

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง และการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION AND DISCRETIONARY POWER BY THE FRENCH ADMINISTRATIVE COURTS

อานันท์ กระบวนศรี*

ANAN KRABUANSRI*

วันที่รับบทความ 31 มีนาคม 2566

วันที่แก้ไขบทความ 29 เมษายน 2566

วันที่ตอบรับบทความ 30 เมษายน 2566

* น.บ., น.ม. (กฎหมายมหาชน), มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (ทุนรัฐบาล ก.พ.), พนักงานคดีปกครอง กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 1
สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

* Diplôme Supérieur de l'Université (Droit administrative), Université de Paris 2 Panthéon – Assas, Master 2 Droit
public (Droit public des affaires), Université Paris - Saclay (mention BIEN)

* e - mail: anan.travailler@gmail.com

บทคัดย่อ

ในระบบกฎหมายปกครองไทย เป็นที่ยุติแล้วว่าศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง แต่ในประเด็นปัญหาเรื่องการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ยังไม่เป็นที่ยุติแน่ชัดนักว่าศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบหรือไม่ เพียงใด อย่างไรก็ตาม การศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาศึปกครองของประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศต้นแบบของประเทศไทยจึงมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งในการพัฒนากฎหมายปกครองไทย จากการศึกษาพบว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง โดยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองปรากฏอยู่ในองค์ประกอบของความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายในนิติกรรมทางปกครอง จึงเป็นที่ยุติว่าศาลปกครองมีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว แต่ยังไม่เป็นที่ยุติและยังคงเป็นประเด็นที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในปัจจุบันว่าศาลปกครองมีอำนาจแค่ไหน เพียงใด

บทความนี้จะเริ่มทำการศึกษาลักษณะพื้นฐานที่สำคัญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการศึกษาองค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองในส่วนที่ 1 ของบทความนี้ จากนั้นจะทำการศึกษาลักษณะพื้นฐานที่สำคัญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเริ่มจากการอธิบายความหมายและความสำคัญของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองและปิดท้ายด้วยการศึกษาเหตุผลและความจำเป็นของศาลปกครองในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองผ่านพัฒนาการของการใช้และการตีความกฎหมายของสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสในส่วนที่ 2 ของบทความนี้

คำสำคัญ: ศาลปกครอง, นิติกรรมทางปกครอง, อำนาจดุลพินิจ

Abstract

According to the Thai administrative law system, it has been established that the Administrative Court has the power to control and verify the legality of administrative acts. However, on the issue of "discretionary power," the role of the Administrative Court in controlling such actions is unclear. To resolve this problem and develop Thai administrative law, it is necessary to study the administrative law of France, which is Thailand's model country. According to this study, the exercise of "discretionary power" is part of the exercise of the legal power of the administration. The legitimacy of discretionary power is part of the internal element of the legitimacy of administrative action. Thus, it was concluded that the French Administrative Court had jurisdiction over the case. However, it is still unresolved and is still a controversial issue today as to what extent the French Administrative Court has jurisdiction.

This article will begin to study the basic principles that are important in controlling and examining the legality of administrative juristic acts, especially in the study of the elements of

legality of administrative action. Then, it will study the basic principles of controlling and examining the legality of discretionary power, starting from explaining the meaning and importance of the exercise of discretionary power. This article concludes with a study of the rationale and necessity of the Administrative Courts to oversee the exercise of discretionary power through the development of the use and interpretation of the law of the *Conseil d'État* of France.

Keywords: Administrative Courts, Administrative action, Discretionary Power

1. บทนำ

สภาชติกฎหมายปกครองกล่าวว่า “แม้ดุลพินิจจะเป็นสิ่งที่ชั่วร้าย แต่ก็สิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น” สะท้อนให้เห็นถึงความขัดแย้งในตัวเองในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ นัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจ (le pouvoir discrétionnaire) เป็นสิ่งที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองอย่างกว้างขวางจนหลายครั้งถูกโต้แย้งว่าเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบ แต่อีกนัยหนึ่งก็เป็นสิ่งที่ทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นไม่ให้เกิดความตึงเครียดจนเกินไปผ่านการมอบหมายความไว้วางใจให้ฝ่ายปกครองใช้เหตุผลในการใช้และการตีความกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีที่มีความแตกต่างกันอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม จากการทบทวนวรรณกรรมกฎหมายไทยพบว่า มีความเข้าใจและมีการอธิบายกันพอสมควรว่า “ศาลปกครองไม่สามารถควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้” เนื่องจากเป็นเรื่องที่อยู่ในแดนของฝ่ายปกครองโดยแท้ ไม่ใช่เรื่องในแดนของกฎหมาย และหากศาลปกครองเข้าไปควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้เสียแล้ว ศาลปกครองก็ย่อมแสดงตนในฐานะของฝ่ายปกครองเสียเอง กลายเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองอีกชั้นหนึ่งอัน (le supérieur de l'administration) เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการที่สำคัญของหลักนิติรัฐ การให้คำอธิบายในลักษณะดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงความคิดที่ว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นคนละเรื่องที่แตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อเปิดพื้นที่ให้มีการถกเถียงแลกเปลี่ยนเพื่อให้เกิดความเจริญงอกงามในทางวิชาการ ผู้เขียนจึงทำการศึกษาค้นคว้าในประเด็นปัญหากฎหมายดังกล่าวผ่านทัศนะของระบบกฎหมายประเทศฝรั่งเศสเนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นระบบกฎหมายมหาชนที่มีพัฒนาการอย่างยาวนานและเป็นประเทศแม่แบบที่ส่งอิทธิพลทางความคิดไปยังประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) รวมถึงประเทศไทยที่ได้มีการแบ่งแยกระบบกฎหมายมหาชนออกจากระบบกฎหมายเอกชน และมีการแบ่งแยกระบบศาลปกครองออกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรมหรือที่เรียกกันว่า “ระบบศาลคู่” (la dualité des juridictions)

ในบทความนี้จะทำการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส และ ส่วนที่ 2 การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

1. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

ในการศึกษากฎหมายปกครองในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องเริ่มจากการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยเรื่องของ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (le principe de légalité) ซึ่งเป็นแนวคิดทางกฎหมายสำคัญของรัฐที่ประกาศตนว่ายินยอมตกอยู่ภายใต้กฎหมายหรือที่เรียกว่านิติรัฐ แต่การประกาศตนอย่างสวยงามว่ายอมตกอยู่ภายใต้กฎหมายนั้น ก็ย่อมไม่มีประโยชน์อันใดเลยหากปราศจากการควบคุมตรวจสอบว่าคำมั่นดังกล่าวได้รับการเคารพและปฏิบัติตามการใช้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในเครื่องมือสำคัญในการใช้อำนาจรัฐจึงต้องถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองที่มีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระ บทบาทขององค์กรตุลาการจึงเป็นหลักประกันสำคัญว่าฝ่ายปกครองจะเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้แน่ใจว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจที่ได้รับมานั้นเป็นไปโดยเคารพต่อหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและเป็นเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนโดยรวม การอันใดที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาเพิกถอนการดังกล่าวให้สิ้นผลไปจากระบบกฎหมาย ดังนั้น ในส่วนที่ 1 ของบทความนี้จะทำการแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในฐานะเครื่องมือสำคัญในการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ และส่วนที่ 1.2 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส : บทบาทของศาลปกครองในการลบล้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไปจากระบบกฎหมาย

1.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหรือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในฐานะเครื่องมือสำคัญในการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ¹

ภายใต้แนวคิดเรื่องนิติรัฐ (l'État de droit) รัฐได้ยอมตนตกอยู่ภายใต้กฎหมาย รัฐไม่ได้เป็นหน่วยที่มีอำนาจสูงสุดเด็ดขาดเหมือนอย่างในระบอบเก่า รัฐและองค์การของรัฐมีสถานะเป็นเพียงผู้แทนของประชาชนที่ได้รับมอบอำนาจและความชอบธรรมในการตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนซึ่งได้แก่การดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและการจัดทำบริการสาธารณะ และเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะใช้อำนาจที่ได้รับมา

¹ ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาก่อน คือ การใช้ถ้อยคำว่า “กฎหมาย” ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ มีความหมายอย่างไร มีความหมายเฉพาะเจาะจงถึงรัฐบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภา หรือมีความหมายอย่างกว้างรวมถึงกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (norm) อื่น ๆ ซึ่งเป็นขอบเขตทางภาษาที่แตกต่างกัน ในที่นี้ จะเห็นได้ว่าคำว่า “กฎหมาย” หรือในภาษาฝรั่งเศสที่ใช้คำว่า “la loi” มีความด้วยกัน 2 นัย ได้แก่ กฎหมายในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง กฎหมายทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นซึ่งก็คือรัฐบัญญัติหรือกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายบริหารกำหนด เช่น รัฐกฤษฎีกา ประกาศกระทรวง และกฎหมายในความหมายอย่างแคบ หมายถึงกฎหมายที่ถูกตราขึ้นโดยรัฐสภาเท่านั้น (โปรดดู Serge Guinchard et al, *Lexique des termes juridiques* 2017 - 2018, (Dalloz, 25^e éd., 2017), p. 1156. et Agathe Van Lang, *Dictionnaire De Droit Administratif*, (Sirey, 8^e éd., 2021), p. 338.) เพราะฉะนั้น เพื่อไม่ให้เกิดความสับสน ผู้เขียนจะใช้คำว่า “กฎหมาย” เฉพาะแต่ในความหมายอย่างกว้างเท่านั้น และหากผู้เขียนต้องการที่จะจำกัดขอบเขตของความหมายเฉพาะถึงกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น ผู้เขียนจะใช้คำว่า “กฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ” หรือคำว่า “รัฐบัญญัติ” ในบทความนี้

ไปในทางที่ชอบเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวม หากใช้ประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด การใช้อำนาจรัฐจะต้องตกอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายซึ่งผ่านความยินยอมของผู้แทนประชาชนกำหนด หลักการดังกล่าวเรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité)” หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่ดำรงอยู่มาอย่างยาวนานและเป็นหลักการที่ถูกพัฒนาขึ้นมาเคียงข้างไปกับพัฒนาการของกฎหมายมหาชน หลักการนี้ถูกสถาปนาขึ้นมาเพื่อต้องการให้ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมาย (la loi) เนื่องจากกฎหมายเป็นสิ่งที่มีความค่าสูงที่สุดในรัฐ ทั้งยังเป็นการปฏิเสธอำนาจเด็ดขาดของผู้ปกครองคนหนึ่งคนใด หลักความชอบด้วยกฎหมายมีรากฐานมาจากแนวคิดของฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean - Jacques Rousseau) ที่ว่าอำนาจอธิปไตยที่เป็นของประชาชน อำนาจอธิปไตยอาจถูกแสดงออกมาก็แต่โดยผ่านทางองค์กรของรัฐที่เป็นผู้แทนของประชาชน ซึ่งก็คืออำนาจในทางนิติบัญญัติ เพราะฉะนั้น อำนาจนิติบัญญัติที่สืบมาจากอำนาจอธิปไตยของประชาชนจึงเป็นเป็นอำนาจสูงสุดที่อยู่เหนืออำนาจขององค์กรทางการเมืองอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร²

ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในเชิงรุก (active) โดยหลักแล้วย่อมสามารถเริ่มใช้อำนาจได้เองโดยไม่ต้องมีคำร้องขอจากประชาชน³ และเมื่อในการตัดสินใจต่าง ๆ อาจกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชน การใช้อำนาสดังกล่าวย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนและจะต้องเป็นการใช้อำนาจที่มีข้อจำกัด ข้อจำกัดที่ว่านี้ก็คือการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานที่มาในการใช้อำนาจและการใช้อำนาสดังกล่าวจะต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายได้ให้อำนาจเอาไว้อย่างเคร่งครัด หลักการดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองยอมตนตกอยู่ใต้กฎหมาย (la soumission de l'Administration à la loi) ไม่ต่างไปจากการยอมตนตกอยู่ใต้กฎหมายของรัฐที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

² Jean - Claude Ricci, *Droit Administratif Général*, (Hachette Supérieur, 5^e éd., 2013), p. 16.

³ ต่างจากการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการที่โดยหลักแล้วจะจำกัดอำนาจของตนในเชิงรับ (passive) เท่านั้น หากไม่มีการฟ้องหรือการฟ้องไม่ครอบคลุมไปถึงประเด็นปัญหาหนึ่ง ศาลย่อมไม่สามารถพิจารณาพิพากษาประเด็นปัญหานั้นได้แต่อย่างไร ภายใต้หลักที่ว่าศาลไม่มีอำนาจพิพากษาเกินคำขอ (le principe de prohibition de l'ultra petita) มิฉะนั้นแล้วย่อมถือเสมือนหนึ่งว่าศาลปกครองเข้าไปทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครองเสียเองซึ่งจะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (moyens d'ordre public) และเป็นอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ “ภายหลัง” (*a posteriori*) จากที่ได้มีการกระทำทางปกครองแล้วเท่านั้น มิฉะนั้นแล้วย่อมเท่ากับเป็นการใช้อำนาจในเชิงรุกเสมือนหนึ่งว่าเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง, โปรตดู วรเจตน์ ภาศิริตัน, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*, (ม.ป.ท: นิติราษฎร์, 2554), น. 11 - 12, 74 และ 85 และ Michel Rousset et al., *Droit administratif, Tome II, Le contentieux administratif*, (Pug, 2^e éd., 2004), p.25., Jean Waline, *Droit administratif*, (Daloz, 26^e éd., 2016), p. 837., Alix Perrin, *Contentieux administratif*, (Daloz, 2^e éd., 2021), p. 223., Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, (Daloz, 16^e éd., 2014), p. 160., et Prosper Weil et al., *Droit administratif*, (Puf/ Humensis, 25^e éd., 2017), pp. 90 - 92.

จะเห็นได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการที่สืบสาวมาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นผลผลิตมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจสูงสุด⁴

เมื่อฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม และเพื่อให้การดังกล่าวบรรลุผล บางครั้งอาจมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจทางปกครองซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยเหตุนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจเหนือในลักษณะดังกล่าวมีความชอบธรรม การใด ๆ ที่ฝ่ายปกครองจะกระทำจึงต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งมาจากความยินยอมของผู้แทนประชาชนในระบอบเสรีประชาธิปไตย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนตราขึ้น หลักการดังกล่าวเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” และหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” หรืออาจกล่าวได้ว่า กฎหมายเป็นทั้งบ่อเกิดและข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง การกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียง “การบังคับให้การต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมาย” เท่านั้น⁵ ในอดีต หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามเฉพาะกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติต่อมา มีการขยายความรวมถึงกฎหมายในระดับอื่น ๆ อีกด้วยเป็นจำนวนมาก⁶ ตั้งแต่ในระดับรัฐธรรมนูญ (la Constitution)⁷ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (les traités internationaux) กฎหมายระดับรัฐบัญญัติ

⁴ Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, p. 16.

⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน : รวบรวมความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ท: วิญญูชน, 2540), น. 56.

⁶ Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, p. 18.

⁷ ในส่วนของกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ประเทศฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพเฉพาะแต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 เท่านั้น แต่ยังรวมถึงคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในเอกสารอื่น ๆ ที่ถูกเรียกโดยรวมว่า “กรอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (le bloc de constitutionnalité) อีกด้วย กล่าวคือ การรวมไปถึงคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 (la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) อาร์มภบทของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 (le Préambule de la Constitution de 1946) ซึ่งได้รับการยอมรับในฐานะของหลักทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม อันถือเป็น “หลักการเฉพาะอันจำเป็นอย่างยิ่งในยุคสมัยของเรา” (les principes particulièrement nécessaires à notre temps) กฎบัตรสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 (la Charte de l'environnement de 2004) และหลักการพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายทั้งหลายแห่งสาธารณรัฐ (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (les PFRLR))

(les lois) หลักกฎหมายทั่วไป (les principes généraux du droit, PGD) รวมไปถึงกฎ (les règlements) ที่ออกมาโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง⁸ ล้วนแล้วแต่เป็นกรอบที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตาม⁹

เพื่อให้ภารกิจของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมบรรลุผล ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีเครื่องมือที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเหนือคู่กรณีฝ่ายเอกชน หนึ่งในเครื่องมือที่สำคัญดังกล่าว ได้แก่ “นิติกรรมทางปกครอง”¹⁰ ซึ่งเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

⁸ ผู้เขียนแปลคำว่า “les règlements” เป็น “กฎ” เนื่องจากเป็นคำที่ใช้กันอย่างแพร่หลายแล้วในระบบกฎหมายไทยตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่หมายถึง “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป” หรือในบางตำราที่เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการออกกฎ” ซึ่งมีความหมายอย่างเดียวกันในสาระสำคัญ

⁹ André Maurin, *Droit administratif*, (Sirey, 11^e éd., 2018), p. 41., Pascale Gonod, *Droit administratif général*, (Daloz, 2^e éd, 2020), p. 81., et Michel Rousset et al., *Droit administratif, Tome I, L'action administrative*, (PUG, 2^e éd, 2004), p. 38.

¹⁰ อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะเข้าสู่เนื้อหาหลักของบทความนี้ พึงอธิบายขอบเขตแห่งการศึกษาให้ชัดเจนเสียก่อน เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกัน ผู้เขียนจำเป็นต้องอธิบายในเบื้องต้นเสียก่อนว่า วัตถุประสงค์ของการศึกษาของบทความฉบับนี้ ได้แก่ “นิติกรรมทางปกครอง” (l'acte administratif) ซึ่งเป็นข้อความคิดที่มีที่มาจากระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการกล่าวถึงคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ภาษาไทยในปัจจุบันจะยังเห็นได้ว่ายังมีความไม่แน่นอนชัดเจนในทางทฤษฎี กล่าวคือ ในระบบกฎหมายไทยคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในงานเขียนทางวิชาการ เช่น หนังสือตำรา งานวิจัย และบทความเกี่ยวกับกฎหมายปกครองเป็นหลัก แต่ไม่ใช่ถ้อยคำทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัตินิยามหรือคำจำกัดความไว้ในกฎหมายไทย แตกต่างจากคำว่า “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ที่ปรากฏนิยามที่ชัดเจนในตัวบทกฎหมายของประเทศไทยในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่ได้รับการกล่าวถึงและให้ตัวอย่างไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ ในประเทศไทยพบว่ามีการใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างน้อยใน 3 ความหมายแตกต่างกันออกไป ได้แก่ (1) หมายความว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง (ได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง) (2) หมายความว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง (ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง) และ (3) หมายความว่านิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ (เฉพาะคำสั่งทางปกครอง) ดังนั้น เพื่อทำความเข้าใจเนื้อหาในบทความนี้ จึงต้องอธิบายให้ชัดเจนก่อนว่าคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในฐานะที่เป็นศัพท์เทคนิค (terminus technicus) ของการศึกษานี้ มีความหมายอย่างกลาง ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง เท่านั้น เนื่องจากเป็นการศึกษาเฉพาะการใช้เทคนิคทางกฎหมายของศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับของศาลใน “คดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (le recours pour excès de pouvoir) เท่านั้น ไม่รวมถึงคดีฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่เป็นคดีปกครองแยกออกมาต่างหากอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม” (le recours de plein contentieux แต่อย่างใด, โปรดดู Serge Daël, *Contentieux administratif*, (PUF, 3^e éd., 2010), pp. 64 - 65. Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 118 - 119, 128 - 130., Mattias Guyomar et al., *Contentieux administratif*, (Daloz, 6^e éd., 2021), pp. 122 - 123, 132 - 133., Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 272., et Jacques Viguer, *Le Contentieux administratif*, (Daloz, 1^{ère} éd., 1998), pp. 106 - 107.

อนึ่ง การแบ่งประเภทคดีดังกล่าวจะได้ทำการอธิบายในสาระสำคัญต่อไปใน *ส่วนที่ 1.2.1* ของบทความนี้ เรื่องการแบ่งประเภทคดีของศาลปกครองฝรั่งเศส : การฟ้องคดีปกครองแบบภาวะวิสัยและการฟ้องคดีปกครองแบบอัตวิสัย

กฎหมายจึงเป็นทั้งบ่อเกิดและข้อจำกัดในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงส่งผลโดยตรงทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถกระทำการได้ตามอำเภอใจแต่จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายในทุกกระทำการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหลายจึงต้องมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องไม่ทำนอกกรอบที่กฎหมายกำหนด แต่ในบางครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองก็อาจดำเนินกิจกรรมหรือกระทำการบางอย่างที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ดี และในบางกรณีการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวก็ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อปัจเจกชนหรือสังคม เพราะฉะนั้น เพื่อที่จะให้หลักความชอบด้วยกฎหมายมีผลใช้บังคับได้อย่างแท้จริง นักกฎหมายจึงได้สร้างมาตรการต่าง ๆ ขึ้นมาควบคุมการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมาย มาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายและในอีกทางหนึ่งก็เพื่อที่จะเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

ประเภทของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le contrôle de la légalité) อาจจำแนกได้เป็น 2 กรณี¹¹ ได้แก่ (1) การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง (les recours administratifs) ซึ่งอาจทำการควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายปกครองผู้ออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเอง (le recours gracieux) หรือโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองผู้ออกกฎหมายหรือคำสั่ง (le recours hiérarchique) หลักการสำคัญของการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง คือ ฝ่ายปกครองด้วยตนเองสามารถควบคุมตรวจสอบได้อย่างกว้างขวางตามหลักอำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hiérarchique) ดังนั้น การควบคุมภายในฝ่ายปกครองจึงสามารถควบคุมตรวจสอบได้ทั้งประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย (la légalité) และประเด็นปัญหาความเหมาะสม (l'opportunité) (และหรือรวมถึงความเหมาะสมโดยแท้ (la pure opportunité)) และ (2) การควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ (les recours juridictionnels)¹² ซึ่งได้แก่ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส ที่ได้แก่ออกเป็น 3 ชั้น ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้น (le tribunal administratif) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (la cour administrative d'appel) และสภาแห่งรัฐ (le Conseil d'Etat)¹³ ตรงกันข้ามกับการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง ศาลมีอำนาจแค่เพียงควบคุมตรวจสอบในประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถควบคุมตรวจสอบในประเด็นปัญหาเรื่องความเหมาะสมได้แต่อย่างใด¹⁴ มิฉะนั้นแล้วย่อมถือว่าศาลได้เข้าไปแทรกแซงสมบัตภาพเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเสียเอง อันจะนำมาซึ่งปัญหาในเรื่องของการแบ่งแยกอำนาจและนำไปสู่

¹¹ Pascale Gonod, *op. cit.* p. 161. Michel Rousset et al., *Droit administratif, Tome I, L'action administrative, op. cit.*, p. 81., et Georges Dupuis et al., *Droit administratif*, (Sirey, 10^e éd., 2007), pp. 50 - 51.

¹² การควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองในความหมายอย่างกว้างจะมีองค์กรอื่น ๆ นอกเหนือไปจากศาล เช่น รัฐสภาหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ/ตามกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ แต่ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะการควบคุมตรวจสอบภายนอกโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น

¹³ Georges Dupuis et al., *op. cit.*, pp. 51 - 52.

¹⁴ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 126., et

ปัญหาเรื่องการปกครองโดยศาล (gouvernement des juges) ที่ต้องห้ามตามหลักนิติรัฐ¹⁵ อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะทำการศึกษาเฉพาะในส่วนของการควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น

1.2 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส : บทบาทของศาลปกครองในการปลงความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไปจากระบบกฎหมาย

ศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นองค์กรตุลาการที่ถือกำเนิดขึ้นมาจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองและประวัติศาสตร์ทางกฎหมายที่ต้องการพยายามจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย¹⁶ ในส่วนของลักษณะของการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองนั้น เนื่องจากคดีปกครองที่สามารถขึ้นสู่ศาลได้มีหลายประเภทและแต่ละประเภทก็มีลักษณะการควบคุมตรวจสอบที่แตกต่างกันไม่ว่าจะเป็นเรื่องของคำฟ้อง คำขอ และคำบังคับของศาลปกครอง ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องเริ่มต้นจากการศึกษาการแบ่งแยกประเภทของคดีปกครองเสียก่อนใน *ส่วนที่ 1.2.1* การแบ่งประเภทคดีของศาลปกครองฝรั่งเศส : การฟ้องคดีปกครองแบบภาวะวิสัยและการฟ้องคดีปกครองแบบอัตตวิสัย จากนั้น จะทำการศึกษาในรายละเอียดของคดีที่ศาลปกครองเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองใน *ส่วนที่ 1.2.2* คดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Recours pour excès de pouvoir) และสุดท้ายจะทำการศึกษว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ว่านี้มีลักษณะอย่างไร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือทำการศึกษว่านิติกรรมทางปกครองที่จะชอบด้วยกฎหมายได้นั้นมีองค์ประกอบอย่างไรใน *ส่วนที่ 1.2.3* องค์ประกอบของความชอบด้วยกฎหมายตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานคดี Société Intercopie (1953) ของสภาแห่งรัฐ

1.2.1 การแบ่งประเภทคดีของศาลปกครองฝรั่งเศส : การฟ้องคดีปกครองแบบภาวะวิสัยและการฟ้องคดีปกครองแบบอัตตวิสัย

¹⁵ Céline Wiener et al, *Droit public : Droit constitutionnel et administratif, Finances publiques, Institutions européennes*, (Documentation française, 2017), p. 21., et Georges Dupuis et al., *op. cit.*, pp. 138 - 139.

¹⁶ ประวัติของศาลปกครองฝรั่งเศสเริ่มต้นจากการที่คณะปฏิวัติกล่าวหาว่าศาลยุติธรรมเป็นตัวแทนของระบอบการเมืองแบบเก่าที่ไม่มีความเป็นกลางเนื่องจากมีประวัติการตัดสินคดีที่ให้ประโยชน์กับผู้อำนาจอยู่เสมอ เพื่อป้องกันไม่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามาแทรกแซงภารกิจของรัฐในระบอบใหม่ จึงได้มีการตรารัฐธรรมนูญฉบับวันที่ 16 และ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 เพื่อแบ่งแยกอำนาจของศาลยุติธรรมไม่ให้สามารถเข้ามาตัดสินคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครองได้อีกต่อไป และในกรณีที่มีข้อพิพาทดังกล่าวก็จะให้ฝ่ายปกครองด้วยกันเองเป็นผู้ยุติข้อพิพาท และในเวลาต่อมาในสมัยของนโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoléon Bonaparte) ก็ได้มีการตั้งสภาแห่งรัฐ (le Conseil d'État) ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายปกครองและตัดสินคดีข้อพิพาทของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ จึงถือเป็นจุดเริ่มต้นของศาลปกครองฝรั่งเศสและระบบศาลและวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองฝรั่งเศสที่ได้มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนและส่งอิทธิพลต่อประเทศอื่น ๆ จนถึงปัจจุบัน, โปรดดู Pierre Delvolvé, *Le droit administratif*, (Dalloz, 7^e éd, 2018), p. 84., Gilles Lebreton, *Droit administratif*, (Dalloz, 11^e éd, 2021), pp. 4 -5., Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 6 - 7., Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 13., Alix Perrin, *op. cit.*, p. 2., Patrice Chrétien et el, *Droit administratif*, (Sirey, 27^e éd, 2020), pp. 60 – 66., Prosper Weil et al., *op. cit.*, pp. 8 - 10., et Michel Rousset et al., *Droit administratif, Tome I, L'action administrative*, *op. cit.*, pp. 20 - 23.

ในการเรียนการสอนกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส แรกเริ่มได้มีการแบ่งประเภทคดีพิพาททางปกครองออกเป็น 4 ประเภทหลัก ได้แก่ คดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอน (le contentieux de l'annulation) คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (le contentieux de pleine juridiction) คดีที่ศาลมีอำนาจตีความ (le contentieux de l'interprétation) และคดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษ (le contentieux de la répression) ซึ่งถือเป็นการแบ่งแยกประเภทคดีแบบคลาสสิก (la classification formelle) ที่มาจากความรู้และประสบการณ์ในการทำงานคดีของ Édouard Laferrière อดีตรองประธานสภาแห่งรัฐ นักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียง สังเกตได้ว่า การจำแนกในลักษณะดังกล่าวเป็นการแบ่งประเภทคดีตามอำนาจของศาลปกครองในการพิพากษากำหนดค่าบังคับคดีซึ่งถือว่าการจำแนกโดยอาศัยกฎเกณฑ์ในทางรูปแบบ (un critère formel)¹⁷ คดีทั้ง 4 ประเภทล้วนแล้วแต่มีความสำคัญ แต่ประเภทคดีที่จะศึกษาในบทความนี้จะกล่าวถึงเพียงคดีสองประเภทแรก ได้แก่ คดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอน (le contentieux de l'annulation) คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (le contentieux de pleine juridiction) โดยการฟ้องคดีประเภทแรกมุ่งเน้นที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการฟ้องคดีประเภทหลังมุ่งเน้นการดำเนินการอื่นที่ไม่ใช่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ดังเช่น การฟ้องขอให้ศาลพิพากษาให้ฝ่ายปกครองเยียวยาความเสียหายหรือการฟ้องขอให้ศาลบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญา¹⁸ อย่างไรก็ตาม การจำแนกประเภทโดยอาศัยกฎเกณฑ์ในทางรูปแบบนั้น ไม่ได้ทำให้เข้าใจลักษณะในเนื้อหาสาระสำคัญของคดีมากนัก เนื่องจากเป็นเพียงการศึกษาโดยพิจารณาว่าศาลปกครองสามารถกำหนดค่าบังคับได้อย่างไร มีสภาพบังคับในทางกฎหมายอย่างไร เป็นกรณีไป แต่ไม่ได้ทำการพิจารณาเนื้อหาแก่นแท้ของคดีในแต่ละประเภทแต่อย่างใด

เลอง ดูกีต์ (Léon Duguit) อดีตอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบอร์กโดซ์ (Université de Bordeaux) นักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียง ได้อธิบายว่าการแบ่งประเภทคดีพิพาทในคดีปกครองเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากการฟ้องคดีในแต่ละประเภทมีลักษณะที่แตกต่างกันผู้ฟ้องมีสถานะในทางกฎหมายและวัตถุประสงค์ในการฟ้องคดีที่แตกต่างกัน รวมไปถึงวัตถุประสงค์ที่พิพาทก็มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ความแตกต่างดังกล่าวจะส่งผลโดยตรงต่ออำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการกำหนดค่าบังคับของศาล และผลบังคับผูกพันของคำพิพากษา และได้เสนอให้มีการแบ่งแยกประเภทคดีปกครองออกเป็น 2 ลักษณะได้ (1) การดำเนินคดีปกครองแบบภาวะวิสัย (contentieux objectif) และ (2) การดำเนินคดีปกครองแบบอัตวิสัย (contentieux subjectif)¹⁹ การแบ่งประเภทคดีดังกล่าวเป็นการจำแนกโดยอาศัยกฎเกณฑ์ในทางรูปแบบ (la classification matérielle) :ซึ่งมีฐานที่มาจากการพิจารณาลักษณะของคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี หากผู้ฟ้องคดีต้องการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง การฟ้องคดีดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นการฟ้องคดีแบบภาวะวิสัย

¹⁷ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 122 - 123. Pascale Gonod, *op. cit.*, pp. 29 - 30.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 122 - 123. et Jacques Viguier, *op. cit.*, pp. 106 - 107.

¹⁹ Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, (LexisNexis Litec, 4^e éd., 2005), p. 176. et Pierre Delvolvé, *op. cit.*, pp. 114 - 115., et Pascale Gonod, *op. cit.*, p. 162.

แต่หากผู้ฟ้องคดีต้องการฟ้องโต้แย้งสิทธิหน้าที่ของตน กรณีย่อมถือว่าเป็นการฟ้องคดีแบบอัตตวิสัย²⁰ ดังนั้น ในส่วนที่ 1.2.1 ของบทความนี้จึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1.2.1.1 การฟ้องคดีปกครองแบบภาวะวิสัย และส่วนที่ 1.2.1.2 การฟ้องคดีปกครองแบบอัตตวิสัย

1.2.1.1 การฟ้องคดีปกครองแบบภาวะวิสัย

ในการฟ้องคดีแบบภาวะวิสัยนั้น ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ที่ต้องตรวจสอบว่ากฎหมายถูกล่วงละเมิด โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองหรือไม่ กล่าวคือ เป็นกรณีปัญหาทางกฎหมายที่ว่านิติกรรมทางปกครองที่พิพาทนั้นเคารพต่อกฎหมายที่เป็นทั้งบ่อเกิดและข้อจำกัดในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือไม่ ดังนั้น การฟ้องคดีแบบภาวะวิสัยจึงเป็นคดีที่ถือว่าผู้ฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์ที่จะขอให้ศาลปกครองพิจารณาในประเด็นปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ²¹ ถึงแม้ว่าในความเป็นจริงแล้วผู้ฟ้องคดีอาจจะต้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาไปในทางที่คุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ที่ตนพึงจะได้รับ ตัวอย่างของการฟ้องคดีแบบภาวะวิสัย ได้แก่ คดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (le recours pour excès de pouvoir) หรือคดีที่ศาลยุติธรรมร้องขอให้ศาลปกครองตีความความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่คู่กรณีกล่าวอ้าง (le contentieux de l'appréciation de légalité)²² อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะทำการศึกษาเฉพาะคดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

คดีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรืออาจเรียกว่าคดีที่ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอน (le contentieux d'annulation) เป็นคดีที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะนอกจากจะเป็นเครื่องมือสำคัญที่ศาลปกครองใช้ในการปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว ยังเป็นหลักประกันสำคัญที่ทำให้การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายตามหลักนิติรัฐ²³ ดังนั้น ผลบังคับของคำพิพากษาในคดีประเภทนี้ยังมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (erga omnes)²⁴ ไม่ได้ผูกพันเฉพาะคู่กรณีเหมือนการฟ้องคดีแบบอัตตวิสัย และมีผลย้อนหลังกลับไปในอดีตตั้งแต่วันที่ที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองโดยฝ่ายปกครอง (effet rétroactif)²⁵ ตามคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐคดี Rodière ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925²⁶ ทำให้นิติกรรมทางปกครอง ที่ถูกศาลพิพากษาเพิกถอนให้ถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยปรากฏมาก่อน (l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé) เพื่อขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้

²⁰ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 123 - 124. et Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 210. et Pierre - Laurent Frier et al., *Droit administratif*, (LGDJ, 12^e éd., 2018), p. 634.

²¹ Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 118 - 119

²² Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 211.

²³ Prosper Weil et al., *op. cit.*, pp. 103 - 104.

²⁴ Serge Daël, *op. cit.*, p. 64. et Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 502 - 503., Patrice Chrétien et al., *op. cit.*, pp. 859 - 860., et Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, pp. 294 - 295.

²⁵ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 123., Pascale Gonod, *op. cit.*, p. 178.

²⁶ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925 คดี Rodière.

หมดไปและเพื่อเยียวยาผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁷ ตลอดจนไปถึงมาตรการต่าง ๆ ที่นิติกรรมนั้นก่อตั้งขึ้น (les actes subséquents)²⁸ ในช่วงเวลาที่นิติกรรมนั้นมีผลบังคับใช้ก็ย่อมถูกเพิกถอนไปด้วย²⁹ การใช้เครื่องมือสำคัญดังกล่าวของศาลปกครองจึงสามารถใช้อย่างได้กับบุคคลเป็นการทั่วไป (une autorité absolue de chose jugée)³⁰ บุคคลอื่นที่ไม่ได้เข้ามาเป็นคู่กรณีในศาลปกครองก็อาจจะได้รับประโยชน์ไปโดยปริยายจากการที่ศาลพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่นิติกรรมที่เป็นพิพาทเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป

1.2.1.2 การฟ้องคดีปกครองแบบอรรถวิสัย

การฟ้องคดีประเภทนี้ มุ่งเน้นการดำเนินการอื่นที่ไม่ใช่การเพิกถอนการกระทำทางปกครอง ดังเช่นการเยียวยาความเสียหายหรือการแก้ไขสัญญา³¹ ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะพิจารณาสถานการณ์ของบุคคล (la situation juridique d'un individu) และสามารถพิพากษาบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ฟ้องคดี เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่ามีการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี การฟ้องคดีแบบอรรถวิสัย ได้แก่ การฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (le recours de plein contentieux หรือที่อาจเรียกในอีกชื่อหนึ่งได้เช่นกันว่า le contentieux de plein juridiction) การฟ้องคดีประเภทนี้มีชื่อเรียกว่าคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มเนื่องจากเป็นกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการสั่งให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้ ต่างกับคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองมีอำนาจแต่เพียงพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ตัวอย่างของคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ได้แก่ การดำเนินคดีเกี่ยวกับสัญญา (le contentieux des contrats) การดำเนินคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (le contentieux de la réparation) การดำเนินคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง (le contentieux électoral) หรือการดำเนินคดีเกี่ยวกับภาษี (le contentieux fiscal)³²

ในการพิจารณาว่าคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มหรือไม่ ศาลจะพิจารณาจากคำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดีประสงค์ที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมที่พิพาทหรือไม่ หรือมุ่งขอให้ศาลชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นหลัก ดังนั้น กรณีที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาเป็นคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มได้จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่ามีการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีเท่านั้น³³ เช่น ขอให้ ศาลปกครองพิพากษาให้คู่สัญญาชำระหนี้ ค่าปรับและค่าเสียหายจากการผิดสัญญา หรือเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำ³⁴ จะเห็นได้ว่าศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวาง และสามารถกำหนด ค่าบังคับ

²⁷ Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 285. Olivier Gohin, *op. cit.*, p. 183.

²⁸ André Maurin, *op. cit.*, p. 221.

²⁹ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1986 คดี *Société Gepro*.

³⁰ Michel Rousset et al., *Droit administratif, Tome II, Le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 136.

³¹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 122 - 123. et Jacques Viguiet, *op. cit.*, pp. 106 - 107.

³² Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 118 - 119.

³³ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 132 - 135.

³⁴ Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 272.

ได้แทบจะทุกรูปแบบเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิหน้าที่ของคู่กรณี อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะเป็นคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจเต็ม โดยหลักแล้วศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจถึงขนาดที่จะตัดสินใจเข้าแทนการกระทำของฝ่ายปกครอง³⁵ และคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันเฉพาะแค่คู่กรณี (une autorité relative de la chose jugée) ไม่มีผลผูกพันออกไปยังบุคคลภายนอกเหมือนการฟ้องคดีแบบภาวะวิสัย³⁶ เว้นแต่ในบางกรณีที่มีผลเป็นการทั่วไปซึ่งต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้น เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง³⁷

1.2.2 คดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Recours pour excès de pouvoir)³⁸

ในกรณีที่มีการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจะต้องพิจารณาหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอยู่เสมอ โดยพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวมีความบกพร่องในทางกฎหมายหรือไม่ และความบกพร่องดังกล่าวมีผลร้ายแรงถึงขนาดทำให้คำสั่งนั้นจะต้องถูกเพิกถอนโดยศาลปกครองหรือไม่

เมื่อสาระสำคัญของคดีประเภทนี้ คือ การปกป้องคุ้มครองให้ระบบกฎหมายปกครองมีความถูกต้องสมบูรณ์ปราศจากนิติกรรมทางปกครองที่ล่วงละเมิดต่อกฎหมาย คำฟ้องของคดีประเภทนี้จึงเป็นประเภทคดีที่มีขอบเขตกว้างขวางและครอบคลุม ส่งผลต่อการพิจารณาประเด็นเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่ทำให้ศาลพิจารณาในขอบเขตที่กว้างขวางเช่นเดียวกัน ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่พิสูจน์แต่เพียงว่าฝ่ายปกครองมีการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีก็มีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง (intérêt à agir) ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดพิสูจน์ว่าผู้ฟ้องมีสิทธิโดยชอบธรรมตามกฎหมายที่พิพาทแต่อย่างใด ขอแค่ว่ามีความเกี่ยวข้องกับนิติกรรมที่พิพาทในระดับหนึ่งศาลก็สามารถรับคดีไว้พิจารณาได้ แต่จะต้องพิสูจน์ให้ได้แค่เพียงว่าตนส่วนได้เสียดังกล่าวนั้นมีลักษณะที่เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง (direct) และได้รับผลกระทบอย่างแน่นอน (certain)³⁹ เพราะเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายคือการปกป้องคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายปกครอง การจำกัด

³⁵ Ibid.

³⁶ Olivier Gohin, *op. cit.*, p. 184.

³⁷ Serge Daël, *op. cit.*, p. 64.

³⁸ อำนาจของศาลปกครองฝรั่งเศสในคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ปรากฏในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศฝรั่งเศส (ต่างกับประเทศไทยที่บัญญัติเอาไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)) แต่เป็นอำนาจทั่วไปที่มีสถานะในทางกฎหมายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ผ่านการรับรองโดยสภาแห่งรัฐในคดี Dame Lamotte ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1950 และเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการปฏิบัติตามหลักนิติรัฐมาอย่างยาวนาน, โปรดดู Michel Rousset et al., *Droit administratif, Tome II, Le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 109.

³⁹ Gustave Peiser, *op. cit.*, pp. 99 - 101.

เงื่อนไขการฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวก็เป็นเพียงเป็นไปเพื่อการขัดขวางไม่ให้มีปริมาณคดีพิพาทเข้าสู่ศาลมากเกินไปที่ถึงขนาดว่าบุคคลใดก็สามารถมาฟ้องคดีต่อศาลได้ปกครอง (l'action populaire)⁴⁰

ถึงแม้ว่าจะเปิดโอกาสให้มีการฟ้องคดีอย่างกว้างขวาง ศาลปกครองก็มีอำนาจเพียงการพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ศาลปกครองไม่มีอำนาจสั่งให้ชดเชยค่าเสียหายหรือสั่งให้คู่กรณีต้องรับผิดชอบใดๆ อันเป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด ศาลปกครองไม่สามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการได้ ศาลปกครองทำแต่เพียงพิจารณาในประเด็นปัญหากฎหมายและพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวสูญสิ้นไปจากระบบกฎหมายปกครอง ไม่สามารถเข้าไป “แทนที่” (substituer) การตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้อย่างใด⁴¹ เพราะฉะนั้น ในกรณีฟ้องโต้แย้ง นิติกรรมทางปกครองที่ให้ประโยชน์ (เช่น การฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร) คดีประเภทนี้ไม่ได้เยียวยาความเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้อย่างแท้จริง เนื่องจากศาลไม่สามารถออกนิติกรรมทางปกครองหรือสั่งให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองได้ (ศาลทำได้แค่เพียงพิพากษาคำสั่งไม่อนุญาตดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลไม่สามารถออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารและไม่สามารถสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้) ศาลปกครองมีอำนาจแค่เพียง (1) พิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท (les décisions d'annulation) (ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนของนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท) และ (2) พิพากษายกฟ้อง (Les décisions de rejet)⁴² ต่างกับคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มให้ผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งเรื่องการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองจึงมีอำนาจที่จะพิพากษาเพื่อให้ฝ่ายปกครองดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิของผู้ฟ้องคดีได้⁴³

ตรงกันข้ามกับการฟ้องโต้แย้ง นิติกรรมทางปกครองที่ให้โทษ ในกรณีที่ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่านิติกรรมที่พิพาทเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้ความไม่ชอบด้วยกฎหมายสูญสลายหายไปอย่างสิ้นเชิงและเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่ได้รับผลร้ายจากนิติกรรมดังกล่าวไม่ให้มีความเสียหายและไม่ให้มีผลพินมัวหมองอีกต่อไป สภาแห่งรัฐได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่าคำพิพากษาของศาลปกครองจะมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ถูกนำมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนสิ้นผลย้อนหลัง (la disparition rétroactive de l'acte)⁴⁴ ทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ถูกศาลพิพากษาเพิกถอนให้ถือเสมือน

⁴⁰ Alix Perrin, *op. cit.*, p. 102. Pascale Gonod, *op. cit.*, p. 174, et Patrice Chrétien et al., *op. cit.*, pp. 821 - 822.

⁴¹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 130.

⁴² Pascale Gonod, *op. cit.*, p. 178., Michel Rousset et al., Droit administratif, Tome II, Le contentieux administratif, *op. cit.*, pp. 135 - 136., Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, 293., et Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 641.

⁴³ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 124 et pp. 133 - 136., Martine Lombard et al., *op. cit.*, p. 541., et André Maurin, *op. cit.*, pp. 249 - 250.

⁴⁴ Michel Rousset et al., Droit administratif, Tome II, Le contentieux administratif, *op. cit.*, p. 136.

หนึ่งว่าไม่เคยปรากฏมาก่อน (*l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé*)⁴⁵ ตลอดจนไปถึงมาตรการต่าง ๆ ที่นิติกรรมนั้นก่อตั้งขึ้น (*les actes subséquents*)⁴⁶ ในช่วงเวลาที่นิติกรรมนั้นมีผลบังคับใช้ก็ย่อมถูกเพิกถอนไปด้วย⁴⁷ ดังปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐคดี *Rodière* ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925⁴⁸ อย่างไรก็ตาม ผลของคำพิพากษาในลักษณะดังที่กล่าวมานี้อาจก่อให้เกิดผลร้ายต่อนิติฐานะของผู้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองฉบับนั้นไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม และอาจก่อให้เกิดผลร้ายต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง ประเทศฝรั่งเศสจึงเริ่มผ่อนคลายนัยความเข้มงวดของหลักการดังกล่าว โดยพิจารณาถึงคุณค่าทางกฎหมายอื่น ๆ ที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองผ่านการตีความกฎหมายของสภาแห่งรัฐ อันได้แก่ หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (*le principe de sécurité juridique*) และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจ (*le principe de confiance légitime*) กับทั้งแนวคิดด้วยประโยชน์สาธารณะ (*la notion d'intérêt général*)⁴⁹ พัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลที่ผ่อนคลายนัยการยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอย่างเข้มงวดดังกล่าวปรากฏผ่านการกำหนดผลแห่งคำพิพากษาที่แตกต่างออกไปจากหลักการเดิมที่เคยนับถือปฏิบัติในอดีต⁵⁰ เช่น การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยกำหนดให้มีผลในวันที่มีคำพิพากษาหรือมีผลไปในอนาคตในคำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี *Association AC !* ค.ศ. 2004⁵¹ (*technique de l'« annulation aux effets limités à l'avenir »*)⁵²

1.2.3. องค์ประกอบของความชอบด้วยกฎหมายตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของสภาแห่งรัฐคดี *Société Intercopie* ค.ศ. 1953 ของสภาแห่งรัฐ

ในทางทฤษฎีกฎหมายปกครอง การแบ่งประเภทดังกล่าวมีความแตกต่างกันไปในแต่ละตำรานักกฎหมายมหาชนบางท่าน เช่น Gilles Lebreton ในหนังสือกฎหมายปกครอง (*Droit administratif*)

⁴⁵ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 123., et Prosper Weil et al., *op. cit.*, pp. 108 - 109.

⁴⁶ André Maurin, *op. cit.*, p. 221.

⁴⁷ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1986 คดี *Société Gepro*.

⁴⁸ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925 คดี *Rodière*.

⁴⁹ รวมถึงหลักการย่อยอื่น ๆ เช่น หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งการใช้อำนาจ (คำสั่ง) ทางกฎหมาย (*la stabilité de l'ordre juridique*) หรือหลักการบริหารบ้านเมือง/การปกครองที่ดี (*une bonne administration*), โปรดดู Michel Rousset et al., *Droit administratif*, Tome II, *Le contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁰ อานันท์ กระบวนศรี, “ทวิลักษณะในความสัมพันธ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (*le principe de légalité*) และหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (*le principe de sécurité juridique*) ในการควบคุมตรวจสอบ การกระทำทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส,” *วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์*, ปีที่ 11, ฉบับที่ 2, น. 154 - 169 (กรกฎาคม – ธันวาคม 2565).

⁵¹ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 คดี *Association AC !*.

⁵² Martine Lombard et al., *Droit administratif*, (Dalloz, 14^e éd., 2021), pp. 529 - 530., Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, p. 294., Jean Waline, *op. cit.*, pp. 840 - 841. Gustave Peiser, *Droit administratif general*, *op. cit.*, pp. 314 - 315., et Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 644.

ที่ได้แบ่งออกเป็น 4 ประเภท⁵³ ได้แก่ การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (*l'incompétence*) การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ (*le vice de forme*) การบิดเบือนการใช้อำนาจ (*le détournement de pouvoir*) และละเมิดต่อกฎหมาย (*la violation de la loi*)⁵⁴ แต่ ณ ที่นี้ขออ้างอิงตามการแบ่งประเภทของ Bertrand Seiller ในหนังสือกฎหมายปกครอง เล่มที่ 2 การกระทำของฝ่ายปกครอง (*Droit administratif : 2. L'action administrative*)⁵⁵ และในหนังสือกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (*Contentieux administratif*) ที่เขียนร่วมกับ Mattias Guyomar⁵⁶ เนื่องจากการเป็นกรจำแนกในทางวิชาการและมีผลใช้บังคับในความเป็นจริงในกระบวนการพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ สภาแห่งรัฐได้วางแนวคำวินิจฉัยในคดี *Société intercopie* ค.ศ. 1953⁵⁷ ที่ได้แบ่งประเภทของความบกพร่องในทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองออกเป็น 2 ลักษณะ ที่สำคัญได้แก่ ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายนอก (*la légalité externe*) และความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายใน (*la légalité interne*)⁵⁸

ในคดี *Société intercopie* ศาลปกครองได้วางหลักว่าในการฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองต่อศาลปกครองนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองแล้ว ถึงแม้ว่าจะพ้นกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดี ผู้ฟ้องก็สามารถยกข้อต่อสู้ (*les moyens*) เพิ่มเติมที่ไม่ได้กล่าวมาแต่แรกในคำฟ้องในขณะที่เริ่มคดี (*une requête introductive d'instance*) ได้ หากข้อต่อสู้นั้น เป็นข้อต่อสู้ที่อยู่ใน ประเด็นปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (*la cause juridique*) ที่เคยได้ยกขึ้นกล่าวอ้างมาแล้วในคำฟ้องในขณะที่เริ่มคดี ตัวอย่างเช่น หากผู้ฟ้องยื่นคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยยกข้อต่อสู้เรื่องความบกพร่องใน ข้อกฎหมาย (*l'erreur de droit*) เช่นว่า ฝ่ายปกครองตีความกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง ต่อมา ถึงแม้ว่าจะพ้นระยะเวลาในการฟ้องคดีแล้ว ผู้ฟ้องคดีก็อาจยกข้ออ้างข้อเถียงเรื่องความบกพร่องในข้อเท็จจริง (*l'erreur de fait*) เช่นว่า ข้อเท็จจริงที่เป็นฐานที่ใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองที่พิพาทไม่มีอยู่จริง ก็ได้ เนื่องจากเป็นข้อต่อสู้ประเภทความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายในเช่นเดียวกัน การศึกษาความแตกต่างและการจำแนกประเภทของเหตุแห่งความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการทำความเข้าใจหลักทั่วไปว่าด้วยกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในการนำมาใช้พิจารณาพิพากษาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง⁵⁹

⁵³ หรือในบางตำราที่จำแนกออกเป็น 5 ประเภท โดยเพิ่มความบกพร่องในทางกฎหมายประเภทที่ 5 ได้แก่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการให้เหตุผลในทางกฎหมาย (*l'illégalité relative aux motifs*), โปรดดู Michel Rousset et al., *Droit administratif*, Tome II, *Le contentieux administratif*, op. cit., pp. 125 - 134.

⁵⁴ Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 525.

⁵⁵ Bertrand Seiller, *Droit administratif: 2. L'action administrative*, (Champs université, 7^e éd., 2014), pp. 252 - 264.

⁵⁶ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 321 - 322).

⁵⁷ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1953 คดี *Société intercopie*.

⁵⁸ Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 636.

⁵⁹ Martine Lombard et al., *op. cit.*, p. 522., et Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, pp. 287 - 288.

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าว ในการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (le recours pour excès de pouvoir) นั้น โดยหลักแล้วอาจพิจารณาจำแนกประเด็นปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (la cause juridique) ออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ 1.2.3.1 ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายนอก (la légalité externe) และ 1.2.3.2 ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายใน (la légalité interne) หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่านิติกรรมทางปกครองที่พิพาทมีความบกพร่องไม่ว่าจะด้วยเหตุจากภายนอกหรือเหตุจากภายใน ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวได้

1.2.3.1 ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายนอก (la légalité externe)

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก คือ ข้อเท็จจริงที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ใช่ข้อบกพร่องที่เป็น “เนื้อหา” แห่งคดี (le fond) แต่เป็นเรื่องของ “รูปแบบ” (la façon) ในการตัดสินใจในการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ทั้งนี้ อาจจำแนกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ผู้ฟ้องอาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ (le moyen) ได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) อำนาจของฝ่ายปกครอง (la compétence) ในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง และ (2) รูปแบบและขั้นตอน (les formes et formalités) ในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง⁶⁰

(1) อำนาจของฝ่ายปกครอง (la compétence)

ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ประเด็นเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก เป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (le moyen d'ordre public) ที่ศาลปกครองสามารถยกขึ้นได้เองโดยไม่ต้องมีคำร้องขอของคู่กรณีแต่ประการใด ทั้งนี้ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่ายปกครองกระทำไปโดยไม่มีอำนาจนั้น อาจจำแนกองค์ประกอบได้เป็น 3 กรณี ดังนี้⁶¹

(1.1) องค์ประกอบในทางเนื้อหา (l'élément matériel)

การควบคุมตรวจสอบอำนาจของฝ่ายปกครองในทางเนื้อหาเป็นการตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ โดยหลักแล้ว กฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจทางปกครองในเรื่องหนึ่ง มักจะมีการกำหนดเอาไว้เสมอว่า การใช้อำนาจในเรื่องนั้นเป็นของฝ่ายปกครองใด⁶² ในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรือกฎโดยไม่มีอำนาจในทางเนื้อหา ไม่ว่าจะเป็นเพราะบุคคลที่ทำนิติกรรมทางปกครองไม่ใช่ฝ่ายปกครอง หรือแม้จะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ได้ใช้อำนาจล่วงล้ำอำนาจที่ตนได้รับ⁶³ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การออกคำสั่งในเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานอื่น

⁶⁰ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 254. Martine Lombard et al., *op. cit.*, pp. 522 - 524.

⁶¹ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 254 - 257.

⁶² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (ม.ป.ท: วิญญูชน, 2562), น. 64.

⁶³ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “หลักกฎหมายที่สำคัญบางประการในการพิพากษาคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” ในหนังสือ 60 ปี ความมุ่งมั่นของคน ตัวตนของอาจารย์วรพจน์ (หนังสืออาจริยบูชาเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์), (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 181.

(1.2) องค์ประกอบในทางพื้นที่ (l'élément territorial)

ฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจในการออกนิติกรรมฝ่ายเดียวอาจจะมีอำนาจในทางเนื้อหา แต่มีอำนาจอย่างจำกัดในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งที่ตนรับผิดชอบ หากมีการใช้อำนาจดังกล่าวนอกเหนือไปยังเขตพื้นที่อื่น ๆ ที่ตนมิได้รับผิดชอบแล้ว การกระทำความดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ออกคำสั่งทางปกครองในเขตพื้นที่ที่ตนไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมาย

(1.3) องค์ประกอบในทางเวลา (l'élément temporel)

ฝ่ายปกครองผู้ออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองอาจจะมีอำนาจในการกระทำความดังกล่าวในเวลาหนึ่ง แต่ต่อมาไม่มีอำนาจในเรื่องดังกล่าวอีกต่อไป นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่เกิดขึ้นหลังจากที่ฝ่ายปกครองนั้นไม่มีอำนาจแล้ว ย่อมเป็นการกระทำความทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีการประกาศใช้กฎหมายใหม่ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่มีอำนาจอีกต่อไป

(2) รูปแบบและขั้นตอน (les formes et formalités)

องค์ประกอบความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องของรูปแบบและขั้นตอนในการพิจารณาออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเป็นองค์ประกอบที่มีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ ความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ เป็นการพิจารณาถึงการปรากฏตัวของนิติกรรมทางปกครอง (la presentation) ส่วนความชอบด้วยกฎหมายในทางขั้นตอน นั้น เป็นการพิจารณาถึงกระบวนการในการพิจารณาออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง (l'élaboration)⁶⁴ ทั้งนี้ ความบกพร่องในรูปแบบหรือขั้นตอนที่จะมีผลเป็นการทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องเป็นรูปแบบหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ (substantiel)⁶⁵ กรณีนิติกรรมทางปกครองออกโดยผิดรูปแบบ (le vice de forme) หรือขั้นตอน (le vice de procédure) มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(2.1) รูปแบบ (les formes)

รูปแบบของนิติกรรมทางปกครอง หมายถึง ลักษณะหรืออาการที่ข้อความเหล่านี้ปรากฏให้ผู้ที่เกี่ยวข้องรับรู้ โดยหลักแล้วคำสั่งทางปกครองอาจทำในรูปแบบเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้ กรณีที่นิติกรรมทางปกครองออกไปโดยผิดแบบ (le vice de forme) จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่า เป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ กล่าวคือ หากไม่ทำตามแบบนั้น จะมีผลกระทบต่อสิทธิของเอกชนที่ได้รับการรับรองไว้หรือไม่ ในกรณีที่ความบกพร่องนั้น เป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญศาลจึงจะเพิกถอนนิติกรรมนั้น แต่ถ้าแบบนั้นไม่เป็นสาระสำคัญ ศาลปกครองก็จะทำการพิพากษาเพิกถอนแต่อย่างใด⁶⁶

(2.2) ขั้นตอน (les formalités)

กรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) เป็นเรื่องการให้ความสำคัญแก่กระบวนการในการดำเนินการทางปกครองหรือ “ระเบียบแบบแผนทางราชการ” หรือวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ฝ่ายปกครองต้องเคารพในระเบียบแบบแผนทางราชการเพราะถือ

⁶⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 257.

⁶⁵ *Ibid*, p. 258.

⁶⁶ ประสาท พงษ์สุวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63*, น. 181 - 182.

เป็นหลักประกันที่ประชาชนจะพึงได้รับ มิเช่นนั้นแล้ว ฝ่ายปกครองก็อาจทำตามอำเภอใจได้⁶⁷ เช่น คำสั่งทางปกครองไม่ออกโดยไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้มีการชี้แจงโต้แย้งพยานหลักฐานในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ

1.2.3.2 ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายใน (la légalité interne)

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน คือ ข้อเท็จจริงที่ทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็น “เนื้อหา” แห่งคดี (l'illégalité du contenu) เป็นข้อเท็จจริง (les faits) หรือมูลเหตุจูงใจ (les motifs) ที่ฝ่ายปกครองใช้ในการตัดสินใจในการทำนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ทั้งนี้ อาจจำแนกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ผู้ฟ้องอาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ (le moyen) ได้เป็น 2 กรณี⁶⁸ ได้แก่ (1) มูลเหตุจูงใจของฝ่ายปกครอง (les motifs) ในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง และ (2) วัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง (le but) ในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง⁶⁹

(1) มูลเหตุจูงใจของฝ่ายปกครอง (les motifs)

ความบกพร่องอันเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจของฝ่ายปกครองที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจจำแนกออกได้เป็น 3 กรณี ได้แก่ ความบกพร่องอันเนื่องมาจากความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อเท็จจริง ความบกพร่องอันเนื่องมาจากความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อกฎหมาย และความบกพร่องอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁷⁰

(1.1) การควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริง (le control de l'erreur de fait)

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดอำนาจของฝ่ายปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง มิได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นมาใช้แก่ทุก ๆ เรื่อง ตามที่เจ้าหน้าที่เห็นสมควร แต่จะบัญญัติไว้

⁶⁷ เพิ่งอ้าง, น. 182.

⁶⁸ จะเห็นได้ว่าในบางตำราจะมีการใช้คำว่า การกระทำที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมาย (la violation de la loi) ซึ่งมีลักษณะเป็นเหตุที่มิขึ้นเพื่อเสริมเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่น ดังนั้น เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ว่านี้จึงมีความหมายอย่างกว้างมาก กล่าวคือ กรณีใดก็ตามที่ไม่อาจวินิจฉัยได้ว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ และหากปรากฏว่ามีข้อพิงสงสัยว่านิติกรรมทางปกครองนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะตรวจสอบว่า นิติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองกรณีนิติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายนั้น มุ่งพิจารณาเพื่อควบคุมการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทุกชนิดที่ใช้บังคับกับการออกนิติกรรมทางปกครองนอกเหนือไปจากกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ (la compétence) รูปแบบ (la forme) ขั้นตอนหรือวิธีการ (la procédure) หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ (le but), โปรดดู เพิ่งอ้าง, น. 182 - 183.

นอกจากนี้ ในบางตำราได้แบ่งองค์ประกอบของความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายในออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ (1) การกระทำที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมายและความถูกต้องของข้อกฎหมาย (la violation de la loi et l'erreur de droit) (2) ความถูกต้องของข้อกฎหมายและการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัย (L'erreur de fait et l'erreur dans la qualification juridique des faits) และ (3) การบิดเบือนการใช้อำนาจ (le détournement de pouvoir), โปรดดู Martine Lombard et al., *op. cit.*, pp. 524 - 527.

⁶⁹ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 258 - 259.

⁷⁰ *Ibid*, pp. 260 - 262.

เสมอว่า จะใช้อำนาจดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่กฎหมายไว้⁷¹ เมื่อมีการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ศาลปกครองมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความถูกต้องสมบูรณ์ของข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการพิจารณาออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองว่ามีข้อเท็จจริงหรือไม่ อย่างไร โดยการรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ ทั้งที่เป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ ตลอดจนพยานผู้เชี่ยวชาญ⁷² หากศาลพบว่าข้อเท็จจริงนั้นไม่มีอยู่จริงหรือมีความคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริง การออกนิติกรรมทางปกครองโดยอาศัยข้อเท็จจริงนั้นเป็นเหตุแห่งการใช้อำนาจย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการในการกระทำความผิดที่ไม่มีอยู่จริง⁷³

(1.2) การควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อกฎหมาย (le control de l'erreur de droit)

ความบกพร่องในมูลเหตุจูงใจในทางกฎหมายนั้นอาจเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยผิดพลาดเนื่องจากไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับในกรณีนั้นอยู่เลยแต่แรก (défaut de base légale) กฎหมายยังไม่มีผลใช้บังคับ หรือเคยมีกฎหมายใช้บังคับในเวลาหนึ่งแต่ต่อมาไม่มีผลใช้บังคับอีกต่อไป⁷⁴ หรือเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีการตีความกฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎที่ผิดพลาด⁷⁵

(1.3) การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจ (le control de l'appréciation juridique des faits)

การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองซึ่งจะทำการศึกษาในประเด็นนี้โดยละเอียดต่อไปใน *ส่วนที่ 2* ของบทความนี้

(2) วัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง (le but)

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายกำหนดและจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม (l'intérêt général) เท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อการจัดการบริการสาธารณะ (l'organisation de services publics) หรือเป็นไปเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม (la protection de l'ordre public) ดังนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยมีวัตถุประสงค์อย่างอื่นที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายย่อมเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ⁷⁶ (le détournement de pouvoir)⁷⁷ ทั้งนี้ ศาลปกครองจะต้องทำการค้นหาความตั้งใจ (l'intention) ของฝ่ายปกครองในขณะที่ทำนิติกรรมทาง

⁷¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น. 60 - 61.

⁷² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 109.

⁷³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 260.

⁷⁴ *Ibid*, p. 262.

⁷⁵ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป*, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 144.

⁷⁶ หรืออาจแปลได้ว่า การใช้อำนาจโดยบิดผัน, โปรตตุ ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์, “หลักที่ว่าฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ตนกำหนดขึ้น (Patere legem quam ipse fecisti),” น. 3., [online] Available from: <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act178.pdf>, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 เมษายน 2566.

⁷⁷ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 263.

ปกครอง⁷⁸ และตรวจสอบว่ามีความสอดคล้องต้องตรงกันกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่วัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายที่ให้อำนาจกำหนด ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเอง หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น รวมถึงเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายนั้นมุ่งหมาย การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁷⁹

2. การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

การให้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภามีข้อจำกัดประการสำคัญ คือ ไม่สามารถบัญญัติกฎหมายได้อย่างครบถ้วนครอบคลุมในรายละเอียดของทุกกรณี และไม่สามารถคาดการณ์ความเปลี่ยนแปลงทางสังคมในอนาคตได้อย่างแม่นยำแน่นอน ครั้นจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นใหม่ หรือเพื่อให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างตลอดเวลา ก็ย่อมทำให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะแก่ประชาชนที่เชื่อมั่นในความมั่นคงไม่เปลี่ยนแปลงไปของกฎหมายบ้านเมือง ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายไม่มีความแข็งกระด้างและสามารถดำรงอยู่ใช้บังคับกับสมาชิกในสังคมได้อย่างยั่งยืนในระดับหนึ่ง กฎหมายต้องมีความยืดหยุ่นโดยเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้เหตุผลในการใช้และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพของข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี อย่างไรก็ตาม การให้อำนาจดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครอง ก็จะต้องถูกจำกัดให้อยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจ และเพื่อให้มั่นใจได้ว่าฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจไปในทางที่ชอบ ก็มีความจำเป็นอยู่เองที่จะต้องเปิดช่องให้ศาลปกครองเข้ามาควบคุมตรวจสอบการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ใน *ส่วนที่ 2* ของบทความนี้จะทำการศึกษาเนื้อหาใน 3 ส่วน โดยเริ่มจากการศึกษาประเภทของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามกฎหมาย : การใช้อำนาจดุลพินิจในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการใช้และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ใน *ส่วนที่ 2.1* ของบทความนี้ จากนั้นจะทำการศึกษารูปแบบของการใช้อำนาจดุลพินิจ : ดุลพินิจวินิจฉัยและดุลพินิจตัดสินใจ ใน *ส่วนที่ 2.2* ของบทความนี้ และจบลงด้วยการศึกษาการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในนามของความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองฝรั่งเศสใน *ส่วนที่ 2.3* ของบทความนี้

2.1 ประเภทของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามกฎหมาย : การใช้อำนาจดุลพินิจในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการใช้และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี

ถึงแม้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะเรียกร้องความชัดเจนของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง แต่ก็ไม่ได้เรียกร้องไปถึงขนาดที่จะไม่เปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ (*le pouvoir discrétionnaire*) ในกระบวนการตัดสินใจแต่ประการใด ดังคำกล่าวที่ว่า “แม้ดุลพินิจจะเป็นสิ่งที่ชั่วร้าย แต่ก็เป็นสิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น”⁸⁰ เนื่องจากเป็นสิ่งที่ช่วยให้ฝ่ายปกครองสามารถทำกิจกรรมตอบสนองความ

⁷⁸ ประสาท พงษ์สุวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63*, น. 183 - 184.

⁷⁹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น. 146 - 147.

⁸⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 119 - 120.

ต้องการมีส่วนร่วมของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁸¹ อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะเข้าสู่การศึกษาข้อความคิดว่าด้วยเรื่องของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักคิดทั่วไปเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเสียก่อน ในทฤษฎีได้จำแนกลักษณะของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ 2.1.1 อำนาจผูกพัน (*la compétence liée*) และ 2.1.2 อำนาจดุลพินิจ (*le pouvoir discrétionnaire*)⁸²

2.1.1 อำนาจผูกพัน (*la compétence liée*)

อำนาจผูกพันเป็นอำนาจที่ให้แก่ฝ่ายปกครองโดยกฎหมายได้ทำการบัญญัติเอาไว้ล่วงหน้าอย่างชัดเจนว่าหากมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น ฝ่ายปกครองมี “หน้าที่” (*une obligation d'agir*) ที่จะต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้อย่างเคร่งครัด⁸³ และไม่มี “ทางเลือก” ในการตัดสินใจ (*aucun choix à exercer*)⁸⁴ เช่น กฎหมายกำหนดว่าในกรณีที่ผู้ยื่นคำขอให้ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารหรือใบอนุญาตล่าสัตว์ หากผู้ยื่นคำขอได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว ให้ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอ จากตัวอย่างดังกล่าว ในกรณีที่มีการยื่นคำขอเข้ามาในระบบแล้วฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าคำขอดังกล่าวมีความครบถ้วนสมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมายและระเบียบ ฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ที่จะต้องออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารหรือใบอนุญาตล่าสัตว์ให้แก่ผู้ยื่นคำขอ⁸⁵ ฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตดังกล่าวให้แก่ผู้ยื่นคำขอได้ เพราะกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวให้แก่ฝ่ายปกครอง จะเห็นได้ว่า หลักในเรื่องของอำนาจผูกพันเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนว่าจะได้รับการปฏิบัติจากฝ่ายปกครองอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน⁸⁶

2.1.2 อำนาจดุลพินิจ (*le pouvoir discrétionnaire*)

ด้วยพัฒนาการของสังคมที่มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กฎหมายจำนวนมากจึงได้บัญญัติเป็นกรอบเอาไว้อย่างกว้างและเป็นนามธรรมสูง (*très large et très abstraite*) จึงเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นไปไม่ได้เลยที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถบัญญัติกฎหมายเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์แบบครอบคลุมไปในรายละเอียดของทุกปัญหาในสภาพความเป็นจริง ถึงแม้จะมีข้อเสียอยู่บ้าง (โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากมุมมองในทางประวัติศาสตร์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตจำนงที่จะจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง) แต่ก็หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องยอมเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยและตัดสินใจเพื่อลดความขัดแย้งของกฎหมาย การใช้อำนาจดุลพินิจจึงเป็นเครื่องมือสำคัญของฝ่ายปกครองในการใช้และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีอย่างมีประสิทธิภาพและเป็น

⁸¹ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 64.

⁸² Prosper Weil et al., *op. cit.*, pp. 88 - 90., et Martine Lombard et al., *op. cit.*, p. 527.

⁸³ Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 638. Pascale Gonod, *op. cit.*, pp. 127 - 128.

⁸⁴ Jean Waline, *op. cit.*, p. 516.

⁸⁵ Patrice Chrétien et al, *op. cit.*, p. 625., et Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, p. 41.

⁸⁶ Prosper Weil et al., *op. cit.*, pp. 88 - 89.

ธรรม⁸⁷ ฝ่ายปกครองมี “อิสระ” ในการตัดสินใจภายใต้ “กรอบ” ที่กฎหมายกำหนด⁸⁸ ไม่ถึงขนาดยอมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ (*pouvoir arbitraire*)⁸⁹ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ยิ่งรัฐสถาบัญญัติกฎหมายเอาไว้แคบหรือเป็นรูปธรรมเฉพาะเจาะจงมากเท่าใด ฝ่ายปกครองก็ยิ่งมีอำนาจในการใช้ดุลินิจน้อยลงเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามหากรัฐสถาบัญญัติกฎหมายเอาไว้กว้างมากหรือเป็นนามธรรมมากเท่าใด ฝ่ายปกครองก็ยิ่งมีอำนาจในการใช้ดุลินิจมากขึ้นเท่านั้น⁹⁰

เมื่อพิจารณาจากแง่มุมของความยุติธรรมโดยเปรียบเทียบกับการใช้อำนาจผูกพันแล้ว จะเห็นได้ว่าถึงแม้อำนาจผูกพันจะช่วยเป็นหลักประกันในการปฏิบัติต่อประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน แต่ความเท่าเทียมกันดังกล่าวก็เป็นเพียงแค่ความยุติธรรมเป็นการทั่วไปในทางทฤษฎี ในบางกรณีย่อมไม่สามารถตอบโจทก์ความต้องการเฉพาะเรื่องที่มีสาระที่แตกต่างกันในรายกรณีได้ เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของกฎหมายกฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้เข้ามาเติมเต็มความเป็นธรรมเฉพาะคดีในทางอัตตวิสัย อำนาจดุลพินิจจึงเป็นอำนาจที่กฎหมายให้ไว้แก่ฝ่ายปกครองมี “สิทธิ” เลือกที่จะใช้หรือไม่ใช้อำนาจ หรือมีสิทธิเลือกที่จะใช้อำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดเอาไว้อย่าง “เหมาะสม” ตามที่ฝ่ายปกครองเห็นสมควร

2.2 ประเภทของการใช้อำนาจดุลพินิจ : ดุลพินิจวินิจัยและดุลพินิจตัดสินใจ

จากที่ได้ศึกษาความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายใน (*la légalité interne*) (1) มูลเหตุจูงใจของฝ่ายปกครอง (*les motifs*) มาแล้วใน *ส่วนที่ 1.2.3.2* ของบทความนี้ จะเห็นได้ว่าการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองจะต้องเริ่มจากการตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริง (*le control de l'erreur de fait*) จากนั้นจะทำการสอบความถูกต้องของข้อกฎหมาย (*le control de l'erreur de droit*) และตามมาด้วยการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นกรณีกฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการตีความใช้ปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง (*le control de l'appréciation juridique des faits*) หรือเรียกให้เข้าใจง่ายว่า “การปรับบท” กฎหมายนั่นเอง ตัวอย่างเช่น ฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าข้าราชการรับเงินโดยไม่ออกใบเสร็จ (ตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริง) ซึ่งเป็นการไม่ปฏิบัติตามระเบียบของหน่วยงาน (ตรวจสอบความถูกต้องของข้อกฎหมาย) ลำดับต่อมาคือการพิจารณาว่าปรับบทกฎหมายคือกรณีดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นความผิดวินัยหรือไม่ และหากมีความผิดวินัยจะต้องลงโทษอย่างไร ในส่วนนี้จะเรียกว่าการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด

เพื่อเข้าใจประเภทของการใช้อำนาจดุลพินิจ ควรทำการศึกษาเสียก่อนว่าในการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองมีองค์ประกอบด้วยกัน 2 ส่วน ได้แก่ (1) องค์ประกอบส่วนเหตุ และ (2) องค์ประกอบส่วนผล ตัวอย่างเช่น กฎหมายบัญญัติว่า

⁸⁷ Pierre - Laurent Frier et al., *op. cit.*, p. 429.

⁸⁸ *Ibid*, p. 433.

⁸⁹ Jean Waline, *op. cit.*, p. 516.

⁹⁰ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 265.

“กรณีที่มีการกระทำดังต่อไปนี้”

(A)

(B)

(C)

ฝ่ายปกครองมีอำนาจดังต่อไปนี้”

(X)

(Y)

(Z)”

จะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ในข้อ (A) (B) และ (C) เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ในขณะที่ข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ในข้อ (X) (Y) และ (Z) เป็นองค์ประกอบส่วนผล

องค์ประกอบของกฎหมายที่ได้กล่าวมานี้ได้ส่งผลต่อการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ 2.2.1 ดุลพินิจวินิจฉัย (la qualification juridique aux faits หรือ la qualification juridique des faits) และ 2.2.2 ดุลพินิจตัดสินใจ (l'adaptation de la mesure aux faits หรือ l'adéquation des moyens aux fins) การแบ่งประเภทของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเพราะจะส่งผลกระทบต่อปัยศาลปกครองในส่วนของการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะกล่าวถึงในส่วนต่อไป⁹¹

2.2.1 ดุลพินิจวินิจฉัย (la qualification juridique aux faits หรือ la qualification juridique des faits)

ดุลพินิจวินิจฉัยหรือดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการตีความใช้ปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุในทางกฎหมาย เป็นการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่ตรวจสอบและรับฟังมาแล้วนั้น เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่⁹² เป็นขั้นตอนที่เป็นหัวใจสำคัญของนิติวิธี⁹³ จากตัวอย่างที่ได้กล่าวมาข้างต้น ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจที่จะวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเข้าองค์ประกอบส่วนเหตุในข้อ (A) (B) หรือ (C) หรือไม่ หากเข้าองค์ประกอบข้อหนึ่งข้อใดดังกล่าวมานี้ ฝ่ายปกครองก็จะมีอำนาจต่อไปในส่วนของการกำหนดผลทางกฎหมาย

2.2.2 ดุลพินิจตัดสินใจ (l'adaptation de la mesure aux faits หรือ l'adéquation des moyens aux fins)

การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยเป็นขั้นตอนภายหลังจากที่มีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุแล้ว เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการตีความใช้ปรับกฎหมาย

⁹¹ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 270 - 279., et Georges Dupuis et al., *op. cit.*, pp. 517 - 517., et Gilles Lebreton, *op. cit.*, p. 534.

⁹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 126 - 128.

⁹³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 260.

เข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็น “องค์ประกอบส่วนผล” ในทางกฎหมาย เป็นขั้นตอนในการตัดสินใจว่าจะกระทำการหรือไม่ อย่างไร กล่าวคือ เป็นอำนาจดุลพินิจในการกำหนดผลในทางกฎหมาย⁹⁴ จากตัวอย่างที่ได้กล่าวมาข้างต้น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยแล้วว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเข้าองค์ประกอบส่วนเหตุในข้อ (A) (B) หรือ (C) ในขั้นตอนต่อมา ฝ่ายปกครองก็จะมีอำนาจในส่วนของการกำหนดผลทางกฎหมายว่าจะ (1) เลือกใช้อำนาจหรือไม่ใช้อำนาจ (2) ในกรณีที่เลือกใช้อำนาจ ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจต่อไปอีกว่าจะเลือกใช้อำนาจในลักษณะใดภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ การใช้อำนาจ (X) (Y) หรือ (Z)

2.3 การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในนามของความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

หลักการพื้นฐานในทางมหาชนที่สำคัญคือหลักแบ่งแยกอำนาจที่ต้องห้ามไม่ให้องค์กรตุลาการ⁹⁵ เข้าแทรกแซง “ความเหมาะสม” ของการกระทำของฝ่ายปกครอง แตกต่างกับการควบคุมตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครองด้วยกันเองที่มีอำนาจอย่างกว้างขวางภายใต้หลักการบังคับบัญชา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วใน *ส่วนที่ 1.1* ของบทความนี้ และเมื่อเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตาม “ความเหมาะสม” แล้ว กรณีจึงไม่ “เหมาะสม” ที่จะให้ศาลปกครองเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจอีก ศาลปกครองจึงจำกัดตนไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบในดินแดนดังกล่าวเป็นเวลานาน อย่างไรก็ตาม การปล่อยให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตาม “ความเหมาะสม” ก็มีแนวโน้มที่จะทำให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจตามอำเภอใจ (arbitraire) จึงมีการเรียกร้องให้ศาลปกครองเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ในส่วนนี้จะทำการศึกษาพื้นที่หลังของการปฏิเสธการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและความจำเป็นในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองใน *ส่วนที่ 2.3.1* และต่อมาจะทำการศึกษาระดับการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของศาลปกครอง : การควบคุมตรวจสอบแบบจำกัดและการควบคุมตรวจสอบแบบปกติ ใน *ส่วนที่ 2.3.2* ของบทความนี้ และสุดท้ายจะทำการศึกษาลักษณะหรือทฤษฎีที่ศาลนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ใน *ส่วนที่ 2.3.3* ของบทความนี้

2.3.1 พื้นที่หลังของการปฏิเสธการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและความจำเป็นในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสมาตรา 4 และมาตรา 5 เป็นกฎหมายสำคัญที่วางหลักทั่วไปให้ผู้พิพากษาไม่หน้าที่ใช้และตีความกฎหมาย ศาลจะปฏิเสธไม่ให้ความยุติธรรมโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายใช้รับกับกรณีไม่ได้ และในขณะเดียวกันศาลจะไม่สามารถนำสิ่งอื่นใดนอกเหนือไปจากกฎหมายมาใช้เป็นฐานในการอำนวยความสะดวกได้เช่นเดียวกัน หลักกฎหมายดังกล่าวดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานที่ปฏิเสธไม่ให้ผู้พิพากษาอ้าง “ความเหมาะสม” ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทในอรรถคดี ในคดีปกครองก็เช่นเดียวกัน หากศาลปกครองเข้าไปควบคุมตรวจสอบในเรื่องของ “ความเหมาะสม” ของการกระทำของฝ่ายปกครองเสีย

⁹⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 128 - 132.

⁹⁵ ความหมายขององค์กรตุลาการในที่นี้ย่อมรวมไปถึงสภาแห่งรัฐที่มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์เริ่มมาจากฝ่ายปกครองด้วยกันเอง (โปรดดูเชิงอรรถที่ 14) เนื่องจากในที่สุดแล้วก็ได้ได้รับการรับรองว่ามีสถานะเป็นองค์กรตุลาการ

แล้ว ศาลปกครองก็จะเข้าไปทำหน้าที่เป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเสียเองขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ

ประเด็นปัญหาเรื่องการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นเรื่องที่มีความคาบเกี่ยวกับปัญหาการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมและเป็นเรื่องที่มีประเด็นข้อถกเถียงกันมาอย่างยาวนานในหมู่นักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส แต่เดิมศาลปกครองได้ปฏิเสธการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองเนื่องจากศาลกลัวว่าจะก้าวข้ามนอกจากไปดินแดนของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่ใช่ความรับผิดชอบขององค์กรตุลาการ ประกอบกับเมื่อพิจารณาการแบ่งประเภทคดีปกครองในศาลปกครอง⁹⁶ แล้วจะเห็นได้ว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเป็นคดีปกครองที่มีลักษณะเป็น “ภาวะวิสัย” ในขณะที่เรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีลักษณะที่ค่อนข้างไปในทาง “อัตติวิสัย” ตัวอย่างเช่น การใช้และการตีความกฎหมายควบคุมอาคารของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น ปัญหาที่เกิดขึ้นคือการปรับข้อกฎหมายให้เข้ากับลักษณะของข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีอาจมีทิศทางการใช้และการตีความกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น การพิจารณาว่าอาคารที่พิพาทเป็น “อาคารเสื่อมโทรมที่น่าจะเป็นอันตรายต่อประชาชน” หรือไม่ แม้ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันก็ตาม ทศนะของแต่ละคนก็อาจจะแตกต่างกัน ในขณะที่คนหนึ่งเห็นว่าเป็นอาคารที่น่าจะเป็นอันตราย อีกคนก็อาจมองว่าไม่ถึงกับเป็นอันตรายก็เป็นไปได้ และเมื่อการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองในทางทฤษฎีเป็นคดีปกครองประเภทภาวะวิสัยที่ศาลมีบทบาทหลักในการจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไปจากระบบกฎหมาย ศาลปกครองจึงไม่ควรที่จะเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้เนื่องจากจะกลายเป็นเรื่องของศาลปกครองที่มีอำนาจเต็มที่เป็นคดีปกครองประเภทอัตติวิสัยซึ่งที่เป็นคดีปกครองอีกประเภทหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าในทางทฤษฎีศาลปกครองจะเป็นตุลาการที่พิจารณาพิพากษาเฉพาะในประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย และไม่เข้าใจแทรกแซงความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่จากการใช้และการตีความกฎหมายของสภาแห่งรัฐเป็นระยะเวลานาน หลักกฎหมายปกครองก็ได้ถูกพัฒนาและมีความละเอียดลึกซึ้งมากยิ่งขึ้นจะเห็นได้ว่าสิ่งที่ศาลปกครองจะไม่เข้าไปตรวจสอบโดยแท้จริงแล้วคือเรื่องของ “ความเหมาะสม” (*l'opportunité*) หรือ การใช้ดุลพินิจโดยแท้ (*une décision purement discrétionnaire*) เท่านั้น ก็หากเข้าลักษณะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ (*un pouvoir discrétionnaire*) การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง ทั้งนี้ก็เป็นไปตามหลักการพื้นฐานที่ว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นการใช้อำนาจที่ถูกจำกัดโดยกฎหมายและอาจถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการตามหลักแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง⁹⁷ และเมื่อพิจารณาแนวทางการจำแนกองค์ประกอบแห่งความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง⁹⁸ ปัจจุบัน ตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศสจึงสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ

⁹⁶ โปรตดู การแบ่งประเภทคดีของศาลปกครองฝรั่งเศส : การฟ้องคดีปกครองแบบภาวะวิสัยและการฟ้องคดีปกครองแบบอัตติวิสัย ใน *ส่วนที่ 1.2.1* ของบทความนี้

⁹⁷ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 267.

⁹⁸ โปรตดู องค์ประกอบของความชอบด้วยกฎหมายตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของสภาแห่งรัฐคดี Société Intercopie ค.ศ. 1953 ของสภาแห่งรัฐ ใน *ส่วนที่ 1.2.3* ของบทความนี้

ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือที่เรียกว่าการปรับข้อกฎหมายให้เข้ากับลักษณะของข้อเท็จจริง (*l'appréciation juridique des faits*) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจถือเป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏตัวอยู่ในส่วนของความชอบด้วยกฎหมายโดยเหตุภายในของนิติกรรมทางปกครอง⁹⁹ ไม่ถือว่าเป็นเรื่องของการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมที่อยู่นอกเหนือไปจากขอบเขตอำนาจของศาลปกครองแต่อย่างใด

2.3.2 ระดับการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของศาลปกครอง : การควบคุมตรวจสอบแบบจำกัด และการควบคุมตรวจสอบแบบปกติ

สภาแห่งรัฐได้พัฒนาหลักกฎหมายมหาชนและยืนยันหลักการที่ว่าศาลปกครองสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ แต่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้ลึกเพียงใดนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องศึกษาตามลักษณะของข้อพิพาทในแต่ละกรณี แนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐได้สะท้อนให้เห็นถึงระดับของการใช้อำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองแบ่งออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ 2.3.2.1 การควบคุมตรวจสอบแบบจำกัด (*le contrôle restraint หรือ le contrôle minimum หรือ le contrôle réduit*) และ 2.3.2.2 การควบคุมตรวจสอบแบบปกติ (*le contrôle normal*)¹⁰⁰ และพึงกล่าวไว้ ณ ที่นี้ว่าถึงแม้ว่าในปัจจุบันศาลปกครองฝรั่งเศสจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอย่างเข้มงวด แต่ก็ยังคงยืนอยู่บนฐานคิดที่ว่าผู้พิพากษาจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนความเหมาะสม (*l'opportunité*) ของการกระทำทางปกครอง¹⁰¹ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี *Assac. Comité tous frères* ค.ศ. 2000¹⁰² หรือที่เรียกว่าการควบคุมตรวจสอบแบบสูงสุด (*le contrôle maximum*) มิฉะนั้นแล้วย่อมเป็นการวางตนเหนือฝ่ายปกครองในฐานะของผู้บังคับบัญชาเสียเอง¹⁰³

⁹⁹ ความชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายใน (*la légalité interne*) แบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) มูลเหตุจูงใจของฝ่ายปกครอง (*les motifs*) ในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งแบ่งได้เป็น (1.1) การควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริง (*le control de l'erreur de fait*) (1.2) การควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อกฎหมาย (*le control de l'erreur de droit*) (1.3) การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจ (*le control de l'appréciation juridique des faits*) และ (2) วัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครอง (*le but*) ในการออกนิติกรรมทางปกครอง

¹⁰⁰ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 269 - 279.

¹⁰¹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 126., et Gilles Lebreton, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰² คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี *Assac. Comité tous frères* ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000.

¹⁰³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 265 et 276. et Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 128. อย่างไรก็ตาม ในบางตำราอธิบายว่าการควบคุมแบบสูงสุดอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (*des mesures de police administrative*) และการเวนคืนที่ดินเพื่อพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ (*la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique*), โปรดดู Pierre - Laurent Frier et al., *op. cit.*, p. 873., André Maurin, *op. cit.*, pp. 247 - 248, Pierre - Laurent Frier et al., *Droit administratif*, (LGDT, 12^e éd, 2018), pp. 694 - 965., Gustave Peiser, *Droit administratif general*, *op. cit.*, p. 253., et Georges Dupuis et al., *op. cit.*, pp. 639 - 640.

2.3.2.1 การควบคุมตรวจสอบแบบจำกัด (le contrôle restraint หรือ le contrôle minimum หรือ le contrôle réduit)

การควบคุมตรวจสอบแบบจำกัดเป็นการควบคุมระดับแรกสุดของความพยายามในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง การควบคุมแบบจำกัดนี้ ศาลปกครองจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบเฉพาะในประเด็นปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุจากภายนอกและความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุจากภายนอกในส่วนของ (1) มูลเหตุจูงใจของฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง ในส่วนของ (1.1) การควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริง และ (1.2) การควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อกฎหมาย (1.3) การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจเฉพาะในส่วนของคุณพินิจวินิจฉัย และ (2) วัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง กล่าวโดยสรุปคือ ศาลปกครองจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในส่วนของคุณพินิจตัดสินใจแต่อย่างใด และจะต้องเป็นกรณีที่ปรากฏว่าฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยอย่างผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัด (l'erreur manifeste d'appréciation)¹⁰⁴ และจะต้องเป็นความผิดพลาดอย่างรุนแรง (l'erreur grossière) ในการออกนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น เช่น เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ (le vice de compétence) หรือ การใช้อำนาจโดยบิดเบือน (le détournement de pouvoir)¹⁰⁵ หากเป็นความบกพร่องเพียงเล็กน้อย ศาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงการตัดสินใจของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด¹⁰⁶

อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ศาลปกครองจะทำการควบคุมตรวจสอบในประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณีแต่จะต้องพิจารณาจากคำขอของคู่กรณีด้วยประกอบกัน ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักห้ามไม่ให้ศาลพิพากษาเกินคำขอ¹⁰⁷ ตัวอย่างคดีปกครองที่สภาแห่งรัฐใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้แก่คำพิพากษาศาลแห่งรัฐคดี Gomel ค.ศ. 1914¹⁰⁸ ที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารของนาย Gomel เนื่องจากเห็นว่าเป็นงานก่อสร้างที่ส่งผลกระทบต่อทัศนียภาพในทางประวัติศาสตร์ของเมือง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่างานก่อสร้างที่พิพาทไม่ได้ส่งผลกระทบต่อทัศนียภาพของเมืองตามความเห็นของฝ่ายปกครอง ดังนั้นคำสั่งปฏิเสธการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารของนาย Gomel จึงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁹

การควบคุมแบบจำกัดเป็นการใช้อำนาจของศาลปกครองที่วางอยู่บนฐานของความไว้วางใจให้ ฝ่ายปกครองตัดสินใจเรื่องในทางบริหาร ผู้พิพากษาอมรับการดำรงอยู่ของอำนาจดุลพินิจและจำกัดตนเองไม่อ้าง

¹⁰⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 261 et 270., Patrice Chrétien et al., *op. cit.*, pp. 854 - 855., Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 638 - 639., et Jean - Claude Ricci, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰⁵ Antony Taillefait, *Droit de la fonction publique*, (Dalloz, 9^e éd., 2022), p. 190.

¹⁰⁶ Pierre - Laurent Frier et al., *op. cit.*, p. 686.

¹⁰⁷ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 268.

¹⁰⁸ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 1914 คดี Gomel.

¹⁰⁹ Pierre - Laurent Frier et al., *op. cit.*, 687., et Martine Lombard et al., *op. cit.*, p. 527 - 528.

หลักความชอบด้วยกฎหมายเพื่อเข้าไปควบคุมตรวจสอบความผิดพลาดเล็กน้อยที่ตนไม่เห็นพ้องด้วยกับ การตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ปัญหาประการต่อมาคือในกรณีใดบ้างที่ศาลปกครองจะใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบอย่างจำกัด จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐจะเห็นได้ว่าส่วนมากแล้วมักจะเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติอย่างไม่ชัดเจน (*imprécise*) และคลุมเครือ (*vague*) ที่เห็นได้ชัดว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับลักษณะของข้อกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น จะต้องเป็นการตีความกฎหมายที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้งและร้ายแรงเท่านั้นที่ศาลจะลงมาควบคุมตรวจสอบการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ตัวอย่างเช่น คำสั่งขับไล่คนต่างด้าวให้ออกนอกประเทศที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐที่ศาลปกครองจะไม่เข้าไปแทรกแซง นอกเหนือจากเรื่องความมั่นคงนี้แล้ว สภาแห่งรัฐยังได้ตีความกฎหมายขยายไปถึงเรื่องของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง การประเมินเงินขึ้นเดือนข้าราชการ การลงโทษทางวินัย มาตรการทางปกครองที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย และเรื่องในทางเทคนิคอื่น ๆ¹¹⁰

อย่างไรก็ตาม ทิศทางของการตีความกฎหมายของสภาแห่งรัฐมีแนวโน้มที่จะเป็นการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบแบบปกติมากยิ่งขึ้นในนามของการอำนวยความสะดวกการยุติธรรมทางปกครองในและนามของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ประเทศฝรั่งเศสต้องเคารพและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดในฐานะรัฐภาคีสมาชิก ทำให้ปัจจุบันจึงเหลือเพียงไม่กี่กรณีที่ศาลปกครองยังคงจำกัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง เช่น การโต้แย้งผลการสอบแข่งขันในมหาวิทยาลัยหรือการสอบแข่งขันเข้ารับราชการ¹¹¹

2.3.2.2 การควบคุมตรวจสอบแบบปกติ (*le contrôle normal*)

การควบคุมตรวจสอบแบบปกติเป็นระดับการควบคุมที่เข้มข้นขึ้นจากการควบคุมตรวจสอบแบบจำกัด โดยศาลปกครองสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ทั้งในประเด็นปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายโดยเหตุจากภายนอกของนิติกรรมทางปกครอง และในประเด็นปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายโดยเหตุจากภายในของนิติกรรมทางปกครองตามปกติ¹¹² ไม่มีข้อจำกัดว่าจะไม่สามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครองเหมือนการควบคุมตรวจสอบแบบจำกัดแต่อย่างใด¹¹³ การควบคุมตรวจสอบแบบปกติจึงเป็นการควบคุมตรวจสอบทั้งในส่วนของดุลพินิจวินิจฉัยและดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (*contrôle de la qualification des faits et contrôle de la décision qui en découle sont dissociés*)¹¹⁴

การควบคุมตรวจสอบแบบปกติเป็นกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าถึงแม้ว่ากฎหมายจะเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกได้ว่าจะกำหนดผลในทางกฎหมายอย่างไรในกรณีที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าปรากฏข้อเท็จจริง

¹¹⁰ Pierre - Laurent Frier et al., *op. cit.*, p. 686.

¹¹¹ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 268.

¹¹² Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 639.

¹¹³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 261 - 262.

¹¹⁴ Patrice Chrétien et al, *op. cit.*, p. 855.

ครบองค์ประกอบในส่วนเหตุแล้ว แต่ก็เป็นที่ศาลเห็นว่ากฎหมายไม่ได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง จึงเป็นกรณีที่ศาลสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้เสมอถึงแม้ว่าจะไม่ใช่ความผิดพลาดที่ชัดแจ้งหรือร้ายแรง และสามารถควบคุมตรวจสอบได้เสมอไม่ว่าความบกพร่องดังกล่าวจะปรากฏขึ้นในส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายในหรือภายนอกของนิติกรรมทางปกครอง¹¹⁵ และเนื่องจากการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่อาจไปกระทบต่อสิทธิของประชาชน จึงมีความจำเป็นอยู่เองที่ศาลจะต้องเข้ามาควบคุมตรวจสอบเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดี การควบคุมตรวจสอบแบบปกติส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานบุคลากรภาครัฐเช่นคำสั่งลงโทษทางวินัยที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณากำหนดโทษตามความร้ายแรงแห่งกรณี¹¹⁶ เพราะฉะนั้น ศาลปกครองจะต้องพิจารณาว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีความสมเหตุสมผลกับข้อเท็จจริงแก่กรณีหรือไม่ (le juge vérifie si tel fait est bien de nature à justifier telle décision)¹¹⁷

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐคดี Lebon ค.ศ. 1978¹¹⁸ เป็นตัวอย่างของการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครอง เนื่องจากในอดีตศาลปกครองฝรั่งเศสไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบการควบคุมตรวจสอบความได้สัดส่วนของคำสั่งลงโทษทางวินัยกับความผิด (la proportion entre la sanction et la faute) เพราะถือว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการเลือกโทษทางวินัยที่จะกระทำลงแก่ข้าราชการผู้กระทำความผิดทางวินัยตามความเหมาะสม แต่ในเวลาต่อมา ศาลปกครองได้พัฒนาเทคนิคการตรวจสอบให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้น โดยศาลปกครองเริ่มเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้ทำคำสั่งลงโทษทางวินัย กล่าวคือ ในการควบคุมการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง หรือการพิจารณาว่าการกระทำความผิดทางวินัยดังกล่าวเป็นความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรงหรือไม่นั้น ศาลปกครองได้นำเทคนิคการตรวจสอบระดับปกติ (le contrôle normal) มาใช้ โดยไม่จำกัดเฉพาะอยู่เฉพาะว่าต้องเป็นกรณีที่มีความผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัด (l'erreur manifeste d'appréciation) เหมือนอย่างการควบคุมระดับจำกัดเท่านั้น¹¹⁹

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า ในคดี Lebon สภาแห่งรัฐก็ยังจำกัดตัวเองอยู่ระดับหนึ่ง กล่าวคือ ศาลปกครองได้เข้าไปตรวจสอบถึงความได้สัดส่วนระหว่างคำสั่งลงโทษและความผิด โดยจะวินิจฉัยว่าคำสั่งลงโทษใดไม่ชอบด้วยกฎหมายในเฉพาะกรณีที่ตรวจพบความไม่ได้สัดส่วนอย่างแจ้งชัด (la disproportion manifeste) เท่านั้น ท่าทีของสภาแห่งรัฐในการจำกัดอำนาจของตนเองในการควบคุมตรวจสอบอย่างจำกัดได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากและได้รับการกดดันจากศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (la Cour européenne des droits de l'homme) ที่มีความเห็นว่าการควบคุมตรวจสอบแบบจำกัดนั้นไม่สอดคล้องกับข้อ 6 - 1 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)) รวมทั้งแนวคำพิพากษาศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่สนับสนุน ส่งเสริมและคุ้มครองให้ปัจเจกชนได้รับหลักประกันใน

¹¹⁵ Ibid, p. 274.

¹¹⁶ Pierre - Laurent Frier et al., *op. cit.*, p. 686.

¹¹⁷ Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 639.

¹¹⁸ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 1978 คดี Lebon.

¹¹⁹ พัฒน์พงศ์ อมรวัฒน์, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย, (ม.ป.ท: วิญญูชน, 2559), น. 127 - 128.

การใช้สิทธิทางการศาล¹²⁰ ทำให้ในเวลาต่อมา สภาแห่งรัฐได้เปลี่ยนแนวคำพิพากษาโดยประกาศว่า ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองลึกมากยิ่งไปกว่าเดิมในปี ค.ศ. 2013¹²¹ ในคดี Dahan¹²² คดีนี้ได้สร้างความเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญของการตรวจสอบความได้สัดส่วนของคำสั่งลงโทษทางวินัยกับความผิดที่เกิดขึ้น ในคดีนี้ ศาลปกครองสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือผู้มีอำนาจทางวินัยในการเลือกระดับโทษทางวินัยเพื่อให้เหมาะสมกับความผิดได้อย่างเต็มที่ โดยไม่จำเป็นต้องค้นหาว่ามีความไม่ได้อัตราส่วนอย่างแจ้งชัดปรากฏอยู่หรือไม่เท่านั้น โดยสภาแห่งรัฐถือว่าเป็นหน้าที่ของตุลาการในคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความกระทำความผิดทางวินัยที่ก่อให้เกิดการลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่รัฐได้หรือไม่ (ดุลพินิจวินิจัย) และจะต้องพิจารณาว่าโทษทางวินัยหรือคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวนี้ได้อัตราส่วนกับความร้ายแรงของความผิดหรือไม่ (ดุลพินิจตัดสินใจ)¹²³

ถึงแม้ว่าระบบการควบคุมตรวจสอบแบบปกติจะเปิดช่องให้ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้ แต่นั่นก็ไม่ได้หมายความว่าศาลปกครองจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้ตามอำเภอใจ เมื่อบทบาทของศาลยังคงเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะต้องนำหลักกฎหมายมาใช้เป็นฐานในการพิจารณาพิพากษาว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเหนือนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อศาลปกครองใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบได้ว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ก่อให้เกิดผลดีและผลร้ายเพียงใด และตรวจสอบได้ว่าฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจอย่างได้เหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีหรือไม่ (adopter une mesure appropriée aux circonstances de fait)¹²⁴ ย่อมเป็นการใช้อำนาจศาลตามทฤษฎีการชั่งน้ำหนักข้อดี - ข้อเสียในการออกนิติกรรมทางปกครอง (la théorie du bilan coût - avantage) และการควบคุมตรวจสอบตามหลักความได้สัดส่วน (le contrôle de proportionnalité)¹²⁵ กล่าวคือ การชั่งน้ำหนักระหว่างมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดโดยฝ่ายปกครองและข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้¹²⁶ ซึ่งหลักการชั่งน้ำหนักข้อดี - ข้อเสีย และหลักความได้สัดส่วนนี้เองที่เป็นหลักการสำคัญที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งจะทำการอธิบายต่อไปใน *ส่วนที่ 2.3.3 ของบทความนี้*

¹²⁰ Antony Taillefait, *op. cit.*, pp. 463 - 464.

¹²¹ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 141.

¹²² คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ 2013 คดี M. Dahan.

¹²³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 275., et Marceau Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, (Dalloz, 23e ed., 2021), p. 177.

¹²⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 261.

¹²⁵ Pierre - Laurent Frier et al., *op. cit.*, p. 687., et Martine Lombard et al., *op. cit.*, p. 528.

¹²⁶ Bertrand Seiller, *op. cit.*, 262.

2.3.3 หลักกฎหมายหรือทฤษฎีที่ศาลนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การศึกษาระดับความเข้มข้นในการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองทำให้เห็นว่าการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจเป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ไม่ได้อธิบายต่อไปว่า เมื่อศาลปกครองสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบองค์ประกอบในส่วนนั้นได้แล้ว ศาลปกครองจะใช้หลักอะไรเป็นกรอบในการตัดสินใจว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีพิพาทนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ใน *ส่วนที่ 2.3.3* ของบทความนี้จะทำการศึกษากฎหมายหรือทฤษฎีที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยแบ่งเป็น 3 กรณี¹²⁷ ได้แก่ *ส่วนที่ 2.3.3.1* ความผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation) *ส่วนที่ 2.3.3.2* ทฤษฎีว่าด้วยการชั่งน้ำหนักข้อดี - ข้อเสียในการออกนิติกรรมทางปกครอง (la théorie du bilan coût-avantage) และ *ส่วนที่ 2.3.3.3* หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (le principe de proportionnalité)

2.3.3.1 ความผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation)

หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำดังกล่าวเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งในการเริ่มต้นเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเริ่มจากคดีควบคุมตรวจสอบการลงโทษทางวินัยของข้าราชการในลักษณะของ *การควบคุมแบบจำกัด*¹²⁸ เป็นความพยายามของศาลในการเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่แต่เดิมเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำความผิดวินัย (faute disciplinaire) การที่ฝ่ายปกครองจะลงโทษอย่างไรนั้นถือเป็นอำนาจดุลพินิจที่ศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือควบคุมตรวจสอบ แต่หลังจากปี ค.ศ. 1960 ศาลก็ได้นำหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำมาใช้ควบคุมการใช้ดุลพินิจในการลงโทษทางวินัย ไม่ว่าจะเป็นการวิเคราะห์ว่าวิญญูชนทั่วไปพึงเห็นว่าการกระทำที่พิพาทนั้นเข้าลักษณะเป็นความผิดหรือไม่ (ดุลพินิจวินิจัย) และการกำหนดโทษนั้นวิญญูชนเห็นว่าจะเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำลงไปหรือไม่ (ดุลพินิจตัดสินใจ)¹²⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกำหนดบทลงโทษที่ร้ายแรงเป็นพิเศษ (la sanction particulièrement grave) หรือเป็นกรณีที่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นประเด็นปัญหาเรื่องความสงบเรียบร้อยของสังคม (l'ordre public) สภาแห่งรัฐก็จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง¹³⁰ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากปี ค.ศ. 2013 สภาแห่งรัฐได้ลดบทบาทของหลักความผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัดแจ้งที่วิญญูชน

¹²⁷ Patrice Chrétien et al, *op. cit.*, pp. 847 - 850.

¹²⁸ Pierre - Laurent Frier et al., *op. cit.*, p. 690. et Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 127 - 128. et Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 270.

¹²⁹ อธิษฐาน สาระทองอ่อน, “ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น. 103.

¹³⁰ Gustave Peiser, *Droit de la fonction publique*, (Daloz, 21^e éd., 2012), pp. 97 - 99.

ไม่พึงกระทำได้ลงไปอีกในคำพิพากษาศาแห่งรัฐคดี Dahan¹³¹ จากเดิมที่ศาลใช้คำว่า การปรับใช้กฎหมายผิดพลาดอย่างประจักษ์ชัดแจ้ง (l'erreur manifeste d'appréciation) มาเป็นคำว่า การปรับใช้กฎหมายผิดพลาด (l'erreur d'appréciation) (กล่าวคือการตัดคำว่า “manifeste” .ซึ่งเป็นคุณศัพท์ที่แปลว่า “อย่างประจักษ์ชัดแจ้ง” ออกไป) ทำให้การควบคุมดังกล่าวได้เปลี่ยนจากการควบคุมอย่างจำกัดมาเป็น *การควบคุมตรวจสอบแบบปกติ* โดยการนำหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ¹³² มาใช้เป็นฐานในการพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹³³

2.3.3.2 ทฤษฎีว่าด้วยการชั่งน้ำหนักข้อดี - ข้อเสียในการออกนิติกรรมทางปกครอง (la théorie du bilan - coût-avantage)

ทฤษฎีว่าด้วยการชั่งน้ำหนักข้อดี - ข้อเสียในการออกนิติกรรมทางปกครองปรากฏผ่านแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ในคดี Ville Nouvelle Est 1971¹³⁴ โดยศาลปกครองได้ทำการตรวจสอบลึกลงไปชั่งน้ำหนักและมีหน้าที่หาสมดุลระหว่างประโยชน์และโทษที่ได้รับจากนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท (le bilan entre l'intérêt que présente l'opération et ses inconvénients)¹³⁵ กล่าวคือพิจารณาเปรียบเทียบว่าสิ่งที่ได้รับซึ่งเป็นผลประโยชน์ (avantages) ที่เกิดต่อส่วนรวมที่ได้มาจากการออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืน (ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่ได้จากการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์) มีมากกว่าสิ่งที่ต้องเสียไป (inconvenients) จากการเวนคืนดังกล่าว (การล่งล่าต่อแดนกรรมสิทธิ์หรือประโยชน์อย่างอื่นของเอกชน ต้นทุนทางการเงิน ความไม่สะดวกทางสังคมหรือประโยชน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง) หรือไม่¹³⁶ โดยคดีนี้สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าฝ่ายปกครองจะประกาศว่าโครงการใดเป็นโครงการเพื่อสาธารณะประโยชน์ได้ก็ต่อเมื่อผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของเอกชน ค่าใช้จ่าย ตลอดจนความเสียหายทางสังคมประการอื่นอันเนื่องมาจากการดำเนินการตามโครงการนั้น ไม่มากจนเกินไปเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากโครงการนั้น เมื่อสภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าโครงการนี้ถือเป็นโครงการเพื่อสาธารณะประโยชน์ ประกาศการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อ สาธารณะประโยชน์ชอบด้วยกฎหมาย¹³⁷ คดีนี้เป็นตัวอย่างของการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนและนำไปสู่การพัฒนาหลักความได้สัดส่วนในเวลาต่อมา¹³⁸

¹³¹ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ 2013 คดี *M. Dahan*.

¹³² ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปใน *ส่วนที่ 2.3.3.3* ของบทความนี้

¹³³ Charles Fortier, *Droit de la fonction publique*, (Daloz, 1^{ère} éd., 2020), pp. 201 - 202.

¹³⁴ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1971 คดี *Ville Nouvelle Est*.

¹³⁵ Patrice Chrétien et al, *op. cit.*, p. 530.

¹³⁶ Bertrand Seiller, *op. cit.* p. 271., Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 128., Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 265, et, Prosper Weil et al., *op. cit.*, p. 107.

¹³⁷ Pierre - Laurent Frier et al., *op. cit.*, p. 693 et 698. et Gustave Peiser, *op. cit.*, pp. 265 - 266.

¹³⁸ Pascale Gonod et al, *Traité de droit administratif. Tome 2*, (Daloz, 1^{ère} éd, 2011), p. 534., ธีรรัฐฯ สรทงอุ่น, *อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 100*, น. 107. และปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 75*, น. 126 - 129.

2.3.3.3 หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (le principe de proportionnalité)

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่ได้รับอิทธิพลมาจากพัฒนาการทางกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมันที่ส่งต่อไปยังระบบกฎหมายปกครองของสหภาพยุโรป ในอดีตหลักการนี้ไม่ได้รับการยอมรับมากนักในประเทศฝรั่งเศสถึงแม้ว่าจะเป็นที่แพร่หลายในระดับยุโรป¹³⁹ หลักความได้สัดส่วนนี้เริ่มใช้ในการควบคุมการลงโทษทางวินัยข้าราชการ โดยสภาแห่งรัฐพิพากษาไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 ว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องตรวจสอบว่ามีสัดส่วนที่สัมพันธ์กัน (lien de proportionnalité) ระหว่างการกระทำผิดของข้าราชการกับโทษทางวินัยที่ได้รับหรือไม่ ต่างจากที่ก่อนหน้านี้ศาลปกครองจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ก็เฉพาะแต่กรณีที่ศาลปกครองพบว่ามีผลผลิตอย่างชัดเจนปรากฏผ่านการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเท่านั้น¹⁴⁰ ซึ่งต่อมาหลักการนี้ได้รับการยอมรับเป็นหลักสากล ต่อมาหลักนี้นำมาใช้กับการควบคุมการใช้อำนาจของกระทรวงมหาดไทย ในการควบคุมคนต่างด้าว ซึ่งศาลจะใช้หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งควบคุมตัวไปยังชายแดนเพื่อผลักดันออกนอกประเทศ (la reconduite à la frontière) หรือคำสั่งขับไล่ออกนอกประเทศ (l'expulsions) เป็นกรณีที่คนต่างด้าวที่เข้าประเทศโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยหรือมีพฤติกรรมที่เป็นภัยต่อประเทศชาติ ศาลปกครองจะต้องพิจารณาได้ว่าความสูญเสียของคนต่างด้าวตามหลักการคุ้มครองสิทธิในชีวิตครอบครัวและชีวิตส่วนตัว (le respect de la vie privée et familiale) (ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในระดับของสหภาพยุโรป) นั้น¹⁴¹ ได้สัดส่วนกับประโยชน์สาธารณะที่ได้รับจากการออกคำสั่งเนรเทศ อันได้แก่ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (l'ordre public) หรือไม่¹⁴² คดีฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับการเนรเทศคนต่างด้าวออกนอกประเทศฝรั่งเศสเป็นคดีปกครองที่มีปริมาณคดีจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ และมีความสำคัญเป็นอย่างมาก ในศาลปกครองฝรั่งเศสเนื่องจากเป็นเรื่องการกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีอย่างรุนแรง และเป็นความรุนแรงถึงขนาดที่ศาลปกครองจะต้องเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักความได้สัดส่วนอย่างมีนัยสำคัญ¹⁴³

การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมักจะปรากฏกับกรณีฝ่ายปกครองออกมาตรการที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่น เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งห้ามการชุมนุม เป็นต้น ศาลปกครองจะตรวจสอบว่ามาตรการของฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ได้แก่ มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้นต้องบรรลุวัตถุประสงค์ (adapté) มาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้นต้องเป็นการใช้อำนาจเท่าที่จำเป็น (nécessaire) กล่าวคือจะต้องเป็นมาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุด และมาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์และจำเป็นนั้นต้องเป็นมาตรการที่ได้

¹³⁹ Pascale Gonod et al, *Traité de droit administratif. Tome 1*, (Dalloz, 1^{ère} éd, 2011), p. 473.

¹⁴⁰ Gustave Peiser, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, pp. 98 - 99.

¹⁴¹ Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 40 - 41 et 537 - 538. et Gustave Peiser, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴² Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴³ *Ibid*, p. 259.

สัดส่วนหรือพอสมควรแก่เหตุ (proportionné) กล่าวคือ ประโยชน์ต่อสาธารณะที่ได้รับนั้นจะต้องมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องเสียไป¹⁴⁴ หลักในการพิจารณาทั้ง 3 ประการนี้ มีชื่อเรียกว่า ระบบการตรวจสอบความได้ส่วน 3 ชั้น (triple test de proportionnalité)¹⁴⁵ และเป็นหลักที่มาจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของสภาแห่งรัฐคดี Benjamin¹⁴⁶

คำพิพากษาคดี Benjamin เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานของสภาแห่งรัฐที่เปรียบประดุจดั่งหัวใจของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง¹⁴⁷ ในคดีนี้ เทศบาลเมือง Nevers ได้สั่งห้ามมิให้นาย René Benjamin นักเขียนฝ่ายขวามุขนิพนธ์ นิยมผู้ไม่สนับสนุนหลักการแบบรัฐฆราวาส ได้จัดชุมนุมเพื่อแสดงปาฐกถา เพราะเกรงว่าจะมีผู้ชุมนุม ประท้วงนาย Benjamin เป็นจำนวนมาก จนเกิดความวุ่นวายและไม่อาจควบคุมได้ สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า การสั่งห้ามปาฐกถานั้นเป็นมาตรการที่มีผลจำกัดเสรีภาพในการชุมนุม เทศบาลเมือง Nevers ในฐานะฝ่ายปกครองที่รับผิดชอบจึงมีหน้าที่ต้องหาดุลยภาพระหว่างการใช้อำนาจของตนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยกับเสรีภาพในการชุมนุม¹⁴⁸

ในการพิจารณาพิพากษาคดีนี้ ศาลปกครองมีหน้าที่ต้องประเมินว่าความรุนแรงของการใช้อำนาจในการกำหนดมาตรการ (les moyens utilisés) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (l'ordre public) โดยฝ่ายปกครองนั้น ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำที่ถูกกล่าวหา (la gravité du trouble allégué) ของนาย Benjamin หรือไม่¹⁴⁹ ในกรณีนี้ สภาแห่งรัฐเห็นว่า ความน่าจะเป็นของการชุมนุมวุ่นวายที่นายกเทศมนตรีเมือง Nevers ประเมินนั้น ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงระดับความร้ายแรงอันอาจเกิดขึ้นได้จนถึงขนาดต้องประกาศห้ามการชุมนุม มาตรการที่นายกเทศมนตรีเลือก คือ การห้ามการชุมนุมนั้น แม้จะเป็นมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยแต่ก็เป็นมาตรการที่ไปจำกัดเสรีภาพการชุมนุมจนเกินความจำเป็น เพราะนายกเทศมตรียังมีมาตรการอื่นๆ ที่เลือกใช้ ได้อีกเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย โดยไม่ต้องสั่งห้ามการชุมนุม¹⁵⁰ จะเห็นได้ว่าศาลปกครองได้ลงไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ (l'adaptation de la mesure aux

¹⁴⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 277 - 278.

¹⁴⁵ Patrice Chrétien et al, *op. cit.*, p. 692., et Conseil d'État, “Conseil d'État, 19 mai 1933, Benjamin, Contrôle des atteintes portées par le pouvoir de police à la liberté de reunion” 19 MAI 2017,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2566, จาก <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-19-mai-1933-benjamin>.

¹⁴⁶ คำพิพากษาศาแห่งรัฐ ลงวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1933 คดี Benjamin.

¹⁴⁷ Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 280.

¹⁴⁸ Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 537 - 538.

¹⁴⁹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 128, et Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 265.

¹⁵⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น. 125.

faits) ของฝ่ายปกครอง¹⁵¹ จึงเป็นการใช้อำนาจของตุลาการที่มีลักษณะเป็น *การควบคุมตรวจสอบแบบปกติ (le contrôle normal)* นั้นเอง¹⁵²

จะเห็นได้ว่าหลักความได้สัดส่วนนี้ได้เปิดประตูให้ศาลปกครองเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างกว้างขวาง แต่ศาลเองก็ต้องระมัดระวังเสมอว่าจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบปัญหาเรื่อง “ความเหมาะสม” ของการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งถือว่าการควบคุมระดับสูงสุด (le contrôle maximum) ไม่ได้เป็นอันขาด หากศาลปกครองถลำลึกไปถึงขนาดนั้นแล้วย่อมถือเป็นการเข้าไปแทรกแซงการใช้อำนาจตัดสินใจของฝ่ายปกครองอย่างร้ายแรง เนื่องจากการใช้อำนาจที่แทบจะเป็นการเข้าไป “แทนที่” การตัดสินใจของฝ่ายปกครองในเรื่องที่เป็น “ดุลพินิจโดยแท้” ของฝ่ายปกครอง การควบคุมระดับสูงสุดจึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองลงไปควบคุมถึงขั้นขัดแย้งจากการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (la légalité) ไปเป็นการควบคุมความเหมาะสม (l’opportunité) ต้องห้ามตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

บทสรุป

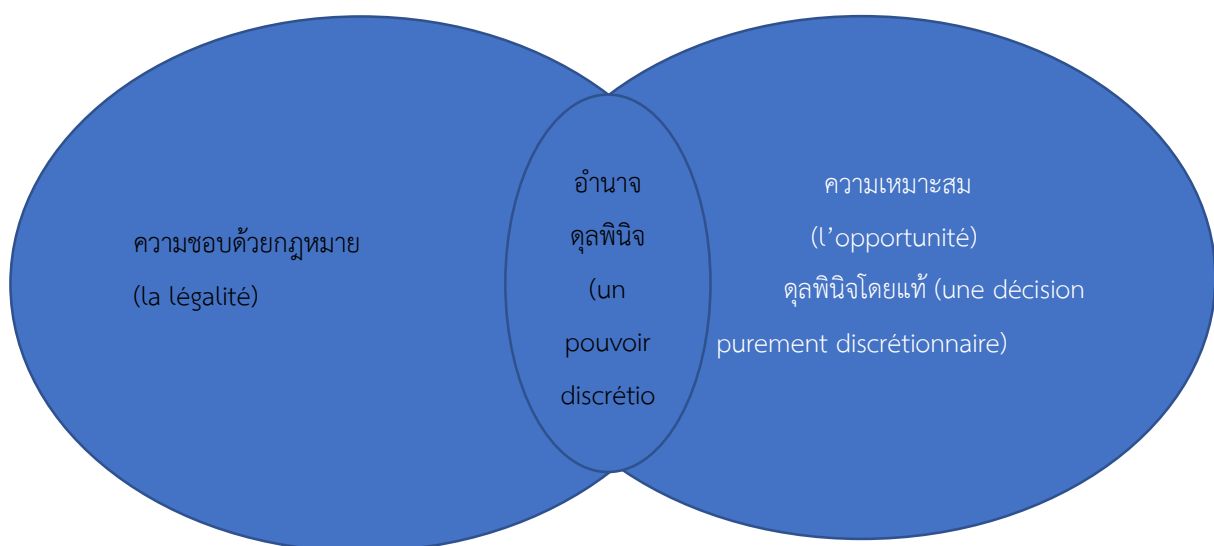
จากการศึกษาจะเห็นพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่สภาแห่งรัฐพยายามพัฒนาทฤษฎีในทางกฎหมายมหาชนในการเข้ามาจำกัดการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้เกิดความสมดุล กล่าวคือ ไม่เข้าไปก้าวก้าวเข้าไปถึงขนาดในดินแดนของดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง แต่ก็ไม่ถึงขนาดละเลยปล่อยปะให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจได้อย่างตามอำเภอใจ ใน *ส่วนที่ 1.1* ของบทความนี้จะสะท้อนให้เห็นได้ว่าบทบาทของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองมักจะถูกตั้งคำถามเนื่องจากศาลมีภารกิจสำคัญในการธำรงความไม่ชอบด้วยกฎหมายให้หมดสิ้นไปจากระบบกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องในทางภาวะวิสัย จึงเกิดการตั้งคำถามสำคัญที่ตามมาคือ การควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบของศาลปกครองหรือไม่ เพราะเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองทำตามรูปแบบและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว การที่ศาลจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบในทางเนื้อหาเป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในปัญหาเรื่องความเหมาะสมซึ่งเป็นเรื่องในทางภาวะวิสัยหรือไม่ คำตอบของปัญหาดังกล่าวได้ถูกอธิบายใน *ส่วนที่ 1.2.3* ของบทความนี้ผ่านการศึกษาคำประกอบของความชอบด้วยกฎหมายตามแนวคำพิพากษาที่จะทำให้เข้าใจได้ว่าแท้ที่จริงแล้วการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็เป็นเรื่องที่มาจากกฎหมายให้อำนาจการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็ยังคงอยู่ในกรอบของการควบคุมตรวจสอบปัญหาความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นบทบาทของศาลปกครองนั่นเอง

การอธิบายว่าฝ่ายปกครองได้ตามทำกฎหมายแล้ว เรื่องการใช้ดุลพินิจเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือไปจากนั้นสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ถ้าจะกล่าวให้ถูกต้องก็คือกรณีดังกล่าวฝ่ายปกครองได้กระทำการก็แต่เพียงการปฏิบัติตามรูปแบบหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดซึ่งก็เป็นเพียงองค์ประกอบแห่งความชอบด้วย

¹⁵¹ Pierre Delvolvé, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵² อย่างไรก็ตาม ในบางตำราอธิบายว่าคดีนี้เป็นการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบแบบสูงสุดที่ศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการกำหนดมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (des mesures de police administrative), โปรดดู *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 86*.

กฎหมายด้วยเหตุจากภายนอกเท่านั้น ยังเหลือองค์ประกอบในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นองค์ประกอบภายในอีกส่วนหนึ่งที่ศาลจะต้องพิจารณา และเรื่องการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในทางเนื้อหาของความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง จึงเป็นการไม่ถูกต้องที่จะอธิบายว่าศาลปกครองไม่สามารถควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่กฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจนั้น กฎหมายไม่ได้การใช้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไว้ใช้ตามอำเภอใจ อำนาจดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองมีอยู่นั้นก็มีฐานที่มาจากกฎหมายที่ให้อำนาจในการตัดสินใจบางอย่างในกรณีที่กฎหมายไม่ได้ระบุเอาไว้อย่างเคร่งครัดตายตัวเพื่อความเป็นธรรมเฉพาะกรณี จึงได้ใช้ถ้อยคำเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองได้ใช้เหตุผลซึ่งน้ำหนักในการตีความกฎหมายและปรับลักษณะของข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณี และเพื่อให้มั่นใจได้ว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจที่ได้รับมอบหมายมานั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจะต้องเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง แต่หากหลุดพ้นไปจากดินแดนของอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว ก็จะเข้าสู่ดินแดนความเหมาะสมหรือดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครองที่ศาลจะต้องเคารพและไม่ก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองเสียเอง **การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงมีลักษณะที่อยู่ตรงกลางระหว่างการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (เนื่องจากกฎหมายเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจดุลพินิจ) และการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสม (ที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจของศาลเพราะโดยธรรมชาติของเรื่องแล้วต้องยอมรับว่าเป็นการตัดสินใจในลักษณะที่เป็นอัตวิสัยที่โดยหลักแล้วไม่ถือว่าเป็นการฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัยแต่อย่างใด)** ดังปรากฏตามภาพประกอบด้านล่างนี้

ภาพประกอบที่ 1¹⁵³

¹⁵³ ภาพประกอบที่ 1 จัดทำโดยผู้เขียน

ความข้อนี้จะเห็นได้ชัดจากการศึกษาระดับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่ในระยะแรกศาลก็ยังกังวลและจำกัดตนแต่เพียงการควบคุมตรวจสอบความบกพร่องร้ายแรงอย่างเป็นที่ *ประจักษ์* ซึ่งมีลักษณะที่กลับมาค่อนข้างไปในทาง *ภาวะวิสัย* ซึ่งอยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครองในคดีฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่จะเห็นได้ว่าปัจจุบันสภาแห่งรัฐได้พัฒนาการตีความกฎหมายเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจมากขึ้นเรื่อย ๆ ย่อมเท่ากับว่าสภาแห่งรัฐให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกทางปกครองและการให้หลักประกันสิทธิของผู้ฟ้องคดียิ่งไปเสียกว่าการจำกัดตนเองอยู่ภายใต้หลักคิดในทางทฤษฎี ในมุมหนึ่งแม้จะมีข้อดีที่ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของศาลมีความยืดหยุ่นมากยิ่งขึ้น แต่นำมาซึ่งปัญหาเรื่องการแบ่งแยกอำนาจและปัญหาที่หลายคนกังวลว่าศาลจะสถาปนาอำนาจของตนเองมากเกินไป และแม้จะสามารถทำการจัดหมวดหมู่จำแนกแยกธาตุความสัมพันธ์ระหว่างความชอบด้วยกฎหมาย ความเหมาะสม และการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างชัดเจนแล้ว *ในทางทฤษฎี* ตามภาพประกอบด้านบน แต่ท้ายที่สุดแล้วก็ต้องยอมรับความจริงอยู่ดีว่าขอบเขตอำนาจของศาลก็ขึ้นอยู่กับศาลในการใช้และการตีความกฎหมาย กล่าวคือ *ในทางปฏิบัติ* เป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับศาลเองที่จะพิจารณาพิพากษาว่าแค่ไหนถึงจะเรียกว่าอยู่ในกรอบการควบคุมตรวจสอบอำนาจดุลพินิจ และแค่ไหนถึงจะเรียกว่าก้าวล่วงเข้าไปในแดนของความเหมาะสม ตรงนี้ไม่มีคำตอบที่แน่นอนชัดเจนตายตัว เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งในแง่นี้ก็ย่อมเท่ากับว่า สุดท้ายแล้วก็ขึ้นอยู่กับศาลอยู่เองว่าเรื่องไหนที่จะถือว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกนิติกรรมทางปกครอง และเรื่องไหนที่จะถือว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมของนิติกรรมทางปกครอง ในทางวิชาการฝรั่งเศสจึงมีการวิจารณ์กรณีปัญหาดังกล่าว เช่นคำวิจารณ์ของ Pierre Delvolvé อาจารย์คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยปารีส 2 (Université de Paris 2) ว่า “Il n'y a pas de contrôle de l'opportunité mais toujours de l'opportunité dans le contrôle”¹⁵⁴ ที่หมายความว่า “*ไม่มีการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสม แต่มีความเหมาะสม [ในที่นี้หมายถึงมี “ทางเลือก” ของศาล - ผู้เขียน] ในการควบคุมตรวจสอบ*” เพราะในท้ายที่สุดแล้วก็ยังเป็น “ดุลพินิจ” ของศาลอยู่ดีที่จะบอกว่าเรื่องนี้ต้องเป็นการควบคุมอย่างจำกัดหรือการควบคุมปกติ แล้วการควบคุมปกติที่ว่านี้มีขอบเขตแค่ไหนที่จะถือได้ว่าไม่ก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง และเป็น “ดุลพินิจ” ของศาลอยู่ดีที่จะพิจารณาว่าคดีที่พิพาทนี้ศาลจะสามารถควบคุมตรวจสอบได้อย่างจำกัดหรือควบคุมตรวจสอบได้อย่างปกติ

¹⁵⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 279.

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

ธีรรัฐ สระทองอุ่น. “ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

ประสาธ พงษ์สุวรรณ. “หลักกฎหมายที่สำคัญบางประการในการพิพาทคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.” ในหนังสือ 60 ปี ความมุ่งมั่นของคน ตัวตนของอาจารย์วรพจน์ (หนังสืออาจารย์บูชาเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์). คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

พัฒนพงศ์ อมรวัฒน์. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย. ม.ป.ท: วิญญูชน, 2559.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: นิติราษฎร์, 2554.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. วิญญูชน, 2562.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน : รวบรวมความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ. ม.ป.ท: วิญญูชน, 2540.

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรงค์. “หลักที่ว่าฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ตนกำหนดขึ้น (Patere legem quam ipse fecisti).” [online] Available from: <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act178.pdf>.

อานันท์ กระบวนศรี. “ทวิลักษณะในความสัมพันธ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) และหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (le principe de sécurité juridique) ในการควบคุมตรวจสอบ การกระทำทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์. ปีที่ 11. ฉบับที่ 2. (กรกฎาคม – ธันวาคม 2565).

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 1914 คดี *Gomel*.

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1925 คดี *Rodière*.

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1933 คดี *Benjamin*.

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1953 คดี *Société intercopie*.

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1971 คดี *Ville Nouvelle Est*.

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 1978 คดี *Lebon*.

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1986 คดี *Société Gepro*.

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 2013 คดี *M. Dahan*.

ภาษาต่างประเทศ

- Agathe Van Lang. Dictionnaire De Droit Administratif. Sirey, 8^e éd., 2021.
- Alix Perrin. Contentieux administratif. Dalloz, 2^e éd., 2021.
- André Maurin. Droit administratif. Sirey, 11^e éd., 2018.
- Antony Taillefait. Droit de la fonction publique. Dalloz, 9^e éd., 2022.
- Bertrand Seiller. Droit administratif : 2. L'action administrative. Champs université, 7^e éd., 2014.
- Céline Wiener et al. Droit public : Droit constitutionnel et administratif, Finances publiques, Institutions européennes, Documentation française, 2017.
- Charles Fortier, Droit de la fonction publique, Dalloz, 1^{ère} éd., 2020.
- Georges Dupuis et al.. Droit administratif. Sirey, 10^e éd., 2007.
- Gilles Lebreton. Droit administratif. Dalloz, 11^e éd., 2021.
- Gustave Peiser. Contentieux administratif. Dalloz, 16^e ed., 2014.
- Gustave Peiser. Droit administratif général, Dalloz, 26^e éd., 2014.
- Gustave Peiser. Droit de la fonction publique. Dalloz, 21^e éd., 2012.
- Jacques Viguiet. Le Contentieux administratif. Dalloz, 1^{ère} éd., 1998.
- Jean - Claude Ricci. Droit Administratif Général. Hachette Supérieur, 5^e éd., 2013.
- Jean Waline. Droit administratif, Dalloz, 26^e éd., 2016.
- Marceau Long et al. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Dalloz, 23e ed., 2021.
- Martine Lombard et al. Droit administratif, Dalloz, 14^e éd., 2021.
- Mattias Guyomar et al. Contentieux administratif. Dalloz, 6^e éd., 2021.
- Michel Rousset et al. Droit administratif, Tome II, L'action administrative. Pug, 2^e éd., 2004.
- Michel Rousset et al. Droit administratif, Tome II, Le contentieux administratif. Pug, 2^e éd., 2004.
- Olivier Gohin. Contentieux administrative. LexisNexis Litec, 4^e éd., 2005.
- Pascale Gonod. Droit administratif general. Dalloz, 2^e éd, 2020.
- Pascale Gonod et al. Traité de droit administratif. Tome 1. Dalloz, 1^{ère} éd, 2011.
- Pascale Gonod et al. Traité de droit administratif. Tome 2. Dalloz, 1^{ère} éd, 2011.
- Patrice Chrétien et al. Droit administratif. Sirey, 27^e éd, 2020.
- Pierre Delvolvé. Le droit administrative. Dalloz, 7^e éd, 2018.
- Pierre - Laurent Frier et al. Droit administratif. LGDJ, 12^e éd., 2018.
- Prosper Weil et al. Droit administrative. Puf/ Humensis, 25^e éd., 2017.

Serge Daël. Contentieux administratif. Puf, 3^e éd., 2010.

Serge Guinchard et al. Lexique des termes juridiques 2017 - 2018. Dalloz, 25^e éd., 2017.

Conseil d'État. “Conseil d'État, 19 mai 1933, Benjamin, Contrôle des atteintes portées par le pouvoir de police à la liberté de reunion,” 19 MAI 2017. [online] Available from: <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-19-mai-1933-benjamin>.