้ง 4 ที่ละปัญหาไป ดังต่อไปนี้

ก. ปัญหาว่าฝ่ายปกครองกระทำนอกเหนืออำนาจหรือไม่

การตรวจสอบการกระทำทางปกครองของศาลถือกำเนิดมาจากหลักที่ว่า กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในขอบเขตหนึ่งเท่านั้น การใช้อำนาจจึงต้องอยู่ภายในขอบเขตดังกล่าว ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจทำนอกเหนือขอบเขตนั้น และหากการใช้ อำนาจของฝ่ายปกครองอยู่ภายในขอบเขตดังกล่าวแล้ว ศาลจะไม่มีอำนาจเข้าไป ตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองได้กระทำถูกต้องสมควรหรือไม่ ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจของตนได้โดยอิสระโดยไม่ต้องมีใครมาควบคุม แต่เมื่อใดที่ฝ่ายปกครองใช้ อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ หรือ *ultra vires* ขึ้นแล้ว หน้าที่ของศาลในการ ควบคุมฝ่ายปกครองให้ใช้อำนาจแต่ในขอบเขตก็จะเกิดขึ้นทันที เพื่อเป็นการปกป้องรักษา ผลประโยชน์ของเอกชนจากการใช้อำนาจเกินขอบเขตนั้น ดังนั้น ไม่ว่าประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศดอมินิกัน การตรวจสอบในปัญหาว่าฝ่ายปกครองกระทำนอกเหนือ อำนาจหรือไม่ จึงได้ทำกันมาเป็นเวลาช้านานแล้วตั้งแต่เริ่มต้นของกฎหมายปกครอง ในเรื่องนี้ว่าได้ และถือว่าเป็นการตรวจสอบในขอบเขตที่แคบที่สุดแล้ว โดยศาลจะ เพิกถอนการกระทำทางฝ่ายปกครองที่ได้กระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนือ อำนาจแก่ฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายให้ไว้

ถึงแม้ว่าการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของศาลไทยเพิ่งจะเริ่มต้นเมื่อ ไม่กี่ปีมานี้ แต่ก็ดูเหมือนว่าศาลฎีกาจะเริ่มจากหลักทำนองเดียวกันกับของต่างประเทศ คือศาลมีอำนาจตรวจสอบได้ว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่³⁸

³⁸ ตามมติคำพิพากษาที่ 1206/2509 และตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2949/26 ซึ่งมีหมายเหตุท้ายฎีกาโดยท่าน ศ.จิตติ ตังศภักดิ์ ว่า "ฝ่ายบริหารปฏิบัติฝ่าฝืนบัญญัติ ของกฎหมาย ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจพิจารณาได้ว่าคำสั่งของฝ่ายบริหารนั้นถูกต้อง ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่" ฯลฯ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการกระทำของฝ่ายบริหารย่อมต้อง อยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ถ้านอกเหนือขอบเขตนั้นไป ก็ไม่ได้รับความ ตัดรองของกฎหมายไม่มีอำนาจในทางบริหารที่จะบังคับให้เป็นไปตามนั้น ถ้าการใดอยู่ใน ขอบเขตที่กฎหมายตัดรองให้อำนาจฝ่ายบริหารแล้วศาลก็จะล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตที่

ข. ปัญหาว่าฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้หรือ
ต่อมาศาลของทั้งสองระบบต่างเห็นว่า การตรวจสอบอยู่แต่ในปัญหาเรื่อง
ขอบเขตอำนาจอย่างเดียวไม่เป็นการเพียงพอที่จะควบคุมองค์ฝ่ายปกครองได้
หลัก ultra vires จึงถูกศาลขยายออกไปอีก การขยายครั้งแรกมุ่งไปที่กระบวนการ
ของฝ่ายปกครอง(administrative process)ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยถือว่าการที่
กฎหมายให้อำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ฝ่ายปกครองนั้น ย่อมเป็นการให้อำนาจภายใต้
เงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ด้วย หากการไม่เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวโดยฝ่ายปกครอง
ไม่ปฏิบัติตามกระบวนการที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ก็นับว่าเป็น ultra vires คือเป็น
การกระทำนอกเหนืออำนาจอย่างหนึ่งเหมือนกัน

กระบวนการที่กำหนดดังกล่าวมักมีบัญญัติไว้โดยตัวบทกฎหมายที่ก่อตั้งองค์กร
ฝ่ายปกครองนั่นเอง ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากพรบ.ควบคุมการประกอบโรคศิลป์ พ.ศ.2479
ได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลป์ขึ้น มีหน้าที่เกี่ยวกับออกหรือถอน
ใบอนุญาตประกอบโรคศิลป์ พรบ.ดังกล่าวกำหนดกระบวนการในการที่จะเพิกถอนใบ
อนุญาตประกอบโรคศิลป์ว่า คณะกรรมการจะต้อง"ทำการไต่สวนโดยให้โอกาสแก่ผู้รับ
อนุญาตนั้นทราบข้อหาและยื่นคำให้การและนำพยานหรือหลักฐานอื่นสืบแก้ตัว" เสียก่อน

เรื่องกระบวนการของฝ่ายปกครอง หรือ administrative process นี้ ใน
สหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นหัวใจของระบบกฎหมายปกครองที่ว่าได้ Administrative
Procedure Act มาตรา 706 บัญญัติให้ศาลเพิกถอนการกระทำ ตำรวจนิจฉัย หรือคำสั่ง
ขององค์กรฝ่ายปกครองที่ต่ำลงโดยมิได้ปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดโดยกฎหมาย

(ต่อเชิงอรรถ 38 หน้า 155)

กฎหมายให้เป็นอำนาจฝ่ายบริหารไม่ได้ การกระทำของฝ่ายบริหารที่อยู่ภายในขอบเขต
ที่กฎหมายกำหนดไว้ นั้น ผิดถูกชอบหรือไม่ชอบอย่างใด เป็นเรื่องที่จะต้องร้องเรียนแก้ไข
กันทางฝ่ายบริหารด้วยตนเองอยู่นอกอำนาจของศาลยุติธรรมในขณะนี้ เป็นเรื่องของฝ่าย
พิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์ที่จะพิจารณาวินิจฉัยจนกว่าจะมีศาลคดีปกครองขึ้นมาเพื่อทำ
หน้าที่พิจารณาวินิจฉัยเรื่องที่ยังขาดอยู่ในระหว่างนี้ที่ศาลยุติธรรมทำหน้าที่นี้ไม่ได้ และ
ไม่อยู่ในฐานะที่ควรจะทำในส่วนนี้ด้วย ซึ่งมักเรียกกันว่าตุลฉนิจของฝ่ายปกครอง"

อนึ่ง ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกายังถืออีกว่า การที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่ง Administrative Procedure Act อย่างเดียวยังไม่เป็นการเพียงพอ โดยศาลสหรัฐอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐซึ่งกำหนดว่าเอกชนจะไม่ถูกไล่ออกไปซึ่งชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินโดยปราศจากกระบวนการอันชอบตามกฎหมาย หรือ due process of law ซึ่งเป็นผลว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำอะไรที่เป็นกาละสิทธิ์ถึงผลประโยชน์ของเอกชนได้ ก็ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามหลัก due process of law แล้ว ถึงแม้จะไม่มีตามบทกฎหมายบังคับไว้โดยตรงก็ตาม

การปฏิบัติตามหลัก due process of law ของฝ่ายปกครองในที่นี้ก็ได้แก่ บังคับให้ฝ่ายปกครองนำเอาวิธีพิจารณาของศาลมาใช้นั่นเอง

การเอาวิธีพิจารณาของศาลใช้เริ่มที่ตัวเจ้าหน้าที่ขององค์การฝ่ายปกครอง กล่าวคือ มีการบังคับว่าผู้ดำเนินการพิจารณาได้ส่วนในองค์การต่าง ๆ จะต้องมีความซื่อสัตย์ของตุลาการ เช่น ไม่มีอคติลำเอียง หรืออคติต่อผู้มีส่วนได้เสีย และจะต้องไม่เป็นผูมีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณาหรือได้ส่วนนั้นเสียเอง หลักนี้ตรงตรงดัดดัด ๆ กับ วิถีพิจารณาของศาลโดยทั่วไป ก้าวสำคัญที่สุดในข้อนี้ คือ การกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการพิจารณาได้ส่วนพยานหลักฐานโดยเฉพาะ เจ้าหน้าที่เหล่านี้แม้จะสังกัดองค์การฝ่ายปกครอง แต่ก็มีอิสระจากองค์การเจ้าสังกัดและมีหลักประกันพอสมควร เช่น จะถูกกำหนดให้ดำเนินการพิจารณาและได้ส่วนโดยการหมุนเวียนกันไป จะถูกถอดถอนลดตำแหน่งหรือพิงงานได้ก็แต่โดยมีเหตุอันสมควร โดยคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนเป็นผู้วินิจฉัย ได้รับเงินเดือนตามที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนกำหนด เจ้าหน้าที่เหล่านี้เดิมเรียกว่า hearing examiner ต่อมาในปี 1972 คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนได้ขอระเบียบให้เรียกชื่อเสียใหม่เป็น administrative law judge หรือ "ผู้พิพากษากฎหมายปกครอง" ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยกฐานะของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว อย่างไรก็ตามก็ดีผู้พิพากษากฎหมายปกครองมีอำนาจหน้าที่แต่เพียงดำเนินการพิจารณาได้ส่วนพยานหลักฐานและทำความเห็นเสนอเท่านั้น การวินิจฉัยหรือสั่งจริง ๆ ยังคงเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์การฝ่ายปกครองอยู่ แต่ปกติองค์การฝ่ายปกครองมักเห็นด้วยกับความเห็นของผู้พิพากษากฎหมายปกครองที่เสนอมา หากองค์การฝ่ายปกครองมีคำสั่งดำริวินิจฉัยต่างไปจากความเห็นของผู้พิพากษากฎหมายปกครองแล้ว คำสั่งดำรินั้น เมื่อขึ้นสู่การตรวจสอบของศาล จะเสียน้ำหนักไปเป็นอันมาก

ในด้านหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาก็มีลักษณะใกล้เคียงกับวิธีพิจารณาของศาลมาก สิทธิของผู้มีส่วนได้เสียเพราะการกระทำทางปกครองเกือบจะเป็นอย่างเดียวกับสิทธิของคู่ความในศาล กล่าวโดยทั่วไปได้แก่สิทธิดังต่อไปนี้

1. สิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าซึ่งประเด็นและเรื่องที่ฝ่ายปกครองจะสั่งหรือวินิจฉัย
2. สิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานและข้อโต้แย้ง
3. สิทธิที่จะหักล้างพยานหลักฐานที่เป็นปรปักษ์ต่อผลประโยชน์ของเขา
4. สิทธิที่จะมีทนายเข้าดำเนินการแทน
5. สิทธิที่จะไม่ให้มีก ระวินิจฉัยจากพยานหลักฐานภายนอก
6. สิทธิที่จะให้มีบันทึกหลักฐานอย่างสมบูรณ์

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์บางอย่าง เช่น การรับฟังพยานนอกแล้ว หลักประกันฐาน ฯลฯ ยึดหยุ่นไปจากหลักเกณฑ์ของศาลบ้างเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักแห่งความยุติธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของกระบวนการทางปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นระบบได้ส่วนมากกว่าระบบกล่าวหาของศาล

ในประเทศอังกฤษ ศาลก็ถือหลักทำนองเดียวกับหลักของอเมริกัน คือ ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่จะให้ความยุติธรรมแก่ผู้มีส่วนได้เสียได้ ถึงแม้ว่าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ด้วย ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองของอังกฤษ ทำนองเดียวกับหลัก due process of Law ของอเมริกัน

ศาลปกครองของฝรั่งเศสก็เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่มีได้ปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้เหมือนกัน เดิมทีเดียวก็เพิกถอนเฉพาะเมื่อไม่ปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้โดยกฎหมายเท่านั้น ถ้าเพียงแต่ละเลยไม่ปฏิบัติตามกระบวนการที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ศาลก็ไม่เพิกถอน แต่หลังจาก ปี 1944 Conseil d'Etat ได้รับหลักคล้าย due process of law ของอเมริกัน หรือ natural justice ของอังกฤษเหมือนกันโดยเรียกว่า principes généraux du droit หรือ "หลักทั่วไปแห่งกฎหมาย" ผลของการรับหลักการดังกล่าวคือ ศาลจะเพิกถอนการกระทำทางปกครอง หากว่าฝ่ายปกครองได้กระทำไปโดยไม่ให้อโอกาสผู้มีส่วนได้เสียได้โต้แย้งสิทธิของตน ถึงแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดบังคับไว้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี

หลักทั่วไปแห่งกฎหมายของฝรั่งเศสไม่สู้จะเคร่งครัดเหมือนหลัก due process of law ของอเมริกัน

สำหรับประเทศไทย หากมีกฎหมายหรือระเบียบที่องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติกำหนดกระบวนการอย่างไรไว้ และองค์กรฝ่ายปกครองได้กระทำอะไรไปโดยไม่ปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าว ศาลฎีกาก็ถือว่าการกระทำนั้นไม่ชอบเช่นกัน³⁹

ปัญหาว่าหากไม่มีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองดำเนินการใดส่วนหรือดำเนินการกระบวนการใดๆ ฝ่ายปกครองจะต้องจัดให้มีกระบวนการพอสมควรเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียได้โต้แย้งคัดค้านและแสดงพยานหลักฐานทำนองเดียวกับหลักกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมายของอเมริกัน หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติของอังกฤษ หรือหลักทั่วไปแห่งกฎหมายของฝรั่งเศส ดังได้กล่าวมาแล้วหรือไม่ ปัญหานี้ไม่เคยขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลฎีกา แต่เมื่อดูจากแนวคำวินิจฉัยของศาลโดยทั่วไปแล้ว หลักดังกล่าวคงจะใกล้เคียงไปสำหรับศาลไทยเรา⁴⁰

³⁹ เช่น ตัวอย่างในฎีกาที่ 43/2503 ระหว่างนายประเสริฐ ฝึกสมบัติ โจทก์ พระบาราสนาคราฐในฐานประธานกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลป์ จำเลย ซึ่งวินิจฉัยตามพรบ.ควบคุมการประกอบโรคศิลป์ ซึ่งศาลฎีกาวิเคราะห์บททวนโดยละเอียดว่า คณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลป์ได้ไต่สวนถูกต้องตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างไรหรือไม่ หรือตามคำพิพากษาฎีกาที่ 771/27(ม.ล.จุลจรี กมลาสน์ โจทก์ หมอ.ธีระ รามสูตร กีบพวก จำเลย กรณีตามพรบ.วิชาชีพสถาปัตยกรรม 2508) ที่วินิจฉัยว่า "คณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมมีหนังสือแจ้งข้อกล่าวหาและให้โจทก์ไปให้ถ้อยคำต่อคณะกรรมการตามรายชื่อที่แนบไป เมื่อโจทก์ไม่ไปแก้ข้อกล่าวหา จึงเป็นสิทธิของคณะกรรมการที่จะดำเนินการไต่สวนไปได้ตามข้อบังคับการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมสั่งพักใบอนุญาตโจทก์ ซึ่งไม่เป็นเหตุขัดต่อโจทก์"

⁴⁰ แต่ในส่วนของผู้ปกครองนั้น มีข้อเสนอแนะเรื่องระเบียบการปฏิบัติราชการที่ดี เพื่อให้ฝ่ายปกครองกระทำตาม ซึ่งรวมถึงหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติด้วย กรณีถือเป็นความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาในช่วงก่อนเกิดการกระทำ อันเป็นการควบคุมฝ่ายปกครองอีกทางหนึ่ง(โปรดดู ในหัวข้อการกำหนดระเบียบการปฏิบัติราชการที่ดี ที่กล่าวมาแล้ว)

ด. ปัญหาว่าฝ่ายปกครองวินิจฉัยกฎหมายถูกต้องหรือไม่

การที่ศาลเข้าตรวจสอบการกระทำทางปกครองในปัญหาที่ว่าฝ่ายปกครองวินิจฉัยกฎหมายถูกต้องหรือไม่ เป็นการขยายหลัก ultra vires อีกชั้นหนึ่ง ผลของการขยายดังกล่าว คือ ศาลจะเปิดถอนคำสั่งดำริวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง หากปรากฏว่าฝ่ายปกครองวินิจฉัยกฎหมายในเรื่องที่สั่งหรือวินิจฉัยมาไม่ถูกต้อง โดยถือว่าเป็น ultra vires อย่างหนึ่ง ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่ได้กระทำนอกเหนืออำนาจที่กฎหมายให้ไว้และได้ปฏิบัติตามถูกต้องตามกระบวนการที่กำหนดไว้ทุกประการก็ตาม

สำหรับศาลไทย ถือว่าการวินิจฉัยข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาลโดยเฉพาะ

ง. ปัญหาว่าฝ่ายปกครองฟังข้อเท็จจริงและใช้ดุลพินิจถูกต้องหรือไม่

1. ปัญหาการฟังข้อเท็จจริง กฎหมายปกครองของทั้งสองระบบเริ่มต้นจากหลักที่ว่าศาลจะไม่เปิดถอนการกระทำทางปกครองโดยอาศัยเหตุแต่เพียงฝ่ายปกครองสั่งหรือวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง โดยถือว่าการฟังข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิใช่ผู้พิพากษา ศาลฎีกาสหรัฐยอมรับหลักนี้ตั้งแต่ปี 1861 โดยให้เหตุผลว่าการฟังข้อเท็จจริงเป็นเรื่องอยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะในฝรั่งเศส Conseil d'Etat รับหลักนี้ในปี 1925 โดยให้เหตุผลอย่างเดียวกับศาลอเมริกัน อย่างไรก็ตาม ศาลฝ่ายตอมมอลอว์บิงตีบว่าการฟังข้อเท็จจริงจะต้องมีหลักเกณฑ์ทางพยานหลักฐาน (evidentiary basis) บางอย่าง กล่าวคือ ถึงแม้ว่าศาลจะไม่ตรวจสอบว่าการฟังข้อเท็จจริงมาถูกต้องหรือไม่ แต่ศาลจะเข้าไปพิจารณาว่าการฟังข้อเท็จจริงนั้นมีพยานหลักฐานที่เป็นสาริตถะในสำนวน (substantial evidence on the record) สนิบสนุนหรือไม่ ถ้ามีหน้าที่ของศาลก็สิ้นสุดลงศาลไม่ไปซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้นอีก

พยานหลักฐานที่เป็นสาริตถะคืออะไร ศาลฎีกาสหรัฐอธิบายไว้ในปี 1938 ว่าหมายถึงพยานหลักฐานในประเด็น ซึ่งตามความตติของวิญญูชนยอมรับว่าเป็นการเพียงพอที่จะสนับสนุนข้อสรุปอย่างหนึ่งอย่างใด

เหตุผลของศาลที่บิงตีบให้มีหลักเกณฑ์ทางพยานหลักฐานดังกล่าวคือ ศาลถือว่า การฟังข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดโดยไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนเลยย่อมเป็นการผิดกฎหมายอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะเข้าตรวจสอบว่าหลักเกณฑ์ทางพยานหลักฐานดังกล่าวมีหรือไม่ ทำนองเดียวกับข้อกฎหมายอื่นๆ โดยทั่วไปเช่นกัน

อนึ่ง มีข้อเท็จจริงอยู่อย่างหนึ่งศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Jurisdictional fact หรือ "ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งอำนาจ" ซึ่งในคดี Cromwell v. Benson ศาลฎีกาสหรัฐถือว่าหลักพยานหลักฐานที่เป็นสารัตถะยังไม่เป็นการเพียงพอสำหรับ ข้อเท็จจริงดังกล่าวและศาลฎีกาสหรัฐตรวจสอบการฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวเช่นเดียวกับ ข้อกฎหมาย

คดี Cromwell v. Benson เป็นเรื่องการซื้อขายด่าสินไหมทดแทนของฝ่าย ปกครองตามพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งซึ่งกำหนดความรับผิดชอบเด็ดขาดของนายจ้างไว้ ในกรณีเกิดอุบัติเหตุทางอุตสาหกรรมซึ่งเกิดในหน้าหน้านาวิของสหรัฐ ในการเรียก ด่าสินไหมทดแทน ลูกจ้างจะต้องแสดงว่าเขาได้อยู่ในทางการที่จ้างและอุบัติเหตุเกิดขึ้น ในหน้าหน้านาวิ ดังนี้ ศาลฎีกาสหรัฐถือว่า ข้อเท็จจริงที่ว่าอยู่ในทางการที่จ้างหรือไม่ก็ตี ข้อเท็จจริงที่ว่าอุบัติเหตุเกิดในหน้าหน้านาวิหรือไม่ก็ตีเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่ง อำนาจของฝ่ายปกครอง เพราะหากไม่มีข้อเท็จจริงดังกล่าวเสียแล้ว ฝ่ายปกครองก็ไม่มี อำนาจไปซื้อขายด่าสินไหมทดแทนได้ ดังนั้น ศาลจึงสามารถตรวจสอบได้ว่าการฟังข้อ เท็จจริงดังกล่าวถูกต้องหรือไม่

แต่หลักข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งอำนาจนี้ได้รับการโจมตีอย่างหนักจาก Justice Brandies ซึ่งได้ทำความเห็นแย้งในคดีนี้ Justice Brandies โจมตีว่า การวินิจฉัยเช่นนี้ทำให้ฝ่ายปกครองหมดอำนาจในการฟังข้อเท็จจริงไป ซึ่งเป็น การผิด ความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะถ้าว่ากันไปแล้ว ข้อเท็จจริงต่างๆที่สำคัญมีน้อย เหลือเกินที่ไม่เป็นเงื่อนไขแห่งอำนาจของฝ่ายปกครอง ตามความเห็นแย้งของ Justice Brandies ได้รับการเชื่อถืออย่างมาก ต่อมาศาลฎีกาสหรัฐจึงไม่เดินตามบรรทัดฐานใน คดี Cromwell v. Benson อีกและกลับมาถือหลักเดิมคือ ไม่ตรวจสอบในปัญหาว่าฝ่าย ปกครองฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวมาถูกต้องหรือไม่

ในฝรั่งเศสก็มีคดีคล้ายคดี Cromwell v. Benson เหมือนกันคือคดี Gomet ซึ่งตัดสินปี 1914 Conseil d'Etat ฟังข้อเท็จจริงใหม่ทำนองเดียวกับคดี Cromwell v. Benson ของอเมริกัน แต่ไม่ได้ให้เหตุผลไว้ จนกระทั่งในปี 1922 Conseil d'Etat จึงได้วางหลักเกณฑ์เรื่องนี้ไว้ในคดี Trepont เป็นอย่างเดียวกับคดี Cromwell v. Benson โดยให้เหตุผลว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวหากไม่มีเสียแล้ว การกระทำของฝ่ายปกครองก็จะ

ขาดหลักสำคัญทางกฎหมาย หรือ *cause juridique inexistant* ไป ดังนั้น หลักที่ว่า การฟ้องพยานหลักฐานของฝ่ายปกครองถึงที่สุด จึงนำมาใช้ไม่ได้ หลัก *cause juridique inexistant* ได้ใช้เรื่อยมาโดยไม่มีการเรียกร้องให้ยกเลิกเช่นในสหรัฐอเมริกา และเนื่องจากถ้าว่ากันไปแล้วก็ปฏิเสธตามเห็นแย้งของ Justice Brandies ไม่ได้ว่าข้อเท็จจริงอะไร ๆ ก็ปรับให้เป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งอำนาจได้หมด ดังนั้น ขอบเขตการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝรั่งเศสจึงนับว่ากว้างขวางมาก

ยังมีปัญหาอีกว่าการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมายจะถือว่าเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาล ข้อนี้เดิมศาลฎีกาสหรัฐถือว่าเป็นเรื่องของศาล เพราะเป็นปัญหาที่ข้อกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่ต่อมาในปี 1941 ศาลฎีกาสหรัฐเปลี่ยนแนวในคดี *Gray v. Powell* และถือว่าการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมายเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งศาลตรวจสอบแต่เพียงว่าการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองมีหลักเกณฑ์ทางพยานหลักฐานอันใดแก่ หลักพยานหลักฐานที่เป็นสารัตถะหรือไม่ และแนวโน้มนั้นต่อมา ก็เป็นไปตามบรรทัดฐานในคดี *Gray v. Powell* ดังกล่าว

ศาลฝรั่งเศสถือตามแนวเดิมของศาลฎีกาสหรัฐ คือ ถือว่าการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมายเป็นปัญหาข้อกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งตรวจสอบได้ว่าการวินิจฉัยของฝ่ายปกครองถูกต้องหรือไม่

สำหรับศาลไทย ในเรื่องการฟังข้อเท็จจริง ศาลฎีกามีแนวโน้มนำนองเดียวกับศาลอเมริกัน คือ ศาลไม่ยอมก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบว่าการฟังข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองถูกต้องหรือไม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อเท็จจริงใดๆ หลักนำนองเดียวกับข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งอำนาจซึ่งศาลอเมริกันเคยใช้อยู่ตริงหนึ่ง ไม่เคยปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกา แต่ศาลฎีกาก็มิใช่จะไม่แตะต้องเรื่องการฟังข้อเท็จจริงเสียทีเดียว มีบางครั้งที่ศาลฎีกาเคยกล่าวถึงการฟังข้อเท็จจริงว่าจะต้องมีหลักเกณฑ์ทางพยานหลักฐานบ้าง นำนองเดียวกับหลักพยานหลักฐานที่เป็นสารัตถะของอเมริกัน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 946-947/2510 ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ศาลฎีกากล่าวตอนหนึ่งว่า "ศาลยอมไม่หรือผินข้อเท็จจริง... ที่เจ้าหน้าที่รับฟังหรือวินิจฉัย... การจะฟังข้อเท็จจริง... ไปในทางใดจะถือว่าเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เว้นแต่การฟังข้อเท็จจริง... นั้น ไม่มีพยานหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือมิได้เป็นไปโดยสุจริต อันถือได้ว่าการวินิจฉัยเช่นนั้นไม่เป็นการชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง"

ส่วนการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมายเราก็ถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมาย
อย่างหนึ่ง ดังนั้น ศาลจึงเข้าตรวจสอบได้เช่นเดียวกับการวินิจฉัยข้อกฎหมายธรรมดา

2. การใช้ดุลพินิจ เรื่องการควบคุมการใช้ดุลพินิจได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญยิ่งของ
กฎหมายปกครอง เพราะหัวใจของอำนาจปกครองคือการใช้ดุลพินิจนั่นเอง และเมื่อ
กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจได้ ย่อมไม่เป็นที่ปรารถนาที่จะให้ฝ่ายปกครอง
ใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจของตนเองโดยไม่มีการควบคุมกันหลักตั้งเดิมจึงมีอยู่ว่าฝ่าย
ปกครองได้รับอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่มีอยู่ก็ต่อเมื่อใช้อำนาจนั้นอย่างมีเหตุผลและการ
ใช้ดุลพินิจโดยปราศจากการควบคุมนั้น โดยสภาพย่อมมีแนวโน้มที่จะปราศจากหลักเกณฑ์
และเหตุผลได้ง่าย" ดังนั้น จึงจำเป็นต้องให้ศาลเข้าควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่าย
ปกครองบ้าง

ตามกฎหมายอเมริกัน ศาลตรวจสอบใช้ดุลพินิจในขอบเขตที่ว่าดุลพินิจนั้น
ถูกใช้โดยมิชอบ หรือ abuse of discretion หรือไม่ ถ้าปรากฏว่าไม่มีการใช้โดยมิชอบ
ศาลก็จะไม่เข้าไปตรวจสอบว่าการใช้นั้น เหมาะสมหรือดีที่สุดแล้วหรือไม่ เพราะถือว่าเป็น
เป็นเรื่องของฝ่ายปกครอง แต่ถ้ามีการใช้ดุลพินิจ โดยมิชอบแล้วศาลจะเพิกถอนเสียได้
อย่างไรเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ปกติศาลฎีกาสหรัฐ
ความมีเหตุมีผลของดุลพินิจนั่นเอง ซึ่งจะพิจารณาได้จากสิ่งเหล่านี้

1. ความมุ่งหมายที่ไม่เหมาะสม
2. ข้อพิจารณาที่ผิดพลาดและนอกเรื่อง
3. หลักฐานที่ผิดจากข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง
4. การไม่พิจารณาข้อพิจารณาที่เกี่ยวกับเรื่องทั้งหมด
5. บล่อบล่ละละเลยหรือทำโดยชักช้า
6. ละเลยบรรทัดฐานหรือวิธีปฏิบัติที่วางไว้

กฎหมายฝรั่งเศสก็ถือว่าการใช้ดุลพินิจหรืออำนาจโดยมิชอบ หรือ
détournement de pouvoir เป็นเหตุให้ศาลเพิกถอนการกระทำทางปกครองได้อีก
อย่างหนึ่ง แต่ปัญหาว่าอย่างไรเป็นการ "มิชอบ" กฎหมายฝรั่งเศสต่างจากของอเมริกัน
แทนที่จะดูที่ความมีเหตุมีผลของดุลพินิจเช่นศาลอเมริกัน Conseil d'Etat กลับไปดูที่
มูลเหตุจริงใจของฝ่ายปกครอง แรกทีเดียวศาลก็เพิกถอนเมื่อฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ

หรืออำนาจโดยมิใช่เพื่อสาธารณประโยชน์ทั่วไป ต่อมาศาลขยายออกไปอีกเป็นว่า ถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะมีมูลเหตุจูงใจจากสาธารณประโยชน์ ถ้าปรากฏว่าไม่ได้มีเหตุผลสอดคล้องตามมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในการมอบอำนาจให้แล้ว ก็ถือว่าเป็นการใช้โดยมิชอบเช่นกัน การใช้ดุลพินิจหรืออำนาจโดยมิชอบจึงเป็นเรื่องฝ่าฝืนต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หลักการใช้อำนาจโดยมิชอบนี้ ต่อหลังจากศาลไม่ตอ่ยใช้โดยเสี่ยงไปใช้เรื่องการตรวจสอบในปัญหาข้อกฎหมายซึ่งกว้างขวางพอที่จะครอบคลุมเรื่องนี้ได้อยู่แล้ว

อย่างไรก็ดี มีสภาพของการกระทำบางอย่างทำให้ศาลยอมรับว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ เช่น กิจกรรมที่เกี่ยวกับการทหาร การต่างประเทศ เป็นต้น และไม่เข้าไปตรวจสอบกิจการดังกล่าวอีก ทั้งๆที่ไม่ขัดต่อกฎหมายห้ามไว้ โดยเฉพาะสำหรับประเทศไทย เนื่องจากศาลเราไม่เคยมีบทบาทในการควบคุมข้าราชการมาแต่ในอดีต ดังนั้นเมื่อกิจการใดไปเกี่ยวกับการบริหารงานภายในขององค์กรฝ่ายปกครองเข้าศาลจึงอยู่ในฐานะสิ่งที่จะต้องเข้าไปตรวจสอบ ดังจะเห็นได้จากคำสั่งให้ตุลาการให้โทษข้าราชการขององค์กรฝ่ายปกครองเอง ซึ่งศาลฎีกาไม่ยอมรับวินิจฉัยตรวจสอบโดยตลอดมา⁴¹

เหตุที่ศาลอเมริกันตรวจสอบการกระทำทางปกครองในขอบเขตที่แคบกว่าของฝรั่งเศส อาจเป็นเพราะเหตุสำคัญ 2 ประการ ประการแรก ศาลอเมริกันตระหนักดีว่าตนไม่อยู่ในฐานะที่จะก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาถึงรายละเอียดปลีกย่อยได้ เนื่องจากศาลที่พิจารณาคดีปกครองก็คือ ศาลยุติธรรมซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาซึ่งมิได้เป็นผู้เชี่ยวชาญดังเช่นในศาลปกครองของฝรั่งเศส ประการที่สอง ซึ่งเป็นข้อสำคัญที่สุด คือ ไม่มีตามจำเป็นที่ศาลอเมริกันจะต้องตรวจสอบการกระทำทางปกครองในขอบเขตที่กว้างอย่างของฝรั่งเศส เพราะกระบวนการที่บังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติก่อนมีคำสั่งดำเนินคดีตรงตริตพอทุกวิธีพิจารณาของศาลอยู่แล้ว ซึ่งย่อมเป็นการเพียงพอที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนจากการกระทำโดยมิชอบของฝ่ายปกครองได้ ศาลจึงทำหน้าที่เพียงดูแลให้

⁴¹ จากแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 818/2499 ฯลฯ ดังที่อ้างถึงมาแล้ว จนถึงปัจจุบันคำพิพากษาฎีกาก็ยังคงดำเนินตามแนวนี้มาโดยตลอด ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3535/2529.

ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าวเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งหัวใจของการควบคุมฝ่ายปกครองฝรั่งเศสอยู่ที่การตรวจสอบโดยละเอียดของศาลซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาซึ่งมีความรู้เชี่ยวชาญในสาขาต่างๆ ส่วนของอเมริกันอยู่ที่กระบวนการของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีลักษณะเคร่งครัดเกือบจะเป็นอย่างเดียวกับวิธีพิจารณาของศาล

เนื่องจากศาลไทยเราก็คือว่า "การใช้ดุลพินิจก็เป็นปัญหาข้อเท็จจริงประการหนึ่ง" ดังนั้น ขอบเขตการตรวจสอบของศาลจึงเป็นอย่างเดียวกับข้อเท็จจริงทั่วไป กล่าวคือศาลจะไม่ตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจนั้นถูกต้องหรือที่สุสุดแล้วหรือไม่ แต่จะตรวจสอบแต่ในปัญหาว่าการใช้ดุลพินิจนั้นมีพยานหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุนพอเพียงหรือเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่ ซึ่งเมื่อเทียบกับของฝรั่งเศสและอเมริกันแล้วของเราดูจะแคบกว่า*

2.2.2 การควบคุมโดยศาลปกครอง

การให้มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการไปยัง "ศาลปกครอง" (หากจะได้มีการจัดตั้งขึ้นต่อไป) มีบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรือกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันก็ยังมิได้มีการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวขึ้นมา แม้ว่าจะมีผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองเข้าสู่อการพิจารณาของรัฐสภาหลายครั้งหลายหน ซึ่งสาเหตุที่ยังไม่อาจจัดตั้งได้ในปัจจุบันที่สำคัญก็คือรูปแบบที่เหมาะสมของศาลปกครองดังกล่าวนี้เอง

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นเพียงการศึกษาภาพรวมของคณะกรรมการประเภทต่าง ๆ ดังนั้น หากจะมีการจัดตั้งศาลปกครองต่อไปในอนาคต ข้อพิจารณาเบื้องต้น สำหรับกรณีการควบคุมคณะกรรมการโดยศาลปกครองที่นอกเหนือไปจากตามที่กฎหมายบัญญัติให้มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการไปยัง "ศาลปกครอง" ดังกล่าวแล้วนั้น ก็ควรที่จะได้มีการศึกษาลักษณะอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในรายละเอียดต่อไป เพื่อเป็นพื้นฐานในการจัดเข้าสู่ระบบการควบคุมโดยศาลปกครองที่จะมีขึ้นในอนาคตต่อไป

*กรณีอาจเป็นเพราะมีแนวคิดของศาลไทยเองที่ว่า การพิจารณาในเรื่องดุลพินิจดังกล่าวควรเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง (ดูตามเห็นของ ศ. จิตติฯ ในเชิงอรรถ 38 หน้า 155).