

หลักกฎหมายมหาชน

Principles of Public Law

LW 101

บทที่ 7

นิติวิธีของกฎหมายมหาชน

รองศาสตราจารย์ ดร.สุทธิญา วัฒนรุ่ง
ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บทที่ 7

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

ความเบื้องต้น

นิติวิธี (methode juridique) คือ "แบบแผนของการคิดวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในแนวทางของกฎหมาย" หรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า นิติวิธีเป็นการมองปัญหาหรือเป็นการพิจารณาเรื่องที่เกิดขึ้นหรือที่มีอยู่จากมุมมองของนักกฎหมาย หรือจากทัศนะของนักกฎหมาย เรื่องอย่างเดียวกัน หรือวัตถุอย่างเดียวกันหากมองจากทัศนะที่ต่างกันย่อมได้ผลสรุปต่างกันไปตามแบบแผนของแต่ละทัศนะนั้น

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน จึงหมายถึง "วิธีการคิดวิเคราะห์ หรือการพิจารณาปัญหาอย่างเป็นระบบในเรื่องกฎหมายมหาชนตามแบบแผนของกฎหมายมหาชน" นั้นเอง

วิธีการคิดวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในเรื่องของกฎหมายมหาชนเมื่ออยู่ 2 ระดับ กล่าวคือ **ประการแรก** เป็นวิธีการคิดวิเคราะห์ทั่วไปสำหรับนักกฎหมายมหาชนทุกสาขา ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น "วิธีคิดหลักในกฎหมายมหาชน" **ประการที่สอง** คือ เป็นวิธีการวิเคราะห์ในทางกฎหมายมหาชนในลักษณะที่อยู่ในฐานะใดฐานะหนึ่ง เช่น เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย เป็นผู้พิพากษา ฯลฯ เป็นต้น ซึ่งเรียกวินิจฉัยวิเคราะห์ในฐานะใดฐานะหนึ่งนี้ว่า "นิติวิธีเฉพาะ" และเป็น "นิติวิธีเฉพาะในเรื่องของกฎหมายมหาชน"

นักกฎหมายมหาชนในทุกสาขา ทุกฐานะจะต้องใช้วิธีการคิดวิเคราะห์ที่เป็นนิติวิธีทั่วไปในเรื่องของกฎหมายมหาชนไม่ว่าจะเป็นการคิดวิเคราะห์เพื่อการใด เช่น เพื่อการใช้กฎหมาย เพื่อการตีความกฎหมาย เพื่อการบัญญัติกฎหมาย เพื่อการตัดสิน หรือว่าเพื่อการศึกษาก็ตาม เพราะว่าการคิดวิเคราะห์ตามแบบแผนของกฎหมายจะทำให้สามารถแยกกฎหมายมหาชนออกได้จากกฎหมายอื่น ดังนั้น "นิติวิธี" จึงมีความสำคัญ และจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับนักกฎหมายมหาชนทุกฐานะ

นิติวิธีทั่วไปทางกฎหมายมหาชน แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ :-

1. นิติวิธีหลัก
2. นิติวิธีประกอบ

นิติวิธีหลัก คือ แบบแผนหลักในการคิดวิเคราะห์ในเรื่องนั้นๆ ซึ่งในที่นี้ก็คือการคิดวิเคราะห์ในแนวทางของกฎหมายมหาชน

ส่วน**นิติวิธีประกอบ** คือ วิธีการคิดวิเคราะห์เพื่อช่วยให้สามารถเข้าถึงนิติวิธีหลักได้รวดเร็วยิ่งขึ้นและมีความถูกต้อง

1. นิตินิติหลักในกฎหมายมหาชน

คือ หลักของวิธีการคิดวิเคราะห์ตามแบบแผนหรือตามแนวทางของกฎหมายมหาชน หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นหลักของวิธีการในการพิจารณาปัญหาใดๆ ในแบบของกฎหมายมหาชน ซึ่งนิตินิติหลักยังแยกออกเป็น 2 นิตินิติหลัก คือ :-

1.1 นิตินิติเชิงปฏิเสธ ซึ่งหมายถึง การห้ามนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงกับปัญหาในกฎหมายมหาชน

1.2 นิตินิติเชิงสร้างสรรค์ ซึ่งหมายถึง กฎหมายมหาชนมีวิธีการของกฎหมายมหาชนเองในการสร้างหลักการขึ้นมาจากความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ (interest general) กับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล

1.1 นิตินิติเชิงปฏิเสธ : การห้ามนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงกับปัญหาในเรื่องของกฎหมายมหาชน

ในประเทศที่มีระบบกฎหมายเป็นแบบที่มีศาลยุติธรรมแต่เพียงศาลเดียวซึ่งมักจะมีระบบกฎหมายเพียงระบบเดียวเช่นกันด้วยนั้น นักกฎหมายก็มักจะมีแนวความคิดจำกัดอยู่ในระบบกฎหมายที่มีอยู่ และมีความโน้มเอียงอย่างสูงที่จะใช้กฎหมายไปตามที่ตนเคยชินเท่านั้น โดยเฉพาะความเคยชินในกฎหมายเอกชนซึ่งมีพัฒนาการอันยาวนานมากกว่ากฎหมายมหาชน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ระบบศาลเดียวก็มักจะมีระบบกฎหมายเดียวซึ่งก็คือ กฎหมายเอกชน ดังนั้น นักกฎหมายในประเทศที่มีระบบศาลเดียวนี้จึงใช้กฎหมายเอกชนเป็นหลักในการตีความกฎหมายซึ่งเท่ากับว่า ได้นำหลักความเสมอภาคในกฎหมายเอกชนมาใช้ ทั้งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน และนำมาใช้ระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะกับเอกชนอีกด้วย ดังนี้ จึงเห็นได้ว่า เป็นการปฏิเสธความสำคัญของประโยชน์สาธารณะที่มีเหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล นั้นเอง

ในความเป็นจริงแล้วนั้น ไม่มีระบบกฎหมายใดที่ถือว่า รัฐหรือฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะเท่าเทียมกับเอกชน แม้แต่ใน "หลักนิติธรรม" (rule of law) ที่ ไดซี (Dicey) อ้างว่าคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชนอย่างเต็มที่นั้น ก็เป็นเพียงอุดมคติเท่านั้น ไม่ได้มีจริงในโลก

ในเมื่อระบบกฎหมายเอกชน ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของคู่กรณีเช่นนี้ จึงมีอยู่วิธีหนึ่งที่จะทำให้ รัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งมุ่งต่อประโยชน์สาธารณะอยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชนและเหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคลได้ ก็คือ การออกกฎหมายพิเศษโดยรัฐสภาเพื่อมอบอำนาจเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้กับรัฐหรือฝ่ายปกครองเป็นเรื่อยๆ ไป การอยู่ในฐานะเหนือกว่าของรัฐหรือฝ่ายปกครองเฉพาะเรื่องที่มีกฎหมายออกมาให้อำนาจเช่นนี้ จึงมิใช่เป็นการมีฐานะเหนือกว่าโดยสภาพของลักษณะที่เป็นกฎหมายมหาชน แต่เป็นความเหนือกว่าเพราะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ให้เหนือกว่าในเรื่องนั้นๆ กฎหมายมหาชนในลักษณะเช่นนี้

จึงเป็นกฎหมายพิเศษที่แตกต่างไปจากกฎหมายเอกชนเท่านั้น หรือเป็นหลักกฎหมายมหาชนที่เกิดขึ้นเพราะความจำเป็นเฉพาะในเรื่องที่มีกฎหมายพิเศษออกมาให้อำนาจกับรัฐหรือฝ่ายปกครอง นักกฎหมายและผู้ที่เกี่ยวข้องจึงมักเรียกกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ว่าเป็น "กฎหมายพิเศษ" บ้างหรือเป็น "กฎหมายเฉพาะ" บ้าง

ความเป็นจริงในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่า มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากมายที่ออกมาเพื่อให้อำนาจแก่รัฐหรือฝ่ายปกครองในเรื่องต่างๆ และยังนับวันก็จะยิ่งมีมากขึ้นเรื่อยๆ จนอำนาจของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่มีอยู่เหนือเอกชนนี้ได้แทรกแซงเข้าไปในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนมากขึ้นๆ จนอาจจะกล่าวได้ว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนเรื่องใดเลยที่ไม่มีอำนาจของรัฐหรือฝ่ายปกครองเข้าไปแทรกอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า

กฎหมายพิเศษที่มีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนนี้ จึงขยายตัวเป็นกฎหมายหลักและครอบงำกฎหมายเอกชนไป ผลที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ นักกฎหมายและผู้เกี่ยวข้องซึ่งเคยชินอยู่กับระบบกฎหมายเอกชนทั้งในทฤษฎี แนวความคิด และวิธีการตีความ ไม่อาจนำความเคยชินในกฎหมายเอกชนมาใช้ในกฎหมายพิเศษที่มีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนนี้ได้ ดังนั้นจึงต้องยึด "ตัวอักษร" ของ "กฎหมายพิเศษ" หรือ "กฎหมายเฉพาะ" นี้เป็นหลัก

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน จึงมีความมุ่งหมายเพื่อให้สามารถคิดวิเคราะห์ หรือสามารถมองปัญหาในเรื่องกฎหมายมหาชนได้อย่างมีเหตุผลสอดคล้องกับระบบของกฎหมายมหาชน ทั้งนี้เพื่อจะได้ใช้เป็นเครื่องมือในการเข้าถึงจุดอันเป็นแก่นสารของกฎหมายมหาชนและสามารถใช้กฎหมายมหาชนได้อย่างเป็นระบบ

ในประเทศที่กฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนมีความแตกต่างกัน "โดยสภาพ" อยู่แล้วนั้น นักกฎหมายจะมีความเคยชินกับหลักที่ให้รัฐหรือฝ่ายปกครองหรือประโยชน์สาธารณะอยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชนหรือประโยชน์ส่วนบุคคล และจะไม่นำหลักกฎหมายเอกชนที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและเสรีภาพมาใช้โดยตรงกับนิติสัมพันธ์ที่รัฐหรือฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณี แต่หากต้องการจะให้นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองกับเอกชนอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันเฉพาะในเรื่องใด ก็จะต้องมีกฎหมายพิเศษแยกออกไปจากกฎหมายมหาชน เพราะกฎหมายมหาชนนั้นมีทฤษฎี มีแนวความคิด และมีหลักกฎหมายของกฎหมายมหาชนเอง และกฎหมายมหาชนต้องมีศาลพิเศษทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาท โดยใช้นิติวิธีพิเศษในแบบของกฎหมายมหาชนด้วย

สำหรับประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบที่มีศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียว กฎหมายมหาชนในประเทศไทยจึงมิได้เป็นระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ แต่เป็นระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น "นิติวิธี" หรือวิธีการคิดวิเคราะห์ หรือวิธีการมองหรือพิจารณาปัญหาในมุมมองของกฎหมายจึงต้องใช้ "นิติวิธีที่ใช้ในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ" มาเป็นหลักในการสร้าง "นิติวิธีในระบบกฎหมายมหาชนโดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร"

"นิติวิธีที่ใช้ในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาฯ" นั้น ยึดหลักประโยชน์สาธารณะเหนือประโยชน์ส่วนบุคคล อยู่แล้ว แต่ "นิติวิธีในระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร" นั้น ตามปกติยึดหลักความเท่าเทียมกันของคู่กรณีที่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน แต่ได้แยกให้รัฐหรือฝ่ายปกครองมีฐานะเหนือกว่าเอกชนในเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยการออกกฎหมายมาให้อำนาจกับรัฐหรือฝ่ายปกครองในเรื่องนั้น ดังนั้น ในผลสุดท้ายแล้ว ทั้งสองระบบนี้ต่างก็ยอมรับว่าประโยชน์สาธารณะเหนืออยู่ในฐานะเหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคลของเอกชน และอยู่ที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนต่อการดำเนินการอันมิชอบจากการใช้อำนาจของรัฐหรือฝ่ายปกครอง เช่นเดียวกัน

นิติวิธีที่จะได้กล่าวถึงในบทต่อไปนี้เป็นนิติวิธีที่ยึดหลักมาจากประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นแม่แบบของการใช้นิติวิธีในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาฯ และมี "สภาแห่งรัฐ"(Conseil d'Etat) เป็นสถาบันหลักในการสร้างระบบกฎหมายมหาชนที่เป็นสากลและได้รับการนำไปใช้ทั่วโลก

1.1.1 เหตุที่กฎหมายมหาชนแตกต่างกับกฎหมายเอกชนและผลที่เกิดขึ้นตามมา

เหตุ 2 ประการที่ทำให้กฎหมายมหาชนแตกต่างจากกฎหมายเอกชน คือ :-

(1.) คู่กรณีที่เกี่ยวข้องมีนิติสัมพันธ์ ในกฎหมายมหาชนนั้นคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง คือ รัฐหรือฝ่ายปกครอง แต่ในกฎหมายเอกชนคู่กรณีทั้งสองฝ่ายคือเอกชนเท่านั้น

(2.) จุดมุ่งหมาย จุดมุ่งหมายของรัฐหรือฝ่ายปกครองคือการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อสนองความต้องการของคนหมู่มากในสังคม ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือเพื่อประโยชน์ของกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง แต่ในกฎหมายเอกชนมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลของคู่กรณีที่มีนิติสัมพันธ์เท่านั้น

การแสดงออกของรัฐหรือฝ่ายปกครองมีข้อสังเกตว่า รัฐหรือฝ่ายปกครองจะแสดงออกโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครอง หรือเป็นตัวแทนของรัฐ ดังนั้นจึงต้องแยกพิจารณาว่า การกระทำของบุคคลที่ทำหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือการกระทำของคนที่เป็นตัวแทนของรัฐนั้น เป็นการกระทำในฐานะใด กล่าวคือ

(2.1) กระทำในฐานะส่วนตัวเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ที่ตนเอง (Interet personnel) หรือเป็นการแสดงเจตนาส่วนตัว (acte de volonte individuelle) ดังนี้ ย่อมไม่มีผลผูกพันรัฐหรือหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด คงมีผลผูกพันเฉพาะตัวผู้เป็นเจ้าของหน้าที่ผู้นั้นในฐานะเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป

(2.2) ถ้าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่ตนมีอำนาจหน้าที่ ก็ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาแทนรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ และมีผลผูกพันรัฐ รัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นเหมือนเป็นการกระทำของรัฐเอง

ข้อสังเกตทั้งสองประการข้างต้นนี้จะเห็นได้จากการแยกการกระทำของผู้ที่เป็นเจ้าพนักงานของรัฐที่เป็นการปฏิบัติราชการตามหน้าที่ออกจากการกระทำที่เป็นการกระทำนอกอำนาจ

หน้าที่ ซึ่งในประเทศไทยจะเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องที่ว่าด้วยความผิดต่อเจ้าพนักงานและความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพเช่นในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะมีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนในเรื่องความผิดส่วนตัวของเจ้าพนักงาน (*faute personnelle*) และความรับผิดของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ตามทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดเพื่อละเมิดของรัฐหรือของเจ้าพนักงาน แต่ในปัจจุบัน(พ.ศ.2541)ประเทศไทยก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539แล้ว

ถ้ารัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งตามหลักกฎหมายมหาชนแล้วมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ได้ใช้อำนาจหน้าที่ไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว การกระทำเช่นนั้นย่อมเสียไป และในการพิจารณาของศาลปกครองจะยึดหลักในการพิจารณาว่า รัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจหน้าที่ไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ หรือว่าดำเนินการไปเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล ถ้าการพิจารณาได้ความว่า เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ดำเนินการไปเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลแล้ว ศาลปกครองก็จะพิพากษาเพิกถอนการกระทำหรือนิติกรรมของรัฐหรือของฝ่ายปกครองนั้น แต่ถ้าทางพิจารณาได้ความว่า เป็นการดำเนินการไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่มีเอกชนพลอยได้รับประโยชน์ไปด้วย ดังนี้ ก็จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไปโดยชอบแล้ว

จึงเห็นได้ว่า *ภารกิจหลักของรัฐ* คือ ประโยชน์สาธารณะหรือการตอบสนองความต้องการของคนหมู่มาก ดังนั้น *กฎหมายมหาชนจึงสร้างหลักกฎหมายต่าง ๆ ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั่นเอง* และเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นนี้ ผลทางกฎหมายมหาชนที่เกิดตามมาคือ รัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีฐานะเหนือเอกชน และสภาพทางกฎหมายที่ รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ในฐานะเหนือเอกชนนี้เรียกว่า *เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (prerogative de l'Administration)*

1.1.2 เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (*prerogative de l'administration)*

ในกฎหมายเอกชนนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันสัมพันธ์กันด้วยมุ่งเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลของเอกชนแต่ละฝ่าย กฎหมายเอกชนจึงตั้งอยู่บนหลักแห่งความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามกฎหมาย (*egalite*) และต้องใช้ "การสมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย" ในการเข้าผูกนิติสัมพันธ์ต่อกัน หรืออาจกล่าวได้อีกอย่างหนึ่งว่า กฎหมายเอกชนนั้นมี "เสรีภาพในการแสดงเจตนา" (*liberte contractuelle*) ด้วยเหตุนี้ ในกฎหมายเอกชน "สัญญา" จึงเป็นที่มาของนิติสัมพันธ์เกือบทั้งหมด และหากมีการโต้แย้งสิทธิ หรือมีการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ต่างได้ตกลงกันไว้ เอกชนต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาและบังคับคดีให้ เอกชนจะบังคับกันเองไม่ได้

ตรงจุดนี้เองที่กฎหมายเอกชนแตกต่างกับกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจน เพราะ กฎหมายมหาชนเน้น คุ้มครองฝ่ายหนึ่งอันได้แก่รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐมีจุดมุ่งหมายในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น กฎหมายมหาชนจึงมีหลักการอยู่บน "ความไม่เสมอภาค" กล่าวคือ รัฐ หรือหน่วยงานของรัฐต้องอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนและทำให้เกิดหลักกฎหมายในเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองขึ้นมา ซึ่งเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนี้จะแสดงออกอย่างน้อย 4 ระดับด้วยกัน คือ :-

(1) กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการ (*activite*) ที่ฝ่ายปกครองดำเนินการต้องเป็น " บริการสาธารณะ " (*service public*) หรือเป็น " การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง (*police administrative*) " ก็ได้

(2) วิธีการที่ใช้ในการทำกิจกรรม ที่ฝ่ายปกครองใช้ อาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ก่อนิติสัมพันธ์ขึ้นโดยที่เอกชนไม่ได้สมัครใจก็ได้ ซึ่งเรียกว่า " นิติกรรมทางการปกครอง " (*acte administratif*) หรืออาจใช้ " สัญญาทางการปกครอง " (*contrat administratif*) หรืออาจเลือกใช้ " สัญญาทางแพ่ง " ก็ได้

(3) ผลทางกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะพิเศษและที่เป็นผลของกิจกรรมตามข้อ 1.) และที่เป็นผลของวิธีการตามข้อ 2.)

(4) การบังคับตามสิทธิหน้าที่ หรือ การพิจารณาพิพากษา ที่เป็นการโต้แย้งกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนนั้น ถือว่าจะต้องพิจารณาโดยศาลพิเศษ ด้วยวิธีพิจารณาพิเศษ และด้วยกฎหมายพิเศษจากหลักกฎหมายมหาชน

(1) กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการ (*activites administratives*)

กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ :-

(1.1) การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง (*police administrative*) เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม

(1.2) กิจกรรมที่เป็นการให้บริการแก่สาธารณะ (*service public*)

(1.1) การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง (*police administrative*) ในประการแรกนั้นหมายถึง การใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยในการใช้เสรีภาพของเอกชน เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ในประการแรกนี้ จึงมีลักษณะทางกฎหมายมหาชน ดังนี้:-

(ก) "การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง" ต่างจาก "การควบคุมทางอาญา" กล่าวคือ "การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง" เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเพื่อ "ป้องกัน"

¹ บทกล่าวได้ว่า "การควบคุมทางอาญา" ก็ได้โดยผู้เขียน

(*preventif*) ไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น แต่ "การควบคุมทางอาญา" (*police judiciaire*) เป็นการใช้อำนาจสอบสวนเพื่อ "ปราบปราม" ความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นแล้ว สรุป คือ กิจกรรมแรกเป็นเรื่องการป้องกันล่วงหน้าโดยที่เหตุยังไม่เกิดขึ้น แต่กิจกรรมหลังเป็นเรื่องของการปราบปรามความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นแล้ว ข้อสังเกตในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองนี้ ก็คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองจะขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจว่า กฎหมายนั้นๆ ให้เจ้าหน้าที่ใดควบคุมกิจกรรมใด เช่น อธิบดีกรมป่าไม้มีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับป่าไม้ อธิบดีกรมตำรวจ (ปัจจุบัน พ.ศ.2541 ได้เปลี่ยนชื่อตำแหน่งเป็น "ผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ") มีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย และเหตุการณ์โจรผู้ร้าย เป็นต้น

(ข) เนื่องจากอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองเป็นการใช้อำนาจส่วนหน้าเพื่อป้องกัน ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจเพียงฝ่ายเดียวในการออกกฎเกณฑ์ต่างๆ มาใช้โดยไม่ต้องตามความสมัครใจของเอกชน เอกชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเท่านั้น ซึ่งเรียกว่า "นิติกรรมทางการปกครอง" (*acte administratif*) ได้แก่ อำนาจในการวางกฎระเบียบเพื่อการต่างๆ เช่นการออกกฎจราจร การวางระเบียบเกี่ยวกับการค้า การวางระเบียบเกี่ยวกับการเงิน การธนาคาร และยังรวมไปถึง "การออกคำสั่ง" ตามกฎระเบียบนั้นด้วย เช่น การออกคำสั่งอนุมัติหรือไม่อนุมัติ และอาจเป็นการแสดงออกโดย "วาจา" หรือ โดย "ลายลักษณ์อักษร" หรือโดย "สัญญาณ" เช่นไฟสัญญาณจราจร ก็ได้ และถ้าจำเป็น การใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองอาจ "ใช้กำลัง" ได้เท่าที่จำเป็นอีกด้วย เช่น การยึดของกลาง การเคลื่อนย้ายรถที่จอดกีดขวางการจราจร เป็นต้น และถ้าการฝ่าฝืน "ข้อห้ามเพื่อป้องกัน" นี้เป็นความผิดทางอาญาด้วย ก็ต้องนำกฎหมายอาญามาใช้กับกรณีนั้น หรืออาจจะต้องมีการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมในส่วนที่เป็นความผิดอาญา ในประการที่สองนี้ การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองจึงเป็นกิจกรรมที่รัฐใช้อำนาจเพียงฝ่ายเดียวจำกัดเสรีภาพของเอกชน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม นั้นเอง

(ค) ความสงบเรียบร้อย (*ordre public*) ที่ "การรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง" ต้องทำการเพื่อป้องกันนั้น มีอยู่ 3 ลักษณะด้วยกัน คือ "ความสงบเรียบร้อยในท้องถนนและในที่สาธารณะ" (*tranquillite*) "ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน" (*securite*) และ "ความสะอาด" (*sauubrite*) เช่นการรักษาสภาพแวดล้อม การเก็บขยะมูลฝอย เป็นต้น ที่สำคัญคือ ทั้งสามประการนี้ต้องเป็น "สาธารณะ" กล่าวคือ หากไม่มีการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือไม่ดำเนินการรักษาความสงบเรียบร้อยให้ดีแล้ว ก็จะถึงกับเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นได้จริงๆ ในสังคม

(1.2) กิจกรรมที่เป็นการให้บริการสาธารณะ (service public)

กิจกรรมนี้เป็นการให้บริการแก่ประชาชนเป็นประโยชน์สาธารณะ และเป็นการสนองความต้องการของมหาชน มีลักษณะที่เป็นกฎหมายมหาชน ดังนี้:-

(ก) เป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งมีอยู่มากมายหลายอย่างหลายกิจกรรมด้วยกัน อาทิเช่น การไฟฟ้า การประปา การโทรศัพท์ การไปรษณีย์ การจัดการศึกษา ฯลฯ จึงเห็นได้ว่า กิจกรรมเหล่านี้กระทำไป หรือ ดำเนินการไปโดยมุ่งให้เป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นวัตถุประสงค์ที่จะได้รับตอบแทนมาในรูปของผลกำไรจากการประกอบกิจกรรม จึงไม่ใช่วัตถุประสงค์ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ดำเนินกิจกรรม แต่การให้บริการของเอกชนนั้นจะมีวัตถุประสงค์เพื่อผลตอบแทนที่เป็นกำไรจากการดำเนินการให้บริการนั้นๆ

ส่วนการจะพิจารณาว่า กิจกรรมใดเป็นการให้บริการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากกฎหมายว่าได้กำหนดให้หน่วยงานใดของรัฐดำเนินกิจกรรมนั้น หรือไม่ หากมีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมนั้น ก็ต้องถือว่า กิจกรรมนั้นเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ศาลปกครองก็จะพิจารณาอย่างละเอียดว่า ลักษณะของกิจกรรมที่กระทำหรือดำเนินการโดยรัฐ หรือโดยหน่วยงานของรัฐ นั้น มีลักษณะและวัตถุประสงค์นำไปเพื่อสาธารณะประโยชน์หรือไม่ ถ้าเป็นไปเพื่อสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ก็ถือเป็นบริการสาธารณะ ซึ่งผลที่จะเกิดตามมาก็คือ ต้องใช้กฎหมายมหาชนบังคับ และหากมีกรณีพิพาทที่ต้องขึ้นศาลปกครอง แต่ถ้าไม่ใช่เป็นการสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ หรือไม่ใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็ต้องใช้กฎหมายเอกชนบังคับและขึ้นศาลยุติธรรม

(ข) ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะถือว่าเป็นการให้บริการสาธารณะ ก็คือ ต้องเป็นกิจกรรมที่ "ฝ่ายปกครองดำเนินกิจกรรมด้วยตนเอง" และเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองผู้ดำเนินกิจกรรมนั้นต้อง "รับผิดชอบ" หรืออย่างน้อย หากเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองมอบให้ผู้อื่นกระทำแทน ก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับอย่างใกล้ชิดของฝ่ายปกครอง

(2.) วิธีการที่ใช้ในการทำกิจกรรม

ในกฎหมายเอกชนนั้นคู่กรณีที่เข้าทำนิติสัมพันธ์อยู่บนพื้นฐานของหลักแห่งความเสมอภาคและเสรีภาพ คือ ความเท่าเทียมกันและความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ดังนั้น "วิธีการส่วนใหญ่ที่ใช้ในการทำนิติสัมพันธ์หรือก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในกฎหมายเอกชนก็คือ "สัญญา" แต่ในกฎหมายมหาชน ฝ่ายปกครองมีวิธีการต่างๆให้สามารถเลือกใช้ได้ตามความจำเป็น อย่างน้อย 3 ประการด้วยกัน ซึ่งอาจเรียกโดยรวมได้ว่า คือ "เอกสิทธิ์พิเศษของวิธีการ" กล่าวคือ:-

(2.1) นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif unilatéral) คือ การแสดงเจตนาแต่เพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองและก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ได้แก่ การเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของเอกชน การจะให้มีนิติกรรมทางปกครองได้ จะต้องปรากฏว่า :-

(ก) มีการแสดงเจตนาสู่ภายนอก ซึ่งอาจเป็นการแสดงเจตนาที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือเป็นคำสั่งเฉพาะเรื่อง หรือเป็นการตัดสินใจเพียงฝ่ายเดียวอื่นๆ เช่น การอนุมัติ การไม่อนุมัติ การเพิกถอน เป็นต้น ส่วนการตัดสินใจภายในของฝ่ายปกครองเองเช่นการเสนอความเห็น การเสนอแนะ การเสนอบันทึกประมวลเรื่องเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาตัดสินใจสั่งการ เหล่านี้ยังไม่มีการแสดงเจตนา จึงไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง ผลที่ตามมาก็คือ จะนำมาฟ้องศาลปกครองไม่ได้

(ข) การแสดงเจตนาสู่ภายนอกนั้น มุ่งต่อการก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของเอกชน เช่น ฝ่ายปกครองออกกฎกระทรวง ทำให้เอกชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎกระทรวงนั้น หรือ ฝ่ายปกครองออกคำสั่งห้าม ทำให้เอกชนถูกระงับซึ่งสิทธิ หรือฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้เอกชนทำ เช่น ให้ชำระภาษี ก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่เอกชน เหล่านี้เป็นนิติกรรมทางปกครอง แต่การใดที่ฝ่ายปกครองมิได้มุ่งให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของเอกชนการนั้นก็ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองเหล่านี้ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด ก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองโดยใช้หลักตามกฎหมายมหาชนทั้งสิ้น หลักสำคัญๆที่นิติกรรมทางปกครองจะต้องคำนึงถึงอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้นนิติกรรมทางปกครองนั้นอาจถูกศาลเพิกถอน อาทิเช่น ผู้ทำนิติกรรมทางปกครองมีอำนาจหรือไม่ หากตามกฎหมายผู้ทำนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีอำนาจ ก็ต้องถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นมิชอบ ศาลปกครองจะต้องเพิกถอน แต่มีข้อยกเว้น คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการแต่งตั้งโดยมิชอบแต่ได้กระทำโดยสุจริต และประชาชนทั่วไปก็ไม่ได้รู้ถึงการแต่งตั้งที่ไม่ชอบนั้น เช่นนี้ต้องถือว่า นิติกรรมทางปกครองที่ได้ทำไปใช้ได้ กับกรณีที่เป็นยามบ้านเมืองเกิดวิกฤตการณ์รุนแรง แต่ไม่มีฝ่ายปกครองดำเนินการใดๆ เอกชนจึงเข้าไปดำเนินการแทน ทั้งๆที่เอกชนก็ไม่มีอำนาจโดยตรงตามกฎหมาย เช่นนี้กฎหมายมหาชนถือว่าเอกชนได้กระทำในฐานะเป็นเจ้าของพนักงานและเป็นการกระทำที่ชอบกฎหมายได้

หลักสำคัญที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงอย่างเคร่งครัดอีกอย่างหนึ่ง คือ นิติกรรมทางปกครองนั้นได้กระทำตามขั้นตอนหรือตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด หรือได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งหากเป็นสาระสำคัญแต่ฝ่ายปกครองมิได้ทำตามที่กฎหมายกำหนด ก็ต้องถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นมิชอบ หรือว่า เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่กฎหมายกำหนด หรือ เป็นประโยชน์สาธารณะอื่นอันมิใช่ประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ ก็ต้องถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต ซึ่งศาลปกครองเพิกถอนได้

หลักสำคัญประการสุดท้าย คือ นิติกรรมทางปกครองมีเนื้อหาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองไม่สอดคล้องกับกฎหมายแล้ว ศาลย่อมจะเพิกถอนได้ เช่น การ

สำคัญผิดในข้อกฎหมาย ซึ่งถ้าหากสำคัญผิดแต่ฝ่ายปกครองมีอำนาจ ศาลก็อาจให้แก่ไข หรือ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง คือไม่มีข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเงื่อนไขที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจทำนิติกรรมทางปกครองได้ประการหนึ่ง กับมีข้อเท็จจริงแต่ไม่เข้าคุณสมบัติหรือไม่เข้าลักษณะตามกฎหมาย เช่นนี้ถ้าถึงขนาดที่สามารถเห็นได้ชัดเจน ศาลก็จะเพิกถอน แต่ถ้า ก้ำกึ่งศาลก็อาจจะไม่เข้าไปควบคุม

(2.2) สัญญาทางปกครอง (*contrat administratif*) เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอีกอย่างหนึ่งแต่ไม่ถึงกับเป็นการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง สัญญาทางปกครองนี้มี เอกชนเข้ามาแสดงเจตนาร่วมด้วย ซึ่งอาจเป็นการแสดงเจตนา 2 ฝ่าย หรือหลายฝ่ายก็ได้ แต่ ฝ่ายหนึ่งนั้น เป็น "ฝ่ายปกครอง" ผลที่ตามมาคือ จะนำหลักกฎหมายที่ใช้ใน "นิติกรรมทางปกครอง" มาใช้ใน "สัญญาทางปกครอง" โดยตรงไม่ได้ หลักกฎหมายของสัญญาทางปกครองจึงเป็นหลักเอกเทศต่างออกมาจากนิติกรรมทางปกครอง ทั้งวิธีพิจารณาาก็ต่างกัน อำนาจศาลปกครองก็ต่างกัน

ข้อสังเกตที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้นจะต้องประกอบด้วย *ประการแรกคือ คู่สัญญา* ฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง และอีกประการหนึ่ง คือ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงในการดำเนินการ ให้การบริการสาธารณะ หรือ มีข้อสัญญาที่ให้อำนาจมากเป็นพิเศษแก่ฝ่ายปกครองเหนือเอกชนที่เป็น คู่สัญญา

(2.3) *การใช้สัญญาทางแพ่ง* ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองไม่มีเอกสิทธิ์ใดๆเลย เพราะต้องใช้หลักกฎหมายเอกชนบังคับสัญญาและหากมีข้อพิพาทก็ต้องขึ้นศาลยุติธรรม เท่ากับว่า ฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นเอกชนคนหนึ่งเท่านั้น สัญญาประเภทนี้จะไม่ได้ให้อำนาจมากเป็นพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง และ ไม่ได้มุ่งโดยตรงต่อการดำเนินการบริการสาธารณะ เช่น หน่วยงานของรัฐทำสัญญาเช่าอาคารของเอกชนเป็นที่ทำการ หรือเป็นการทำสัญญาซื้อขายสิ่งของเครื่องใช้ในสำนักงาน เป็นต้น

3.) ผลทางกฎหมาย

ผลทางกฎหมายจะมีลักษณะพิเศษที่เป็นผลมาจากกิจกรรมตามข้อ 1.) และที่เป็นผลมาจากวิธีการตามข้อ 2.) กล่าวคือ

3.1) ผลทางกฎหมายจากการรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครอง

การใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองเป็นการใช้อำนาจล่วงหน้าเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ รวมทั้งการอนุมัติหรือ การไม่อนุมัติใดๆ หรือ การกระทำที่เป็นนิติกรรมทางการปกครองใดๆซึ่งอาจจะมีผลเป็นการทั่วไป หรือ มีผลเป็นการเฉพาะราย นั้น *เอกชนอาจนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง*

ครองได้ หากเอกชนเห็นว่า การใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเป็นการอันไม่ชอบ และในกรณีเช่นนี้ ศาลปกครองจะใช้หลักที่ให้ความสำคัญกับมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้ว่าเกินกว่าความจำเป็นที่ จะรักษาความสงบเรียบร้อยหรือไม่ ถ้าศาลปกครองพิจารณาได้ความว่า ฝ่ายปกครองใช้มาตรการ เพื่อป้องกันเกินกว่าความจำเป็น ศาลปกครองก็จะสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางการปกครองนั้น และ ถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ละเมิดสิทธิของเอกชนอย่างร้ายแรงโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ศาลปกครองก็อาจลงโทษฝ่ายปกครองโดยไม่รับคดีไว้พิจารณาเอง แต่จะให้ไปขึ้นศาลยุติธรรม ซึ่งใช้กฎหมายเอกชนบังคับคดีแทน

แต่ในเรื่องที่เป็นนโยบายสำคัญอย่างแท้จริง ศาลปกครองก็จะควบคุมฝ่ายปกครองเท่าที่จำเป็นเท่านั้น เช่น เรื่องการเนรเทศ เป็นต้น ส่วนในเรื่องอื่น ๆ ก็จะต้องเป็นเรื่องที่เกิดจากการใช้อำนาจรักษา ความสงบเรียบร้อยทางการปกครองผิดร้ายแรงอย่างแท้จริงเท่านั้น กล่าวคือ จะต้องถึงกับเป็น การจงใจให้เกิดความเสียหายกับเอกชนโดยผิดกฎหมาย หรือเป็นเพราะการประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรง ศาลปกครองจึงจะให้รัฐต้องรับผิดชอบในเรื่องค่าสินไหมทดแทน

ในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองใน สถานะการณ์ฉุกเฉิน หรือ ในสถานะการณ์ฉุกเฉินอย่างยิ่ง นั้น อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยทางการปกครองจะมีมากขึ้น ตามสถานะการณ์และเป็นหลักกฎหมายมหาชนว่า ในสถานะการณ์ที่ฉุกเฉินอย่างยิ่ง (*circumstances exceptionnelles*) เช่น เกิดการจลาจล นั้น แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจไว้โดยตรง ฝ่ายปกครองก็ จะต้องดำเนินการทุกอย่างเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และในยามประกาศกฎอัยการศึก นั้น อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นพลเรือนจะโอนไปเป็นอำนาจของฝ่ายทหารทันที

(3.2) ผลทางกฎหมายจากกิจกรรมให้บริการสาธารณะ

ศาลปกครองได้สร้างหลักกฎหมายพิเศษขึ้นมาสำหรับคุ้มครองการให้บริการสาธารณะ เรียก ว่า "หลักกฎหมายพื้นฐานของการให้บริการสาธารณะ" คือ :-

(ก) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (*continuité de service public*)

ความต้องการของประชาชนที่มีต่อกิจกรรมให้บริการสาธารณะย่อมมีอยู่อย่าง ต่อเนื่อง เพราะฉะนั้นการดำเนินการให้บริการสาธารณะจึงต้องต่อเนื่องด้วย การ กระทำอย่างใด ๆ ก็ตามที่ทำให้การบริการสาธารณะขาดความต่อเนื่อง ก็จะต้องห้าม เช่น ห้าม การนัดหยุดงานของพนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือถ้าเป็นกรณีสัญญาทางการปกครอง ก็มีหลักว่า แม้ไม่มีข้อสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองก็อาจเข้าดำเนินการ บางประการได้ ถ้าเห็นว่าเอกชนจะไม่สามารถดำเนินการให้บริการรัฐวิสาหกิจได้ และถ้าฝ่ายปก ครองเป็นฝ่ายผิดสัญญา เอกชนคู่สัญญาก็จะหยุดการดำเนินการตามสัญญานั้นไม่ได้ เพราะจะ ทำให้การให้บริการสาธารณะต้องหยุดไปด้วยนั่นเอง เอกชนคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อ

ไป แต่เอกชนอาจฟ้องเรียกค่าเสียหาย หรือฟ้องขอให้เลิกสัญญาได้ โดยมีหลักว่า สัญญาปกครองเช่นนี้ จะบอกเลิกโดยฝ่ายเอกชนไม่ได้ ต้องฟ้องขอเลิกสัญญาต่อศาลปกครองเท่านั้น

หลักกฎหมายเหล่านี้แตกต่างกับกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจน ทั้งนี้ก็เพราะสภาพของกิจกรรมอันเป็นการให้บริการสาธารณะนั้นเองที่ต้องมีหลักเกณฑ์พิเศษเพื่อให้กิจกรรมบริการสาธารณะนั้นดำเนินต่อไปได้

(ข) หลักการปรับเปลี่ยนให้การบริการสาธารณะทันต่อความต้องการของมหาชนอยู่เสมอ (adaptation de service public)

ตามข้อนี้มีหลักอยู่ว่า กิจกรรมบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองดำเนินการนั้น ต้องมีการปรับเปลี่ยนให้ทันกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นธรรมดาที่ความต้องการของคนในสังคมย่อมจะเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและตามความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ทำให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนย่อยๆตามมาหลายประการ เช่น "ฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวอาจใช้อำนาจแก้ไขสัญญา ที่ทำให้เอกชนคู่สัญญาต้องมีหนี้ใหม่ที่จะต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยฝ่ายปกครองจะต้องออกค่าทดแทนให้" และหลักที่ว่า "ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ที่จะอ้างสิทธิอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปอีกไม่ได้ เมื่อความจำเป็นในการดำเนินกิจกรรมให้บริการสาธารณะนั้นได้หมดไปแล้ว" ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจยุบ หรือเลิกกิจกรรมของหน่วยงานนั้นได้

(ค) หลักความเสมอภาคที่มีต่อกิจกรรมอันเป็นบริการสาธารณะ หมายถึง ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมให้บริการสาธารณะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน เช่น มีข้อกำหนดในเรื่องคุณสมบัติเหมือนกัน หรือการใช้วิธีแข่งขันให้เอกชนมีโอกาสเท่ากันที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาเพื่อดำเนินกิจกรรมให้บริการสาธารณะ และต้องปฏิบัติต่อผู้ใช้บริการเหมือนกัน เป็นต้น

อย่างไรก็ตามกิจกรรมให้บริการสาธารณะบางอย่างมีลักษณะที่ใกล้เคียงมากกับกิจกรรมของเอกชน และมีวัตถุประสงค์เพื่อหาผลกำไรจากกำไรประกอบกิจกรรมนั้น ทั้งนี้เพื่อให้หน่วยงานนั้นสามารถเลี้ยงตัวเองได้ โดยสภาพแล้ว กิจกรรมประเภทนี้เป็นบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนในการดำเนินการจัดทำกิจกรรมนั้น แต่ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนผู้ใช้บริการ หรือ กับเอกชนที่เป็นบุคคลที่สาม นั้นต้องใช้กฎหมายเอกชน และหากมีข้อพิพาทก็ตั้งขึ้นศาลยุติธรรม

(3.3) ผลทางกฎหมายของสัญญาทางปกครอง

ผลทางกฎหมายของสัญญาทางปกครอง มีดังนี้ คือ

(ก) ต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนบังคับ ไม่ใช่หลักกฎหมายเอกชน

(ข) ฝ่ายปกครองมีสิทธิและภาระหน้าที่มากกว่าเอกชน

(ค) ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพจำกัด เพราะฝ่ายปกครองต้องกระทำไปภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายที่ให้อำนาจ เท่านั้น

(4) การบังคับตามสิทธิหน้าที่ หรือ การพิจารณาคดี

กฎหมายเอกชนนั้นอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญา หากมีข้อโต้แย้งในเรื่องสิทธิหน้าที่ตามสัญญาก็ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม และการบังคับคดีก็ต้องให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการให้ เหตุที่ต้องดำเนินการเช่นนี้ก็เนื่องจากรัฐรวมศูนย์การบังคับการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์รวมทั้งการใช้กำลังไว้ที่รัฐเพียงแห่งเดียว (*monopole de contrainte*)

แต่ในกฎหมายมหาชนนั้น ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิ่งที่เรียกว่า "เอกสิทธิ์ในการกระทำไปได้ก่อน" (*privilège du préalable*) หมายถึง รัฐมีอำนาจบังคับโดยคงอยู่แล้ว เนื่องจากการกระทำของรัฐเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐหรือฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามนิติกรรมทางปกครองหรือสัญญาทางปกครองได้โดยไม่ต้องมาให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีให้เสียก่อน แต่การกระทำไปได้ก่อนนั้น หากเอกชนเห็นว่าไม่ชอบ เอกชนก็อาจฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอน หรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายได้

ผลทางกฎหมายของเอกสิทธิ์ในการกระทำไปได้ก่อน ที่สำคัญ คือ

ประการแรก ถือเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่า นิติกรรมทางปกครอง หรือสัญญาทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายจนกว่าศาลจะพิพากษาให้เป็นอย่างอื่น ซึ่งเป็นเหตุผลที่ยอมให้ฝ่ายปกครองดำเนินการบังคับไปได้ก่อนโดยไม่ต้องมาศาลนั่นเอง

ประการที่สอง นิติกรรมทางปกครองมีผลให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ทันที เอกชนต้องปฏิบัติตามแม้ไม่สมัครใจ วิธีที่จะทำให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลบังคับก็คือการเพิกถอนโดยฝ่ายปกครองเองหรือโดยศาล และการฟ้องคดีต่อศาลปกครองของเอกชนไม่เป็นเหตุให้มีทุเลาการบังคับของฝ่ายปกครอง เว้นแต่ เอกชนจะร้องขอเป็นพิเศษต่อศาลปกครองว่า ถ้าปฏิบัติตามการบังคับของฝ่ายปกครองแล้ว ต่อมาภายหลังศาลพิพากษาให้นิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นการอันมิชอบ ก็จะทำให้เกิดความเสียหายที่ไม่สามารถจะแก้ไขเยียวยาได้ แต่เอกชนจะต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างจริงจังและต้องให้ศาลเห็นว่าในท้ายที่สุดนั้นเอกชนจะเป็นฝ่ายชนะคดี

ประการที่สาม ฝ่ายปกครองอาจยกเลิกนิติกรรมทางปกครองให้สิ้นผลในอนาคตได้ แต่การเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังนั้น อาจกระทำได้ในบางกรณี ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในการประสานผลประโยชน์และองค์ประกอบอื่นอีกหลายประการ

1.2.3. การไม่นำกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงในกฎหมายมหาชน

เมื่อพิจารณาด้วยเหตุผลและโดยสภาพแห่งตรรกะแล้ว จะเห็นได้ว่าลักษณะของนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้นมีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับลักษณะของนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ดังนั้น จึงไม่อาจนำกฎหมายเอกชนไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายเอกชน วิธีการใช้ การตีความ หรืออย่างอื่นใดที่ใช้สำหรับกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงได้ใน

กฎหมายมหาชน แต่อาจนำแนวความคิด ทฤษฎี หรือหลักกฎหมายบางอย่างมาประยุกต์ใช้ในกฎหมายมหาชนได้

ในการปฏิเสธการนำกฎหมายเอกชนมาใช้ในกฎหมายมหาชนนั้น ทั้งในประเทศที่เป็นระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ เช่นฝรั่งเศส เยอรมัน เบลเยียม ฯ หรือในประเทศที่เป็นระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะมีวิธีการปฏิเสธอยู่ 2 ระดับ คือ การปฏิเสธในระดับองค์กรและวิธีพิจารณา และ การปฏิเสธระดับหลักกฎหมายพิเศษที่จะนำมาใช้ในกฎหมายมหาชน

(1) การปฏิเสธในระดับองค์กรและวิธีพิจารณา ระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ และระบบกฎหมายมหาชนโดยลายลักษณ์อักษรมีวิธีที่แตกต่างกัน คือ-

ในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ จะใช้วิธีการเน้นเอกสิทธิ์และอำนาจของฝ่ายปกครอง โดยจะติดตามควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังที่ได้ทำนิติกรรมทางปกครองไปแล้ว และใช้วิธีการควบคุมโดยศาลพิเศษที่ไม่ใช่ศาลยุติธรรม เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลภาษีอากร เป็นต้น โดยที่ศาลดังกล่าวนี้จะแยกออกจากศาลยุติธรรมทั้งศาลล่างและศาลสูงในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะมีศาลยุติธรรมกับศาลปกครองที่แยกจากกันทั้งระบบ โดยมีศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดในกฎหมายเอกชน (Cour de Cassation) และมี สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นศาลสูงสุดในคดีปกครองและมี ศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) คอยชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจ วิธีการสุดท้ายคือการใช้วิธีพิจารณาความต่างกัน กล่าวคือศาลยุติธรรมใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือวิธีพิจารณาความอาญา แต่ในศาลปกครองจะใช้กฎหมายจากการบัญญัติและจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ กำหนดเป็นวิธีพิจารณาความที่แตกต่างกัน

ในระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลยุติธรรมจะพิจารณาคดีทุกประเภททั้งที่เป็นกฎหมายมหาชนและที่เป็นกฎหมายเอกชน วิธีการของระบบนี้คือรัฐสภาจะบัญญัติกฎหมายออกมา 2 แนวทางด้วยกันเพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างในกฎหมายมหาชน แนวทางแรก คือ การให้ความสำคัญกับการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนการกระทำทางปกครองโดยกำหนดขั้นตอนและกระบวนการต่างๆให้ฝ่ายปกครองต้องยึดถืออย่างเคร่งครัด เช่น การรับฟังความคิดเห็นของสาธารณชน (public hearing) การให้เอกชนสามารถดูข้อมูลของทางราชการได้ (public information) การให้เอกชนสามารถนำพยานหลักฐานเข้าสืบหักล้างการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่จะเป็นโทษแก่เอกชนได้ (audi alteram partem) เป็นต้น แนวทางที่สอง คือ การเพิ่มการควบคุมทางอื่นที่ไม่ใช่ศาลยุติธรรม เพื่อให้การกระทำของฝ่ายปกครองมีความชอบด้วยกฎหมายพร้อมๆไปกับการตอบสนองประโยชน์สาธารณะได้

(2) การปฏิเสธในระดับการสร้างกฎเกณฑ์พิเศษสำหรับนิติสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชน

ในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ เช่นในประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน ซึ่งมีศาลพิเศษนั้น จะมีผู้พิพากษาที่มีความรู้ มีความชำนาญอย่างมากและมีประสบการณ์สูงในกฎหมายมหาชน ศาลพิเศษเหล่านี้จึงพยายามสร้างกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะกฎหมายปกครองขึ้นมาอย่างเป็นระบบโดยมีทฤษฎีแนวความคิดและหลักกฎหมายครบวงจรและต่างจากกฎหมายเอกชน เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายแต่ละเรื่องที่มีความสัมพันธ์สอดคล้องและกลมกลืน กฎเกณฑ์ของกฎหมายแต่ละเรื่องเหล่านี้เกิดขึ้นมาจากการประสานประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักกฎหมายเอกชนบางเรื่อง ศาลก็อาจนำมาเป็นแนวทางได้บ้างโดยจะปรับให้สอดคล้องกับการประสานประโยชน์ของสาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนให้มากที่สุด

การทำกฎหมายมหาชนให้เป็นระบบ สามารถเข้าใจได้ง่าย และอธิบายได้อย่างมีเหตุผลสอดคล้องเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลพิเศษเหล่านี้ นั่นเอง และนักกฎหมายมหาชนในระบบนี้ก็จะเป็นผู้นำคำพิพากษาที่ตัดสินโดยศาลพิเศษมาอธิบายโดยเชื่อมโยงกับคำพิพากษาเรื่องอื่นๆ เพื่อแสดงหลักกฎหมาย แสดงข้อยกเว้น วิพากษ์วิจารณ์ และเสนอแนะจึงทำให้การทำ ความเข้าใจในกฎหมายมหาชนเป็นไปได้โดยสะดวกและง่ายมากยิ่งขึ้น

ในระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะมีหลักพิเศษในระบบกฎหมาย ที่เป็นแนวความคิด หรือเป็นทฤษฎีพิเศษของกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะ เพื่อให้ฝ่ายปกครองต้องยึดในขั้นต้นของกระบวนการ (procedure) และรูปแบบ (forme) ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ซึ่งทำให้ศาลสามารถควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองก่อนตัดสินใจทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา

สำหรับในประเทศไทยซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น มีกฎเกณฑ์พิเศษในกฎหมายมหาชน ตัวอย่างเช่น เรื่องสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่เอกชนไม่สามารถยกเรื่องอายุความมาต่อสู้กับรัฐได้ และการจำหน่ายจ่ายโอนต้องกระทำโดยผลของกฎหมายเท่านั้น อีกเรื่องหนึ่งคือ การรับบุคคลเข้าเป็นข้าราชการซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า ไม่ใช่เป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาแต่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยระเบียบราชการของข้าราชการประเภทนั้นๆ จะนำบทบัญญัติทางแพ่งมาใช้บังคับไม่ได้ สำหรับนิติสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชน ก็มักจะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษว่า ถ้ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ก็ให้เฉพาะบทบัญญัติที่ขัดหรือที่แย้งนั้นเท่านั้นที่ใช้บังคับไม่ได้ แต่บทบัญญัติอื่นๆยังใช้ได้ทั้งๆที่อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน ในกรณีนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า แตกต่างกับหลักในทางแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนที่หากตกเป็นโมฆะแล้วก็จะถือว่า เป็นการเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้นและถือว่าเสียทั้งหมด

ตัวอย่างหลักกฎหมายพิเศษอีกกรณีหนึ่งคือ เรื่อง การไม่มีคุณสมบัติหรือขาดคุณสมบัติของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง และผู้นั้นได้กระทำการไปโดยสุจริต ต่อมาภายหลังบุคคลนั้นได้พ้นจากตำแหน่งไป การกระทำในระหว่างที่ยังไม่พ้นจากตำแหน่งก็ยังไม่เสียไป กรณีนี้ถ้าหากพิจารณาโดยยึดหลักกฎหมายทางแพ่งแล้วจะต้องถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจและยอมไม่ผูกพันหน่วยงาน แต่ในทางกฎหมายมหาชนนั้นมีความจำเป็นพิเศษที่จะให้การกระทำในลักษณะเช่นนี้เสียไปไม่ได้เพราะจะเกิดความเสียหายกับหลักสำคัญอย่างน้อย 2 หลักด้วยกัน คือ หลักในเรื่องความต่อเนื่องของระบบราชการ (*continuite*) และหลักในเรื่องความมั่นคงของนิติสัมพันธ์ (*securite juridique*) ซึ่งผลเสียหายที่ตามมาจะมากมายและส่งผลกระทบต่อไปไกลมาก เรื่องที่คล้ายคลึงกันนี้ในประเทศฝรั่งเศสสภาแห่งรัฐได้สร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นมาที่เรียกว่า " *ข้าราชการในความเป็นจริง* " ในระบบกฎหมายมหาชนโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นถ้าศาลไม่เป็นผู้สร้างหลักกฎหมายมหาชน ก็เป็นหน้าที่ของฝ่ายบัญญัติกฎหมายต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนเป็นเรื่องๆไป

1.2 นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ : การสร้างหลักกฎหมายมหาชนจากการประสานประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

การประสานประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นนิติวิธีอันสำคัญยิ่งของกฎหมายมหาชน เป็นเรื่องที่น่ากฎหมายมหาชนทุกคนจะต้องระลึกละเลมไม่ว่านักกฎหมายมหาชนผู้นั้นจะอยู่ในฐานะใดหรืออยู่ในอาชีพใด เช่น ในการใช้กฎหมายมหาชนในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง หรือ การตีความกฎหมายมหาชนในฐานะที่เป็นศาลหรือเป็นองค์กรพิเศษที่ต้องใช้กฎหมายมหาชนในการชี้ขาด หรือ การสอนกฎหมายมหาชนในฐานะเป็นผู้ถ่ายทอดความรู้เรื่องกฎหมายมหาชน หรือว่าเป็น การแสดงความคิดเห็นวิพากษ์วิจารณ์ในฐานะที่เป็นนักวิชาการ

ปรัชญาของกฎหมายมหาชน ก็คือ "การสร้างดุลยภาพ (*equilibre*) ระหว่างประโยชน์สาธารณะ (*interet general*) กับสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือเอกชน (*droit des individus*)" ซึ่งทั้งสองอย่างนี้ดูเหมือนจะขัดแย้งกัน และกฎหมายมหาชนที่ดีหรือที่ประสบผลสำเร็จก็คือ กฎหมายมหาชนที่มีการประสานทั้งสองอย่างนี้ให้ดำเนินไปด้วยกันได้โดยไม่ให้ข้างใดข้างหนึ่งมีความสำคัญกว่าอีกข้างหนึ่งมากเกินไป เพราะหากเป็นเช่นนั้นก็จะเกิดความเสียหายติดตามมา กล่าวคือ ถ้าให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะมากเกินไป แม้ว่าจะเพื่อความมีประสิทธิภาพในการปกครอง หรือเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินการของฝ่ายปกครองก็ตาม ผลที่เกิดขึ้นมาก็คือ กฎหมายมหาชนจะกลายเป็นกฎหมายเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเพิ่มมากขึ้นและสภาพของ "นิติรัฐ" ก็จะลดลง สิทธิเสรีภาพของเอกชนก็จะถูกควบคุมจนหมดไปได้ในที่สุด

แต่ถ้าให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนมากเกินไป การบริหารงานของรัฐหรือการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะก็จะเกิดการติดขัด หรือ ดำเนินไปได้อย่างยากลำบาก หรือต้องใช้ค่าใช้จ่ายจำนวนมาก เพราะเมื่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนมากเกินไปเท่ากับว่า ฐานะของรัฐหรือฝ่ายปกครองเท่ากับกับฐานะของเอกชน

จุดมุ่งหมายหลักของการประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนข้างต้นจะบรรลุผลสำเร็จที่ประสงค์ได้ก็ด้วย คุณสมบัติ ความรู้ ความตระหนักในความสำคัญ และทัศนคติของนักกฎหมายมหาชนที่จะใช้สิ่งที่กล่าวถึงมาใช้ในการตีความเพื่อสร้างกฎหมายมหาชนขึ้นมาบนพื้นฐานของดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของเอกชน

1.2.1 ประโยชน์สาธารณะ (interest general)

(1) ความหมาย ของประโยชน์สาธารณะ อาจอธิบายได้ว่า "ประโยชน์สาธารณะ" เป็น วัตถุประสงค์ของรัฐในการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม ซึ่งจะต้องพิจารณาแยกจาก "อำนาจมหาชน" ที่หมายถึง วิธีดำเนินการที่ให้มีฐานะเหนือเอกชนในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

(2) ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วว่า ประโยชน์สาธารณะคือ การตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ มิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ที่ดำเนินการนั่นเอง ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะก็คือความต้องการของแต่ละคนที่ตรงกันและมีจำนวนมากจนเป็นคนหมู่มากหรือเป็นส่วนใหญ่ของสังคมนั่นเอง ความต้องการนั้นจึงถูกยกระดับให้เป็นประโยชน์สาธารณะ และจึงมีความแตกต่างกับประโยชน์ส่วนบุคคล

เนื่องจากความต้องการของแต่ละคนนั้นเป็นเรื่องของสภาวะทางจิตใจ หรือเป็นความรู้สึกของบุคคล เพราะฉะนั้น การที่จะพิจารณาว่าเป็นความต้องการของคนจำนวนมากที่จะถือได้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ จึงต้องมีองค์กรทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาด องค์กรที่เหมาะสมที่สุดก็คือ รัฐสภา เพราะวาระองค์กรรัฐสภาเป็นที่รวมของผู้แทนของประชาชนที่มาจากทั่วประเทศ ดังนั้น สิ่งใดที่รัฐสภาพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นอย่างไร ก็หมายถึงเป็นความต้องการของประชาชนด้วย กล่าวคือเป็นการถือว่า ผู้แทนของประชาชนได้แสดงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนในกรณีนั้นๆแล้ว ดังนั้น หากรัฐสภาได้ตรากฎหมายให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจดำเนินการในเรื่องใด เรื่องนั้นก็คือความต้องการของคนหมู่มากหรือเป็นประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

แต่การออกกฎหมายดังกล่าวของรัฐสภาอาจจะเป็นการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองเป็นผู้พิจารณาได้เองว่า ควรจะดำเนินกิจกรรมเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ได้เมื่อไรและอย่างไร การจะดูว่า กิจกรรมใดเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่จึงต้องพิจารณาที่บทบัญญัติของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และ เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายนั้น อีกประการหนึ่งถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายก็อาจจะแตกต่างกันได้ เช่น บางครั้งกฎหมายใช้คำว่า "ประโยชน์ของชาติ" บางครั้งใช้คำว่า "ความมั่นคงของประเทศ" เป็นต้น บางกรณีถ้อยคำที่ใช้ก็อาจกินความหมายกว้างมาก หรือเป็นการมอบอำนาจไว้อย่างกว้างมาก เช่น การมอบอำนาจหน้าที่ให้เทศบาลต้อง "บำรุงทางน้ำทางบก" หรือ "จัดให้มีการพักผ่อนหย่อนใจ" ดังนี้ หน้าที่ทั้งสองประการเห็นได้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะแน่นอน แต่กิจกรรมประกอบที่ต้องทำเพื่อการทั้งสองประการข้างต้นนั้น อาจมีข้อโต้แย้งว่าเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ เมื่อถึงตรงนี้ ก็คงต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้ชี้ขาดว่ากิจกรรมประกอบนั้นเป็นหรือไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการพิจารณาก็ต้องดูที่วัตถุประสงค์นั่นเองว่าเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่หรือไม่ การชี้ขาดของศาลปกครองในกรณีที่มีข้อโต้แย้งหรือมีข้อสงสัยนี้ ศาลจะพิจารณามบทบัญญัติของกฎหมาย เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย เปรียบเทียบกับลักษณะของกิจกรรมและวัตถุประสงค์ของกิจกรรม ตามสภาพของสังคมในเวลานั้น

สำหรับ ประโยชน์ของกลุ่มบุคคล หรือประโยชน์ของกลุ่มวิชาชีพ นั้น จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่ใกล้เคียงกับประโยชน์สาธารณะ เพราะอาจเป็นประโยชน์ของคนจำนวนมากเช่นกัน กรณีนี้หากมีกฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งก็ไม่เป็นปัญหา แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ หรือมีกฎหมายแต่ไม่ชัดแจ้ง ดังนี้ ก็ต้องพิจารณาว่า ประโยชน์ดังกล่าวชัดแจ้งกับประโยชน์สาธารณะของคนส่วนใหญ่หรือไม่ ถ้าชัดแจ้งก็ต้องถือว่า ประโยชน์สาธารณะของคนส่วนใหญ่ต้องมาก่อนประโยชน์ของกลุ่มวิชาชีพ

ลักษณะประการต่อมาของการเป็นประโยชน์สาธารณะก็คือ ให้อำนาจฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อตอบสนอง ฝ่ายปกครองจะเลือกใช้ดุลพินิจว่าจะทำหรือไม่ทำ ไม่ได้ ถ้าเป็นกิจกรรมที่เป็นกฎหมายโดยรัฐสภาได้ตราออกมาแล้ว หากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการย่อมเป็นการไม่ชอบ และอาจจะต้องรับผิดชอบเรื่องค่าเสียหายอีกด้วยหากมีเอกชนได้รับการเสียหายจากการไม่ดำเนินการนั้น กรณีนี้เป็นความแตกต่างระหว่าง "อำนาจ" ของฝ่ายปกครองกับ "สิทธิ" ในกฎหมายเอกชน กล่าวคือ "สิทธิ" ในกฎหมายเอกชนนั้น เจ้าของสิทธิจะใช้หรือไม่ใช้สิทธินั้นก็ไม่ได้ เพราะถือเป็นเสรีภาพของผู้ตนเอง แต่ "อำนาจ" ในกฎหมายมหาชนไม่ใช่สิทธิ ฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจ จะอ้างว่าเป็นสิทธิของฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการนั้น หรือจะอ้างว่าเป็นสิทธิของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้อำนาจ นั้น ไม่ได้ เพราะว่า เหตุที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองมีอำนาจก็เพราะฝ่ายปกครองมี "ภาระหน้าที่" ที่จะดำเนินการเพื่อตอบสนองประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจเพื่อกระทำให้ภาระหน้าที่นั้นบรรลุผลสำเร็จ

ลักษณะของประโยชน์สาธารณะประการสุดท้าย คือ ขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแต่เดิมนั้น รัฐสภาได้กำหนดให้รัฐต้องมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อตอบสนองประโยชน์สาธารณะอยู่ค่อนข้างจำกัด โดยจะให้รัฐมีหน้าที่ในกิจกรรมที่เอกชนไม่อาจจะทำได้ หรือไม่ก็ที่เอกชนไม่ทำ เช่น กิจกรรมด้านการป้องกันประเทศ กิจกรรมด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ กิจกรรมสาธารณสุข การคมนาคม การโทรคมนาคม การผลิตและการจำหน่ายพลังงาน ฯลฯ แต่ต่อมาสังคมเปลี่ยนแปลงไป ระบบเศรษฐกิจขยายตัวในรูปแบบต่างๆ รัฐจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงทางด้านเศรษฐกิจมากขึ้น จึงต้องมีกฎหมายรับรองการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะใหม่ๆ มากขึ้น เช่น การปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร การรักษาสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การคุ้มครองผู้ใช้แรงงาน ฯลฯ เป็นต้น

นอกจากนี้ในเรื่องขอบเขตของประโยชน์สาธารณะยังต้องพิจารณาถึง เวลา ด้วย กล่าวคือ ในยุคสมัยหนึ่งกิจกรรมหนึ่งอาจไม่ถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ต่อมาอีกยุคสมัยหนึ่งกิจกรรมเดียวกันนั้นก็กลับเป็นประโยชน์สาธารณะขึ้นมาได้ เพราะความต้องการของคนส่วนใหญ่เป็นอย่างนั้น ตัวอย่างเช่น การที่เทศบาลมีหน้าที่ในการจัดให้มีการพักผ่อนหย่อนใจ เทศบาลจึงจัดให้มีสวนสาธารณะขึ้น การมีสวนสาธารณะนั้น แน่แน่นอนว่าย่อมจะเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่การที่เทศบาลได้จัดให้มีการแสดงดนตรี หรือให้มีการแสดงละครโดยมีการเก็บเงินเล็กน้อยพอเป็นธรรมเนียมนั้นคอนแรกๆก็มีความเห็นว่าการจัดดนตรีหรือละครที่มีการเก็บเงินนี้ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ต่อมาก็เห็นกันว่าการจัดให้มีดนตรี หรือให้มีละครในสวนเป็นความต้องการการพักผ่อนของคนส่วนใหญ่จึงเป็นประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น

ข้อสังเกตประการสุดท้ายในเรื่องขอบเขตของประโยชน์สาธารณะ คือ เรื่อง สถานที่และผู้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ สำหรับผู้ดำเนินการกิจกรรมนั้นหากเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองระดับชาติ หรือระดับภูมิภาคแล้ว ศาลปกครองจะไม่เคร่งครัดมากนักในการเข้าไปควบคุมว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ เพราะฝ่ายปกครองในระดับนี้จะมีรัฐสภาและสื่อมวลชนต่างๆติดตามอยู่แล้ว แต่สำหรับการดำเนินการของราชการส่วนท้องถิ่น ศาลปกครองจะตรวจสอบอย่างละเอียดและค่อนข้างจะเคร่งครัดว่าเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยแท้จริงหรือไม่ เพราะว่าในระดับท้องถิ่นนั้น ไม่มีการควบคุมโดยรัฐสภา สื่อมวลชนก็มีน้อย แต่ท้องถิ่นมักจะมีอิทธิพลอยู่มาก

(3) ความสำคัญของการใช้แนวความคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะในกฎหมายมหาชน

ความสำคัญของประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นแนวความคิดทางกฎหมายมหาชนมี 2 ประการ คือ

ประการแรก ในฐานะที่ประโยชน์สาธารณะเป็นขอบเขตที่กว้างที่สุดของกฎหมายมหาชน และการกระทำทางปกครอง ในประเด็นนี้อธิบายได้ว่า การมีรัฐหรือฝ่ายปกครองนั้นก็เพื่อดำเนินการในเรื่องที่เป็นประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคม ซึ่งก็คือประโยชน์สาธารณะนั่นเอง การกระทำทุกอย่างของรัฐหรือของฝ่ายปกครอง จึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น แม้กระทั่งการจัดองค์กร และการยอมรับให้อำนาจของรัฐหรือฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะเหนือเอกชนก็เพื่อให้รัฐหรือฝ่ายปกครองสามารถดำเนินกิจกรรมอันเป็นประโยชน์สาธารณะได้เช่นกัน ดังนั้น กิจกรรมใดที่ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ รัฐหรือฝ่ายปกครองก็ไม่มีอำนาจกระทำได้ และกิจกรรมนั้นย่อมไม่ใช่กฎหมายมหาชน

แนวความคิดในเรื่องประโยชน์สาธารณะจึงเป็นพื้นฐานของแนวความคิดทางสารบัญญัติที่สำคัญๆของกฎหมายมหาชน เช่น ในเรื่อง ทฤษฎีบริการสาธารณะ (*Theorie de service public*) ซึ่งการจะพิจารณาว่ากิจกรรมใดเป็นบริการสาธารณะหรือไม่นั้น กิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะจะต้องมีลักษณะดังนี้ คือ :-

1. เป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะ ถ้าเป็นกิจกรรมที่มุ่งโดยตรงต่อประโยชน์ส่วนบุคคลไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ทางการเงินหรืออย่างอื่นก็ไม่อาจเป็นบริการสาธารณะในกฎหมายมหาชนได้เลย
2. เป็นกิจกรรมที่ดำเนินการโดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หรืออยู่ภายใต้การควบคุมของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หมายถึง มีการควบคุมโดยตรงจากองค์กรของรัฐ
3. วิธีการที่ใช้ในการดำเนินการต้องเป็นวิธีตามกฎหมายมหาชน ไม่ใช่วิธีการตามกฎหมายทั่วไป

เดิมนั้นกิจกรรมบริการสาธารณะจำกัดอยู่ที่ ผู้ดำเนินการกิจกรรม ซึ่งได้แก่ ฝ่ายปกครองหรือทางราชการเท่านั้น และยังจำกัดอยู่ที่กิจกรรมที่เอกชนไม่อาจจะดำเนินการได้ หรือเป็นกิจกรรมที่เอกชนไม่ยอมดำเนินการ ซึ่งเรียกกิจกรรมประเภทนี้ว่า บริการสาธารณะทางปกครอง (*service public administratif*) ซึ่งมีหลักสำคัญ คือ เป็นการจัดให้เปล่า หรือมีการเสียค่าธรรมเนียมเล็กน้อยพอเป็นพิธี ต่อมาเมื่อสภาพทางสังคมการเมืองเปลี่ยนแปลงไป บทบาทของรัฐมีมากขึ้น รัฐมีภาระหน้าที่มากขึ้น ความจำเป็นที่จะต้องจัดดำเนินการบริการสาธารณะในรูปแบบต่างๆมีเพิ่มมากขึ้น

จึงได้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ไม่ใช่เป็นฝ่ายปกครองหรือเป็นราชการโดยตรงขึ้นมาที่เรียกว่า "รัฐวิสาหกิจ" เพื่อทำหน้าที่จัดดำเนินการบริการสาธารณะที่มีรูปแบบคล้ายกับกิจการของเอกชน และมีการเก็บค่าบริการเพื่อเป็นรายได้ให้หน่วยงานรัฐวิสาหกิจนั้นสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง ซึ่งเรียกบริการสาธารณะประเภทนี้ว่า บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (*service public industriel et commercial*) ที่สำคัญ ไม่ว่ารัฐวิสาหกิจนั้นจะดำเนินการรูปแบบใด ก็ต้องมีลักษณะที่เข้าองค์ประกอบทั้ง 3 ประการข้างต้นจึงจะถือว่าเป็นบริการสาธารณะในกฎหมายมหาชน

ทฤษฎีสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (*domaine public*) ทรัพย์สินที่จะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินนั้น จะต้องมึลักษณะที่สำคัญ คือ ต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งก็คือประโยชน์สาธารณะนั่นเอง และ ต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน ซึ่งหมายถึง เป็นการใช้เพื่อดำเนินการบริการสาธารณะ ดังนั้น ทรัพย์สินของแผ่นดินที่ไม่มีลักษณะสำคัญ 2 ประการที่กล่าวมานี้ ย่อมไม่ใช่สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน แต่อาจจะเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินประเภทอื่น ผลของการเป็นทรัพย์สินที่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ก็คือ การคุ้มครองพิเศษโดยกฎหมายมหาชน ได้แก่ การบังคับคดีกับทรัพย์สินที่เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินไม่ได้ จะยกเรื่องอายุความขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้กับรัฐไม่ได้ และการจำหน่ายจ่ายโอนก็ต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น ต่างกับทรัพย์สินธรรมดาของแผ่นดินตรงที่ ทรัพย์สินธรรมดาของแผ่นดินได้รับการคุ้มครองเรื่องการไม่อาจบังคับคดีได้เท่านั้น

แนวความคิดทางสารบัญญัติจากเรื่องประโยชน์สาธารณะอีกประการหนึ่งก็คือ แนวความคิดในเรื่อง การตั้งองค์กรมมหาชน (*établissement public*) ซึ่งมีหลักสำคัญ คือ ไม่ว่าองค์กรมมหาชนดังกล่าวจะเป็นองค์กรใด เช่นเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานราชการอิสระก็ตาม องค์กรมมหาชนเหล่านี้ต่างก็ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการบริการสาธารณะตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ทั้งสิ้น

แนวความคิดในเรื่องประโยชน์สาธารณะนี้ ยังเป็นแนวความคิดที่ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้ในการตีความแทบจะทุกกรณี และเป็นแนวความคิดที่ใช้ในการสร้างหลักกฎหมายปกครองอีกด้วย เช่น ใช้สร้างหลักเรื่อง "ข้าราชการในความเป็นจริง" เพื่อคุ้มครองเอกชนผู้มาติดต่อราชการโดยสุจริต และเพื่อคุ้มครองความต่อเนื่องของระบบราชการ หรือใช้แนวความคิดในเรื่องประโยชน์สาธารณะสร้างหลักกฎหมายปกครองเรื่อง "สถานะการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้" (*imprevision*) เพื่อให้ฝ่ายปกครองต้องร่วมชดใช้ค่าทดแทนแก่เอกชนผู้ได้รับสัมปทานบริการสาธารณะที่ประสบการขาดทุนอย่างรุนแรงเพราะเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ และไม่ใช่เป็นความผิดของผู้ใด บทบาทของศาลปกครองในการใช้แนวความคิดเรื่อง "ประโยชน์สาธารณะ" สร้างหลักกฎหมายมหาชน

เช่นนี้ นับวันก็จะยิ่งมีมากขึ้น โดยเฉพาะกรณีที่ไม่มีกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติไว้ หรือมีกฎหมาย แต่บัญญัติไว้ไม่ชัดเจน แต่ถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนอยู่แล้ว ศาลปกครองก็จะปฏิบัติตามกฎหมายนั้น

ลักษณะสำคัญของประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นแนวความคิดทางกฎหมายมหาชน ประการที่สอง คือ ในสถานะที่ประโยชน์สาธารณะเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง และ การกระทำทางปกครอง

ตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นว่า รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ดังนั้น ผลที่ตามมาก็คือ ศาลต้องมีหน้าที่ควบคุมไม่ให้นิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองดำเนินไปในลักษณะที่นอกเหนือไปจากเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเกิดผลทางกฎหมายปกครอง ดังนี้ :-

1. การใช้อำนาจมหาชนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือเพื่อประโยชน์ของกลุ่ม มิใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็น *การใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์* ซึ่งศาลจะเพิกถอนนิติกรรมนั้น

2. ถ้าเป็นการที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ก็เป็นหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการ ฝ่ายปกครองจะไม่ดำเนินการไม่ได้ มิฉะนั้นศาลจะถือว่าเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจจะต้องรับผิดชอบเพื่อการละเมิดทางปกครองด้วย ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองนี้ แม้กระทั่งในบางสถานการณ์เช่น *ในสถานะการฉุกเฉินร้ายแรง (circonstances exceptionnelles)* แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้ หรือกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่เพียงพอกับสถานการณ์ ก็ถือเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการทุกประการเท่าที่จำเป็น เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ให้ได้ในระหว่างสถานการณ์นั้น แม้จะเกินอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ หรือแม้แต่จะเป็นการขัดกฎหมายก็ตาม เพราะความจำเป็นเฉพาะหน้า ที่ประโยชน์สาธารณะถูกคุกคามอยู่ด้วยสถานการณ์ที่ร้ายแรง ความจำเป็นเช่นนี้จึงถือเป็นความชอบธรรมที่อยู่เหนือหลักความชอบด้วยกฎหมาย

3. ถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้โดยใช้ประโยชน์สาธารณะเป็นหลักในการตัดสินใจในเรื่องนั้น ก็ต้องถือว่าชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น แต่ถ้าฝ่ายปกครองจำกัดอำนาจดุลพินิจของตนเองโดยไม่พิจารณาข้อเท็จจริงของแต่ละเรื่อง ก็เป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลต้องเพิกถอน ส่วนเรื่องที่เป็น "อำนาจผูกพัน" นั้น เป็นเรื่องที่ทำครบเงื่อนไขแล้วฝ่ายปกครองต้องดำเนินการ เช่นนี้ ก็เป็นกรณีที่ศาลไม่อาจนำประโยชน์สาธารณะมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เพราะฝ่ายปกครองต้องดำเนินการไปตามกฎหมายนั้นอยู่แล้ว

4. ฝ่ายปกครองจะดำเนินการไปเกินกว่า "ประโยชน์สาธารณะ" ที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องตอบสนองไม่ได้ และหากการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งไปกระทบประโยชน์สาธารณะอีกอย่างหนึ่งอย่างรุนแรง โดยที่ฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงให้เห็นว่าได้ พยายามประสานประโยชน์สาธารณะทั้งสองนั้นให้ดีที่สุด เพื่อไม่ให้เกิดการขัดกันจนถึงขนาดที่ประโยชน์สาธารณะอย่าง

หนึ่งไปทำลายประโยชน์สาธารณะอีกอย่างหนึ่ง ดังนี้ ศาลจะเพิกถอนการกระทำอย่างหลังที่ไป
กระทบอย่างแรกที่มีอยู่ก่อนแล้ว

ข้อสำคัญในเรื่องประโยชน์สาธารณะ ก็คือคำถามที่ว่า กิจกรรมอะไรบ้างที่เป็นประโยชน์สาธารณะ
ซึ่งมีแต่รัฐสภาและศาลปกครองเท่านั้นที่จะเป็นผู้ชี้ว่าอะไรเป็นหรือไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ การกล่าวอ้าง
ในเรื่องนี้จึงต้องอยู่ในความควบคุมของศาลปกครองเสมอ

2. สิทธิเสรีภาพของประชาชน (droit des individus)

(1) ความหมาย เมื่อพูดถึง "สิทธิเสรีภาพของประชาชน" ต้องเข้าใจว่าหมายถึง สิทธิเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง (*libertes publiques*) และ "สิทธิ" นั้นหมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้การรับรองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้ผู้เป็นเจ้าของสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้อื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจจะเป็นคนหนึ่งหรือหลายคนต้องกระทำการบางอย่างให้เกิดประโยชน์แก่ผู้เป็นเจ้าของสิทธินั้น

ส่วน "เสรีภาพ" หมายถึง ภาวะของบุคคลที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น หรือ เป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลย่อมมีเสรีภาพอยู่ครบเท่าที่ไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่ไม่ต้องการทำ หรือ ครบเท่าที่ไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่ต้องการจะทำ หรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เสรีภาพ คือ อำนาจของบุคคลในการกำหนดกับตนเอง (*self-determination*) เป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเองและเป็นอำนาจที่บุคคลใช้เลือกวิถีชีวิต รูปแบบความประพฤติของตนเอง เสรีภาพจึงแตกต่างกับสิทธิซึ่งเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับบุคคลอื่น

แม้ว่าทั้งสิทธิและเสรีภาพต่างก็เป็นอำนาจที่กฎหมายให้การรับรองแก่บุคคล แต่ในสาระสำคัญแล้วเห็นได้ว่ามีข้อแตกต่างกัน ที่สำคัญ คือ สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นซึ่งจะเป็นคนหนึ่งหรือหลายคนต้องกระทำ หรือต้องละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์กับผู้เป็นเจ้าของสิทธิ แต่ เสรีภาพ เป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำ และจะไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะทำ แม้ว่าการมีอำนาจดังกล่าวนี้ อาจจะก่อหน้าที่ให้กับบุคคลอื่น ก็เป็นเพียงหน้าที่ที่จะต้องละเว้นไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางการใช้เสรีภาพของบุคคลนั้น หรือเป็นหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของผู้อื่น เท่านั้น บุคคลผู้ใช้เสรีภาพหาได้มีอำนาจเรียกร้องให้บุคคลอื่นต้องกระทำการในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมหรืออำนวยความสะดวกให้กับการใช้เสรีภาพของตนไม่

สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้บัญญัติรับรองไว้ให้แก่ประชาชนนั้น เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ถือว่า มนุษย์ทุกคนจำเป็นจะต้องมีและจำเป็นจะต้องใช้ เพื่อพัฒนาบุคคลิกภาพทางด้านกายภาพและทางด้านจิตใจแห่งตน และเป็นคุณค่าสูงสุดที่องค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครอง บรรดาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพ มิได้เป็นเพียงคำประกาศอุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น แต่ถือว่ามีฐานะเป็นบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายและมีผลใช้บังคับโดยตรง และด้วยเหตุนี้ การดำเนินการของ

รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ แม้จะกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็ต้องไม่เป็นการทำลายหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(2.) ผลทางกฎหมายมหาชนของสิทธิเสรีภาพ

ผลทางกฎหมายมหาชนของสิทธิเสรีภาพ *ประการแรก* คือ การรับรองและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมายมหาชน ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า สิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหัวใจของการเมืองการปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตย ดังนั้น การให้การรับรองและการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงบัญญัติไว้ในกฎหมายสูงสุดคือรัฐธรรมนูญ สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้อาจพิจารณาได้ว่ามี 5 ประเภทด้วยกัน คือ ความมั่นคงปลอดภัย หรือเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นเสรีภาพพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน ที่จะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างมากที่สุด เพราะเป็นพื้นฐานของเสรีภาพอื่น ๆ ทั้งหมด ต่อมาก็คือ เสรีภาพในชีวิตส่วนตัว, เสรีภาพในตัวบุคคล, เสรีภาพทางปัญญา และศีลธรรม และเสรีภาพทางเศรษฐกิจสังคม

ผลทางกฎหมายมหาชน *ประการที่สอง* คือ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในการจำกัดเสรีภาพ เสรีภาพของบุคคลนั้น หากไม่มีจำกัดเลย สภาพของการใช้เสรีภาพของแต่ละบุคคลก็จะใช้เสรีภาพของตนอย่างเต็มที่ เสรีภาพที่ไม่มีขอบเขตย่อมนำไปสู่สภาวะอนาธิปไตย ที่คนแข็งแรงเท่านั้นจึงจะสามารถอยู่ในสังคมได้ การที่มนุษย์เข้ามารวมกันอยู่เป็นสังคม และยอมรับในอำนาจทางการเมืองการปกครองของรัฐว่าเป็นอำนาจสูงสุด ก็เพราะมนุษย์ต้องการให้รัฐเป็นผู้รักษากฎการใช้เสรีภาพของบุคคล เรียกว่า การแทรกแซงของรัฐเพื่อจัดระบบการคุ้มครอง (draft protection) ซึ่งมี 4 หลักการด้วยกัน คือ

(1.) การจำกัดเสรีภาพเพื่อคุ้มครองเสรีภาพผู้อื่นและคุ้มครองสังคม อธิบายได้ว่า เสรีภาพของบุคคลหนึ่งนั้นอาจขัดแย้งกับเสรีภาพของบุคคลอื่นได้เสมอ เสรีภาพที่ไม่ขอบเขตจำกัดเลยก็คือจุดเริ่มต้นของการไม่มีเสรีภาพ ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาเพื่อจัดระเบียบการใช้เสรีภาพด้วยวิธีการต่างๆ เช่นออกกฎหมายมาให้เสรีภาพหนึ่งสำคัญกว่าอีกเสรีภาพหนึ่ง หรือจัดลำดับความสำคัญของเสรีภาพ และถือเป็นหน้าที่ของรัฐต้องเข้ามาจัดระเบียบการใช้เสรีภาพให้พอเหมาะ และอาจต้องเป็นการจำกัดเสรีภาพโดยเด็ดขาดซึ่งมีอยู่ 3 ประการ คือ การจำกัดเสรีภาพเพื่อคุ้มครองรัฐ องค์การของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ *ประการหนึ่ง* ประการต่อไป คือ การจำกัดเสรีภาพเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อย เช่นเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นโดยการประห้วงประหอยไม่ได้รับการคุ้มครอง แต่ถ้าเกิดเหตุขุลงมุนวุ่นวายขึ้น ก็ต้องถือว่าเสรีภาพนั้นหมดไป เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเข้าดำเนินการเพื่อความสงบเรียบร้อยได้ทันที *ประการที่สาม* คือ การจำกัดเสรีภาพเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีอันเป็นความรู้สึกร่วมกันของสังคม

(2) การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ ในข้อ (1) นั้นรัฐเป็นผู้จัดระเบียบในการใช้เสรีภาพของบุคคล แต่ในข้อนี้ รัฐเองก็ต้องปฏิบัติตามระเบียบหรือกติกาที่รัฐเองได้วางเอาไว้ด้วย ในการคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐนี้ มีข้อพิจารณา คือ *ประการแรก เสรีภาพบางเรื่องได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเรียกเสรีภาพประเภทนี้ว่า "เสรีภาพคุ้มครองเด็ดขาด"* ซึ่งองค์กรใดๆ แม้แต่รัฐสภา ก็ละเมิดไม่ได้ ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเสรีภาพในชีวิตร่างกาย *ประการที่สอง คือ การจำกัดเสรีภาพโดยกฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้น* เพื่อคุ้มครองเสรีภาพจากการกระทำของฝ่ายบริหาร *ประการสุดท้าย คือ การจัดระบบคุ้มครองเสรีภาพในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้น* เช่นการให้บุคคลสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลซึ่งอาจเป็นศาลพิเศษ หรือการให้ม็องส์กอร์ทที่มีอำนาจชี้ขาดในข้อโต้แย้งจากการถูกจำกัดเสรีภาพ หรือชี้ขาดให้ฝ่ายที่ถูกโต้แย้งหยุดการกระทำ หรือให้ชดเชยค่าเสียหาย เป็นต้น

(3) การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของเอกชน รัฐมีหน้าที่ต้องควบคุมดูแลไม่ให้มีการละเมิดเสรีภาพระหว่างเอกชนด้วยกันเอง เพื่อคุ้มครองทุกคนในสังคม โดยอาจกำหนดให้การละเมิดเสรีภาพในกรณีนี้เป็นความผิดอาญา หรือเป็นความผิดทางแพ่ง หรือกำหนดเรื่องการชดเชยค่าเสียหาย

(4) หน้าที่ของรัฐต้องดำเนินการในเสรีภาพบางประการของบุคคล ในสังคมการเมืองและเศรษฐกิจยุคใหม่ รัฐไม่เพียงแต่จะมีหน้าที่คุ้มครองเสรีภาพ ดังเช่นที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วเท่านั้น แต่รัฐยังมีหน้าที่ในอันที่จะจัดให้มีกิจกรรมที่เกิดจากเสรีภาพนั้นๆ อีกด้วย เช่น เสรีภาพทางการเมืองที่ประชาชนมีสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง ทำให้รัฐมีหน้าที่ในการจัดให้มีการเลือกตั้ง เสรีภาพในการศึกษาของประชาชน ทำให้รัฐมีหน้าที่ในการจัดการศึกษา เป็นต้น มีข้อสังเกตว่า เสรีภาพประเภทนี้มีลักษณะคล้ายจะเป็นสิทธิที่ประชาชนสามารถเรียกร้องได้จากรัฐและหน่วยงานของรัฐ

ผลทางกฎหมายมหาชน *ประการที่สาม คือ การมีองค์กรชี้ขาดที่เป็นอิสระ และ การทำให้การละเมิดกฎเกณฑ์ที่คุ้มครองเสรีภาพหมดไป* กล่าวคือ การคุ้มครองเสรีภาพนั้นหากจะให้บังเกิดผลอย่างเต็มที่ จะต้องประกอบด้วยปัจจัยสำคัญ อีก 2 ประการ คือ

(1) *องค์กรอิสระในการชี้ขาดการละเมิดการคุ้มครองเสรีภาพ* โดยทั่วไปในนิติรัฐเท่านั้น องค์กรดังกล่าวได้แก่ ศาล ซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรม หรือศาลพิเศษในระบบกฎหมายมหาชน ที่มีอิสระอย่างเต็มที่จากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ หลักการสำคัญของเรื่ององค์กรอิสระ ก็คือ *ผู้พิพากษามีอิสระในการพิพากษาคดีเต็มที่ , การพิจารณาคดีเป็นไปตามวิธีการพิจารณาที่มีมาตรฐานแน่นอนสำหรับทุกคดี และการจะตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาเฉพาะคดีใดคดีหนึ่งนั้น กระทำไม่ได้*

(2) *มาตรการเพื่อให้การละเมิดการคุ้มครองเสรีภาพหมดสิ้นไป และการชดเชยค่าเสียหาย* หลักในเรื่องนี้ ก็คือ *ต้องให้ศาลที่มีอิสระมีอำนาจในการทำให้การละเมิดการคุ้มครองเสรีภาพนั้นหมดไป และหาก*

มีเอกชนได้รับความเสียหายจากการละเมิดนั้น ก็ให้มีการชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งอำนาจของศาลในข้อนี้ถือว่า ครอบคลุมไปถึงอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารด้วย ส่วนในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพนั้น ถือว่าเอกสิทธิ์ที่ฝ่ายปกครองจะได้รับจากศาลพิเศษ หรือศาลปกครอง และการใช้กฎหมายพิเศษคือ กฎหมายมหาชนนี้จะหมดไป เมื่อฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพพื้นฐานสำคัญของบุคคลโดยปราศจากกฎหมายที่ให้อำนาจ โดยศาลปกครองจะไม่รับพิจารณาคดี แต่จะให้ศาลยุติธรรมซึ่งใช้กฎหมายเอกชนได้แก่ กฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาพิจารณาตัดสินแทน เท่ากับเป็นการลงโทษฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่เหมือนฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่เป็นเอกชนคนหนึ่งที่กำลังละเมิดเท่านั้น

หลักการข้างต้นเป็นทฤษฎีที่สภาแห่งรัฐและศาลคดีขัดกันของประเทศฝรั่งเศสได้สร้างขึ้น มาเพื่อลงโทษฝ่ายปกครองและเพื่อคุ้มครองประชาชน แต่ขอให้สังเกตว่าต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไปกระทำการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพสำคัญของเอกชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจในเรื่องนั้นเลย กรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการละเมิดสิทธิเสรีภาพสำคัญอย่างร้ายแรงโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจเลยนี้ ศาลปกครองถือว่า ไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ แต่ถึงขั้นขนาดว่า การกระทำดังกล่าวไม่มีความหมายทางกฎหมายเลยเพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้แม้แต่น้อย และการกระทำหรือนิติกรรมนั้นไม่มีสภาพเป็นนิติกรรมหรือการกระทำทางปกครองเลย สรุปการที่ศาลจะใช้หลักการข้างต้นนี้ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขคือ หนึ่ง ฝ่ายปกครองต้องมีการลงมือกระทำการละเมิดคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจริงๆหรือเชื่อว่าจะทำจริงๆ หมายถึงแค่มีเพียงนิติกรรมทางปกครองเท่านั้นยังไม่พอ , สอง ต้องเป็นเสรีภาพสำคัญ เช่น เสรีภาพในชีวิต ร่างกาย เกียรติยศ ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และสาม การละเมิดนั้นร้ายแรงมากเพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจเลย

ผลทางกฎหมายเมื่อคดีดังกล่าวถูกนำมาสู่ศาลยุติธรรม คือ อำนาจของศาลยุติธรรมอย่างเต็มที่ในการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องหยุดกระทำการอันเป็นการละเมิดนั้น และศาลยุติธรรมยังมีอำนาจให้ความคุ้มครองชั่วคราวแก่เอกชนที่ถูกฝ่ายปกครองละเมิด และมีอำนาจพิจารณาให้ฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามกฎหมายแพ่งได้อีกด้วย

2.3. การประสานประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน

หน้าที่สำคัญของกฎหมายมหาชน คือ การสร้าง "ดุลยภาพ" ระหว่างประโยชน์สาธารณะที่มีรัฐและหน่วยงานของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบฝ่ายหนึ่ง กับ สิทธิเสรีภาพของเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง โดยต้องประสานให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสม ดังนั้น นักกฎหมายมหาชนจึงต้องมีความพิถีพิถะระหัดระเหว ความจำเป็น วิธีการ และประสิทธิภาพของฝ่ายปกครองไปพร้อมกับการพิจารณาถึง ความเหมาะสมที่ได้สัดส่วนกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนแต่ละคน

หลักกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับการยกเลิกและการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

การยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเป็นวิธีการเพื่อใช้ในการเยียวยา หรือแก้ไข บรรเทาผลกระทบที่เกิดขึ้นกับสิทธิของเอกชน เช่น ในกรณีที่เอกชนเห็นว่า คำสั่ง หรือคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไม่ถูกต้อง ไม่ชอบด้วยเหตุผล หรือเป็นคำสั่ง คำวินิจฉัยที่มีขึ้นจากข้อมูลประกอบการพิจารณาที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งถ้าหากดำเนินการตามคำสั่ง คำวินิจฉัยนั้นต่อไป อาจเกิดความเสียหายกับสิทธิของเอกชนมากเกินไปเกินกว่าที่จำเป็น ดังนั้นเป็นต้น

นิติกรรมทางปกครองนั้นมีได้มีกำหนดเวลาสิ้นสุดไว้ จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจ "ยกเลิก" หรือ "เพิกถอน" นิติกรรมทางปกครองได้เพียงใด นอกจากนี้ นิติกรรมทางปกครองยังมีทั้งนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ และมีทั้งนิติกรรมทางปกครองที่เป็นการระงับสิทธิของเอกชน ผลของการยกเลิกซึ่งจะมีผลในอนาคต กับ การเพิกถอนที่มีผลย้อนหลังจะเกิดผลกระทบที่แตกต่างกัน ดังนั้น จะมีหลักในการพิจารณาม่างไร..?

ในเรื่อง "การยกเลิก" และ "การเพิกถอน" นิติกรรมทางปกครองนี้หลักเบื้องต้นที่ต้องนำมาพิจารณาเป็นอันดับแรก มีดังนี้ :-

1. นิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยหลักแล้วก็น่าที่จะยกเลิกเพิกถอนได้ตลอดเวลา แต่ถ้าชอบด้วยกฎหมายก็ต้องพิจารณาในเรื่องอื่นอีกต่อไป
2. นิติกรรมทางปกครองนั้นก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนหรือไม่ ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนแล้ว การให้ฝ่ายปกครองยกเลิกหรือเพิกถอนได้ตลอดเวลา ก็อาจจะเกิดผลกระทบที่รุนแรงต่อสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว และผลย้อนหลังจะย้อนมากระทบถึงความมั่นคงทางกฎหมายและความเชื่อมั่นในนิติกรรมทางปกครองด้วย
3. การยกเลิก กับ การเพิกถอน มีผลต่างกัน กล่าวคือ การยกเลิกนั้นมีผลไปในอนาคต ส่วนการเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันออกนิติกรรมนั้น
4. การยกเลิกหรือเพิกถอนมีข้อจำกัดเรื่องเวลาเพียงใดหรือไม่ หรือว่าจะสามารถยกเลิกเพิกถอนได้ตลอดเวลา

เมื่อได้คำนึงถึงหลักพิจารณาในเบื้องต้นทั้ง 4 ประการข้างต้นแล้ว ก็จะทำให้ได้ข้อสรุปที่จำเป็นต่อการตัดสินใจว่าจะ "ยกเลิก" หรือ "เพิกถอน" นิติกรรมทางปกครองได้หรือไม่เพียงใด ข้อสรุปที่จะได้จากการพิจารณาเบื้องต้น **ประการแรก** คือ ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น หากนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เห็นว่าจะยกเลิกเพิกถอนได้ตลอด ทั้งนี้เหตุผลคือเพื่อรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่ง **ประการที่สอง** ถ้าสามารถยกเลิกเพิกถอนได้ทุกกรณีและตลอดเวลา ผลที่เกิดขึ้นจะกระทบอย่างรุนแรง

แรงต่อความมั่นคงทางกฎหมาย. และความเชื่อของนิติกรรมทางปกครองนั้นซึ่งก็เป็น
ประโยชน์สาธารณะเช่นเดียวกัน **ประการที่สาม** ถ้านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ใด
หรือไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ใด หรือ ไม่ได้ทำให้ผู้ใดเสียสิทธิ การยกเลิกเพิกถอนก็จะไม่กระทบผู้ใด แต่
ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคล การยกเลิกเพิกถอนจะกระทบถึง สิทธิที่บุคคลได้รับ
ไปแล้ว (*droit acquis*)

ดังนั้น จากข้อสรุปดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า ปัญหาที่คิด ทำอย่างไรจึงจะประสานข้อสรุปข้างต้นนี้
ให้เข้ากันได้โดยเหมาะสมที่สุด ซึ่งหมายถึง การประสานโดยไม่ละเลยต่อความสำคัญของหลักใด
หลักหนึ่งเพื่ออีกหลักหนึ่ง นั่นเอง

หลักกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยการยกเลิกเพิกถอนที่สภานแห่งรัฐประเทศฝรั่งเศสได้สร้าง
ขึ้นโดยพิจารณาจากหลักข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่า ไม่มีนิติกรรมทางปกครองใดเลยที่ฝ่ายปกครอง
จะสามารถยกเลิกเพิกถอนได้ทุกเรื่อง ทุกเวลา **หลักกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยการยกเลิกเพิกถอน มีดังนี้ :-**

ประการที่หนึ่ง การยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง (*abrogation*) ซึ่งมีผลตั้งแต่วันที่ยกเลิก
เป็นต้นไปในอนาคต มีหลักว่า :-

นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป (*reglement*) เช่น กฎกระทรวง ระเบียบการต่างๆ
 ฯลฯ ถ้าเป็นกรณีที่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้ยกเลิกได้เสมอ เมื่อใดก็ได้ โดยเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง
เอง เพราะนิติกรรมทางปกครองประเภทนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ
จึงไม่มีผลกระทบเรื่องสิทธิที่บุคคลได้รับไปแล้ว แต่ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องยกเลิกนิติกรรมนั้นเสียเอง หรือยกเลิกตามที่มีเอกชนร้องขอ ไม่ว่า
การไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้นแล้ว หรือเป็นการไม่
ชอบด้วยกฎหมายเพราะมีการเปลี่ยนแปลงในข้อกฎหมาย หรือ ข้อเท็จจริงในภายหลัง ทั้งนี้ ก็
เพื่อรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายเอาไว้ นั่นเอง

นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล (*acte individuel*) และไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ใด แต่อาจก่อ
หนี้ให้แก่บุคคล นั้น ฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกได้ทุกเวลา เพราะการยกเลิกไม่มีผลกระทบต่อผู้อื่น
และเป็นหลักที่ฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้ทันต่อเหตุการณ์และความเหมาะสม แต่ถ้า
เป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคล ไม่ว่าจะบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับนิติกรรมทางปก
ครองนั่นเอง หรือว่าเป็นบุคคลที่สามก็ตาม ฝ่ายปกครองจะยกเลิกนิติกรรมทางปกครองได้ต่อ
เมื่อเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ยกเลิกได้ และ การยกเลิกต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น
และถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดให้สามารถยกเลิกได้ ดังนั้นฝ่ายปกครองก็ไม่อาจจะยกเลิกนิติกรรมทางปกครอง
นั้นได้ เพราะว่าได้ก่อสิทธิให้กับบุคคลไปแล้ว

ประการที่สอง การเพิกถอน (retreat) ให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกนิตินกรรมทางปกครอง

กรณีในประการที่สอง คือ "การเพิกถอน" นี้ พิจารณาได้ยากกว่ากรณีแรก เพราะผลที่เกิดจะกระทบต่อบุคคลและกิจการมากกว่า ในเรื่องนี้ สภาแห่งรัฐ ประเทศฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ดังนี้ :-

(1) **นิตินกรรมทางปกครองที่ไม่ก่อสิทธิแก่ผู้ใด** ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจเพิกถอนได้ตลอดเวลา โดยทำตามแบบเดียวกันกับนิตินกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอน และ โดยผู้มีอำนาจเพิกถอน ถ้าเป็นนิตินกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำการเพิกถอน เพื่อรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมายไว้

(2) **นิตินกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคล และ ชอบด้วยกฎหมาย** กรณีนี้ ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนไม่ได้ เพราะเหตุผลไปกระทบสิทธิของบุคคลที่ได้รับมอบไปแล้ว และกระทบต่อหลักความมั่นคงทางกฎหมาย แต่ถ้าเป็นนิตินกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและยังไม่เห็นอายุความฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้เพิกถอนนิตินกรรมทางปกครองนั้น กรณีนี้ ฝ่ายปกครองสามารถจะเพิกถอนนิตินกรรมทางปกครองนั้นได้ เพราะเหตุผลว่า ถึงอย่างไรเสีย เมื่อคดีนั้นมาถึงศาลปกครอง ศาลก็จะต้องเพิกถอนนิตินกรรมทางปกครองนั้นอยู่แล้ว จึงให้ฝ่ายปกครองสามารถเพิกถอนได้เองเพื่อแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่ถ้าเป็นกรณีเห็นอายุความฟ้องร้องไปแล้ว ดังนี้ จะเห็นได้ว่า แม้แต่ศาลปกครองก็ยังไม่สามารถเพิกถอนนิตินกรรมทางปกครองนั้นได้ ก็แน่นอนว่าฝ่ายปกครองเองย่อมจะไม่สามารถเพิกถอนได้เช่นกัน ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลเพื่อรักษาความมั่นคงและความเชื่อถือทางกฎหมายในนิตินกรรมทางปกครองไว้นั่นเอง และให้สังเกตว่า ในกรณีนี้ ศาลปกครองจะยึดหลักความมั่นคงและความเชื่อมั่นทางกฎหมายมากกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมาย

จากหลักกฎหมายมหาชนที่สภาแห่งรัฐประเทศฝรั่งเศสได้สร้างขึ้นข้างต้น จะเห็นได้ว่า บางกรณีก็เป็นการให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะมากกว่า อันได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักการปรับปรุงการบริหารของฝ่ายปกครองให้เหมาะสมตามดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่บางกรณีก็ให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนมากกว่า คือ ให้ความสำคัญกับสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว หรือ ความมั่นคงทางกฎหมาย มากกว่าประโยชน์สาธารณะ

ในเรื่อง **สัญญาทางปกครอง** นั้น ศาลปกครองก็จะสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนเช่นเดียวกัน กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้ว ฝ่ายปกครองทำสัญญากับเอกชนไว้อย่างไร ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตามข้อความในสัญญานั้นเหมือนเป็นเอกชนคนหนึ่ง เหตุผลก็คือการให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคและเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักการเคารพซึ่งสัญญาอันเป็นการคุ้มครองสิทธิของเอกชนคู่สัญญา

แต่ถ้าสัญญาทางปกครองนั้นกระทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ศาลก็จะให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิ และมีหน้าที่ มากกว่าเอกชนคู่สัญญา เช่น ให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้สัญญาฝ่ายเดียวได้หากความต้องการของคนส่วนใหญ่ซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะเปลี่ยนแปลงไป แม้ว่าจะเป็นการก่อหนี้หรือภาระเพิ่มขึ้นให้กับเอกชนคู่สัญญาก็ตาม แต่ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยให้ในส่วนค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากการนั้น ทั้งนี้ก็เป็นไปตามเหตุผลของหลักในเรื่องการปรับเปลี่ยนให้ทันต่อเหตุการณ์ได้เสมอของบริการสาธารณะซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะ

ถ้าเป็นกรณีเกิดสถานการณ์ที่ไม่อาจจะคาดหมายได้ (Imprevistion) ที่ไม่ใช่เป็นความผิดของผู้ใดและทำให้เอกชนคู่สัญญาต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นอย่างผิดปกติแต่การปฏิบัติตามสัญญาหรือการชำระหนี้ตามสัญญาไม่ถึงกับผันวิสัย ดังนั้น ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ ต้องให้ค่าทดแทนแก่เอกชนเพื่อให้เอกชนคู่สัญญาสามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ เหตุผลของหลักกฎหมายข้อนี้ ก็คือ เพื่อให้บริการสาธารณะอันเป็นประโยชน์สาธารณะสามารถดำเนินต่อไปได้ นั้นเอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็น่าที่จะเพิกถอนเสียได้ทุกเรื่อง แต่หากเป็นดังนี้ประโยชน์สาธารณะก็อาจถูกกระทบได้ ศาลปกครองจึงสร้างหลักกฎหมายมหาชนเพื่อจำแนกระดับของความไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีผลต่างกันไป ทั้งนี้เพื่อประสิทธิภาพในการควบคุมฝ่ายปกครอง และเพื่อประสิทธิภาพในการบริหารของฝ่ายปกครองเอง ระดับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง พิจารณาได้ ดังนี้ :-

(1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ถือว่าร้ายแรงที่สุด คือ การละเมิดสิทธิเสรีภาพพื้นฐานอันสำคัญของเอกชนโดยที่ไม่ได้กฎหมายให้อำนาจไว้โดยแม้แต่น้อย กรณีนี้ศาลปกครองถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองเลย ซึ่งศาลปกครองจะไม่ยอมรับพิจารณาคดี และไม่ใช้กฎหมายปกครองกับกรณีเช่นนี้ แต่จะปล่อยให้ฝ่ายปกครองต้องไปขึ้นกับอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งใช้กฎหมายเอกชนในการพิจารณาคดี เท่ากับว่า ฝ่ายปกครองจะไม่มีเอกสิทธิ์ใดๆเลย

(2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองในระดับรองลงมา คือ "นิติกรรมทางปกครองที่ศาลปกครองถือว่า เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับสูง แต่ไม่ร้ายแรงเท่ากับระดับแรก" ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดี แต่ถือว่า นิติกรรมทางปกครองเหล่านี้ "ไม่เกิดขึ้นเลย" และมีผลทางกฎหมายตามมาคือ หนึ่ง ไม่มีอายุความ สามารถนำคดีมาฟ้องศาลปกครองได้ตลอดเวลา สอง นิติกรรมเหล่านี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ใด และ สาม สามารถเพิกถอนนิติกรรมเหล่านี้ได้ทุกเมื่อ ทั้งโดยศาลปกครอง และโดยฝ่ายปกครอง ตัวอย่างของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายใน

ระดับนี้ เช่น "เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองผู้กระทำนิติกรรมนั้นเป็นองค์การที่ไม่มีอำนาจตัดสินใจแสดงเจตนาได้เอง" หรือ "เป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ใช่เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองแต่เป็นอำนาจของศาลปกครอง" หรือ "การแต่งตั้งข้าราชการเพื่อให้ได้รับประโยชน์ในตำแหน่งหรือเพื่อไปอยู่ตำแหน่งอื่น มิใช่เพื่อให้ไปทำราชการในหน้าที่นั้น" เป็นต้น

(3) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับธรรมดา นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประเภทนี้ ได้แก่ นิติกรรมที่ได้กระทำไปเกินกว่าอำนาจที่มี นิติกรรมที่ห้ามโดยชัดแจ้ง นิติกรรมที่ห้ามโดยวิธีการที่เป็นสาระสำคัญ หรือเป็นการใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ ซึ่งนิติกรรมทางปกครองเหล่านี้มีผลก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ และต้องปฏิบัติตามอยู่ จนกว่าจะมีการเพิกถอนโดยศาลหรือโดยฝ่ายปกครอง และการฟ้องร้องนิติกรรมประเภทนี้ก็มีอายุความ ถ้าล่วงเลยกำหนดอายุความไปแล้วก็ไม่สามารถเพิกถอนได้ ผลก็คือนิติกรรมใช้ได้ต่อไปทั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุผลของเรื่องนี้ ก็คือเพื่อความมั่นคงทางกฎหมายและเพื่อความเชื่อถือในนิติกรรมทางปกครองนั้น

(4) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่สามารถแก้ไขได้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมประเภทนี้มีเพียงเล็กน้อย และถ้ามีการแก้ไขให้ถูกต้องโดยศาลปกครอง หรือโดยฝ่ายปกครอง ผลก็ไม่กระทบผู้ใด เป็นการรักษาหลักความมั่นคงและความเชื่อถือในนิติกรรมทางปกครอง และไม่ให้เกิดกระทบการบริหารของฝ่ายปกครอง นิติกรรมประเภทนี้ได้แก่ การไม่ปฏิบัติตามชั้นตอนและวิธีการหรือไม่ทำตามแบบของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ใช่ข้อสำคัญและไม่กระทบเนื้อหาของนิติกรรมนั้น เช่น การประชุมลงมติโดยมีระเบียบกำหนดให้ต้องจรรยาบรรณการประชุมไว้ด้วย แต่ไม่ได้จรรยาบรรณการประชุมไว้ ดังนี้ แม้ไม่ถูกระเบียบว่าด้วยเรื่องการประชุมลงมติ แต่การประชุมนั้นก็เสียไป หรือ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องทำเรื่องนั้นๆ เป็นคำสั่ง แต่ฝ่ายปกครองกลับทำเป็นประกาศหรือหนังสือแจ้ง หรือกฎหมายกำหนดเวลาไว้โดยประมาณ ให้ฝ่ายปกครองดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ฝ่ายปกครองดำเนินการเรื่องนั้นเกินเวลาที่ประมาณไว้วันเล็กน้อย เป็นต้น

(5) การไม่เคารพชั้นตอนหรือแบบเพื่อคุ้มครองเอกชน หรือกระทบต่อเนื้อหาหรือการตัดสินใจในการทำนิติกรรม ถือว่า ผิดชั้นตอนหรือผิดแบบในสาระสำคัญและต้องเพิกถอน เว้นแต่จะได้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องในภายหลัง เช่น ในเรื่องที่ถูกกฎหมายให้ฝ่ายปกครองต้องปรึกษาหารือขอความเห็นเสียก่อน แต่ฝ่ายปกครองไม่ทำถือว่าเป็นการผิดชั้นตอนสำคัญ เป็นต้น

(6) การทำนิติกรรมทางปกครองโดยมีวัตถุประสงค์ต่างไปจากที่กฎหมายกำหนด ถ้าไม่ถึงกับร้ายแรง คือ ไม่ใช่เป็นการทำเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล หรือเป็นการใช้อำนาจที่กฎหมายให้มาเพื่อดำเนินประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งแต่ฝ่ายปกครองไปทำประโยชน์สาธารณะอีกอย่างหนึ่ง ย่อมไม่ทำให้นิติกรรมนั้นเสียไป

(7) การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ถ้าเป็นการสำคัญผิดเล็กน้อยที่ไม่กระทบอำนาจโดยตรง ศาลก็จะแก้ไขให้ เช่นฝ่ายปกครองมีอำนาจตามกฎหมายฉบับหนึ่ง แต่ไปอ้างกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง ดังนี้ ศาลอ้างใหม่ให้ถูกต้องได้ แต่ถ้าการอ้างกฎหมายผิดนั้นมีขั้นตอนที่แตกต่างกัน ศาลก็ต้องเพิกถอน

(8) การสำคัญผิดในการตีความข้อเท็จจริงว่าเป็นไปตามกฎหมายแล้ว ซึ่งถ้าเป็นการสำคัญผิดในการให้คุณสมบัติกับข้อเท็จจริง เช่น ในการเพิกถอนใบอนุญาตขับรถยนต์ ฝ่ายปกครองตีความว่า การที่ได้กลิ่นสุรานั้นถือว่าเมาแล้ว จึงสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของผู้นั้น ซึ่งเป็นการสำคัญผิดในการให้คุณสมบัติกับข้อเท็จจริง ดังนี้ ศาลปกครองจะเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครอง แต่ถ้าเป็นกรณีนี้แม้ว่าจะตีความในการให้คุณสมบัติกับข้อเท็จจริงผิด แต่มีเหตุอื่นที่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องเพิกถอนใบอนุญาตขับรถยนต์นั้นอยู่ดี เช่น ผู้นั้นมีกลิ่นสุราและขับรถฝ่าฝืนสัญญาณไฟจราจรด้วย ซึ่งเหตุตรงที่ขับรถฝ่าฝืนสัญญาณไฟจราจรนั้นเป็นเหตุให้ต้องเพิกถอนใบอนุญาตขับรถยนต์อยู่แล้ว กรณีอย่างนี้ ศาลปกครองก็จะไม่เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองแต่ศาลจะปรับข้อเท็จจริงให้ถูกต้อง เป็นต้น

จากตัวอย่างข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่า ในเรื่องการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น ในกรณีที่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ถึงขนาดที่ทำให้เอกชนต้องเสียหาย ศาลปกครองก็อาจจะไม่ใช่หลักความชอบด้วยกฎหมายได้บ้าง หรือเป็นกรณีที่นิติกรรมทางปกครองเป็นการตัดสินใจผิดของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองก็อาจจะไม่ใช่หลักความชอบด้วยกฎหมายได้บ้างเช่นกัน ทั้งนี้ด้วยเหตุผลเพื่อรักษาหลักการบริหารของฝ่ายปกครองให้มีความมั่นคงและมีประสิทธิภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

ความรับผิดทางปกครอง

โดยปกติแล้วถ้าฝ่ายปกครองกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของเอกชน ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับเอกชนอยู่แล้ว (*responsabilité administrative*) และในกิจกรรมที่โดยสภาพแล้วก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยในตัวเอง และเกิดความเสียหายขึ้นจากกิจกรรมนั้น ความรับผิดของฝ่ายปกครองก็จะขยายไปถึงความรับผิดเด็ดขาดที่ไม่ต้องมีความจงใจหรือการประมาทเลินเล่อด้วย กล่าวคือแม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่ได้จงใจหรือไม่ได้ประมาทเลินเล่อ ฝ่ายปกครองก็ยังคงรับผิดชอบอยู่นั่นเอง ทั้งนี้เป็นไปทฤษฎีว่าด้วยการเสี่ยงภัย (*theorie du risque*)

แต่กิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะบางอย่างที่โดยสภาพแล้วเป็นกิจกรรมที่ยากและอาจเกิดความผิดพลาดได้โดยง่าย และฝ่ายปกครองมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องดำเนินกิจกรรมนั้น ซึ่งเห็นว่า หากศาลปกครองใช้หลักความรับผิดชอบทั่วไปมาบังคับใช้กับฝ่ายปกครอง ก็จะทำให้เกิดอุปสรรคต่อการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง เพราะฝ่ายปกครองเองก็คงจะลังเลไม่กล้าดำเนินกิจกรรมอะไรไปเพราะกลัวว่าจะต้องรับผิดชอบ ความเสียหายก็จะเกิดกับประชาชนเช่นเดียวกัน

กรณีเช่นนี้ ศาลปกครองจะสร้างหลักความรับผิดชอบทางปกครองที่เกิดจากความผิดร้ายแรง (*responsabilité pour faute lourde*) กล่าวคือ จะต้องมีการพิสูจน์ว่า ฝ่ายปกครองจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น จึงจะทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในกิจกรรมบางอย่างได้ เช่น กิจกรรมในการรักษาพยาบาลทางการแพทย์ในสถานพยาบาลของรัฐ กิจกรรมที่เกี่ยวกับการควบคุมทั้งหลายของรัฐ กิจกรรมเกี่ยวกับการคุมขังผู้ต้องโทษของราชทัณฑ์ กิจกรรมการให้ความช่วยเหลือผู้ภัยและอัคคีภัย กิจกรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติกรควบคุมทางการปกครองเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม กิจกรรมเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมของศาลยุติธรรมและกิจกรรมเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมขององค์กรอื่นอันได้แก่ อัยการ ตำรวจ ในการดำเนินคดีแพ่ง และคดีอาญา ในกิจกรรมเหล่านี้ ศาลปกครองจะถือว่า ความรับผิดชอบทางปกครองของรัฐจะมีขึ้น ก็ต่อเมื่อ "มีความผิดร้ายแรง" เท่านั้น ซึ่งได้แก่ การกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจ หรือการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือไม่สุจริต เท่านั้น การที่ศาลปกครองสร้างหลักนี้ขึ้นมา ก็เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะไม่ให้เสียไปเพราะความลังเลใจไม่กล้าปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

หลักที่ศาลใช้พิจารณาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน

หลักกฎหมายมหาชนที่ได้กล่าวมาในบทก่อนนี้ เป็นการหาความสมดุลที่เหมาะสมที่สุดของ "ประโยชน์สาธารณะ" กับ "สิทธิเสรีภาพของเอกชน" ในบทนี้จะเป็นเรื่อง หลักกฎหมายมหาชนที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน ซึ่งมีหลักต่างๆ ดังนี้ :-

(1) หลักในเรื่องสิทธิที่เอกชนได้รับไปแล้ว (*droit acquis*) ซึ่งศาลใช้ในเรื่องนิติกรรมทางปกครอง

(2) หลักในเรื่องสิทธิป้องกันตนเอง (*droit de defense*) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ต้องใช้กับทุกเรื่องที่ยฝ่ายปกครองทำนิติกรรมทางปกครองและกระทบสิทธิของเอกชน คือการที่ต้องให้โอกาสตามสมควรกับผู้ที่ถูกฝ่ายปกครองดำเนินการและกระทบสิทธิของผู้นั้น เช่น การแจ้งข้อกล่าวหา การมีสิทธิอุทธรณ์ สิทธิในการนำพยานเข้าสืบ เป็นต้น

(3) หลักความเสมอภาค (*egalité*) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเช่นเดียวกันที่ต้องนำมาใช้กับทุกเรื่องเพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติ เช่น ความเสมอภาคในการได้รับการบริการสาธารณะ ความเสมอภาคในการใช้สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน เป็นต้น

(4) หลักว่าด้วยความได้สัดส่วน (*proportionalite*) ซึ่งใช้ในเรื่องจุดมุ่งหมาย และวิธีการที่ใช้ เพื่อบรรลุจุดมุ่งหมาย

(5) หลักในเรื่องการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (*non retroactivite des actes administratifs*) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ใช้ในการป้องกันไม่ให้เอกชนถูกกระทบสิทธิโดยไม่มีโอกาสรู้ล่วงหน้า

(6) หลักในเรื่องการให้ค่าทดแทนที่เป็นธรรมกับการเวนคืนทุกชนิด ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

(7) หลักในเรื่องลาภมิควรได้และจัดการงานนอกสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ใช้เพื่อคุ้มครองเอกชนไม่ให้เสียค่าใช้จ่ายไปโดยที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์ไม่ยอมชดใช้ให้

(8) หลักในเรื่องการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญของเอกชน โดยที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจตามกฎหมายเลย (*voie de fait*)

นิติวิธีประกอบในกฎหมายมหาชน

นิติวิธีประกอบในกฎหมายมหาชน คือ " วิธีการคิดวิเคราะห์โดยอาศัยการเปรียบเทียบกฎหมายและอาศัยการวิเคราะห์กฎหมายโดยพิจารณาในแง่ของประวัติศาสตร์และสังคมวิทยา เพื่อที่จะทำให้สามารถเข้าถึงนิติวิธีหลักของกฎหมายมหาชนได้อย่างรวดเร็ว ถูกต้องเที่ยงตรงยิ่งขึ้น และเพื่อที่จะทำให้สามารถใช้นิติวิธีหลักสร้างหลักกฎหมายมหาชน หรือ สามารถใช้นิติวิธีหลักในการตีความกฎหมายมหาชนได้อย่างถูกต้องเหมาะสมกับสภาพสังคม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายมหาชนคือ การประสานให้เกิดความสมดุลที่ดีที่สุดระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน "

2.1. การเปรียบเทียบกฎหมาย

การเปรียบเทียบกฎหมาย เป็นวิธีการคิดวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในแบบแผนของกฎหมายหรือเป็นนิติวิธีประกอบที่นักกฎหมายใช้ในการพิจารณารูปแบบของกฎหมาย รูปแบบขององค์กร กระบวนการ และเนื้อหาอันเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งในที่นี้คือกฎหมายมหาชนของระบบกฎหมายหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อจะนำเอาไปใช้ในระบบกฎหมายอีกระบบหนึ่ง โดยการพิจารณาเทียบเคียงกฎหมายมหาชนในเรื่องเดียวกันของระบบกฎหมายต่างๆ ประกอบกับพิจารณาวิเคราะห์ให้เห็นข้อดีข้อเสียและความเป็นไปได้ในการนำมาใช้ในระบบกฎหมายที่ประสงค์ ซึ่งจะทำให้นักกฎหมายสามารถสร้างหลักกฎหมายมหาชนที่ดีและเหมาะสมกับสภาพของสังคมของตนได้ ซึ่งอาจจะเป็นการเทียบเคียง เปรียบเทียบกฎหมายทั้งระบบ หรืออาจจะเป็นการเปรียบเทียบเพื่อหาแนวทางเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ได้

2.1.1 การเปรียบเทียบกฎหมายเพื่อการนิติบัญญัติ

การเปรียบเทียบกฎหมายเพื่อการร่างกฎหมายเป็นวิธีการที่นักกฎหมายในระบบต่างๆ ทั่วโลกได้ใช้มาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 มาจนถึงในปัจจุบัน เหตุที่นักกฎหมายใช้วิธีการเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศต่างๆ เป็นแนวทางในการร่างกฎหมายในประเทศของตนก็เพราะเหตุผลที่ดีหลายประการด้วยกัน คือ

ประการที่หนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศปัจจุบันมีการเชื่อมโยงกันในเรื่องต่างๆ ที่มีลักษณะจะต้องร่วมมือกันมากขึ้น และมีความพยายามสร้างหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ขึ้นมาหลายเรื่อง เช่น เกี่ยวกับด้านการค้าระหว่างประเทศ เรื่องลิขสิทธิ์ ฯลฯ เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ มีกฎเกณฑ์ที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ดังนั้น การศึกษากฎหมายของประเทศที่มีบทบาทสูงทางด้านการค้าระหว่างประเทศ หรือทางด้านเศรษฐกิจการเมืองของโลก จึงมีความสำคัญต่อประเทศที่จะร่างกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเพราะการเทียบเคียงกฎหมายจากระบบกฎหมายนั้นๆ จะให้ประโยชน์มากกว่า

ประการที่สอง การยกร่างกฎหมายในเรื่องใหม่ๆ ที่ประเทศนั้นไม่เคยมีมาก่อน หรือในปฏิรูปกฎหมายขนานใหญ่ จำเป็นต้องมีการนำกฎหมายของประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะของประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายเดียวกันมาเทียบเคียงเพื่อให้ได้กฎหมายในเรื่องที่กำลังจะยกร่างนั้นที่ดีที่สุด เพราะสำนึกที่เพียงการคิดเองนั้น อาจคิดค้นหาแนวความคิดในเรื่องนั้นได้ไม่ครอบคลุมประเด็นปัญหาที่มีอยู่หรือที่อาจจะมีขึ้นได้ในอนาคตทั้งหมด เพราะจินตนาการของมนุษย์นั้นย่อมจะจำกัดอยู่ระดับหนึ่ง ขึ้นอยู่กับ การศึกษา ความเฉลียวฉลาดและประสบการณ์ โดยเฉพาะประสบการณ์นั้นย่อมจะต้องอาศัยระยะเวลาที่ยาวนานมากพอสมควรในการสังมประสบการณ์และแนวทางในการแก้ปัญหาในเรื่องแต่ละเรื่อง การศึกษาปัญหาและทางแก้ปัญหาโดยการเทียบเคียงกฎหมายของประเทศต่างๆ เท่ากับเป็นการเรียนรู้ประสบการณ์โดยไม่ต้องทดลองปฏิบัติเองเสียก่อน กล่าวคือสามารถเลือกสรรเอาเฉพาะแต่จุดที่ดีและเห็นว่าเหมาะสมกับประเทศของตนมาใช้ได้ โดยไม่ต้องเสี่ยงกับการทดลองทำซึ่งอาจจะเกิดผลเสียหายขึ้นได้กับสังคมของประเทศตนเอง

การรับเอาแนวความคิดและแนวทางในการแก้ปัญหาทางกฎหมายของประเทศอื่นโดยการเทียบเคียงและหยิบยืมมาใช้เช่นนี้ เป็น "การรับเอามาเพื่อประโยชน์และตามความจำเป็น" ดังที่ รูดอล์ฟ ฟอน เยียร์ริง (Rudolph von Jhering) ผู้เป็นนักกฎหมายเปรียบเทียบที่มีชื่อเสียงของเยอรมันได้กล่าวไว้ กล่าวคือ เป็นการรับเอามาใช้เพราะเป็นประโยชน์และมีคุณค่า ที่สำคัญคือเป็นการรับมาด้วยความสมัครใจ มิใช่การบีบบังคับโดยประเทศที่มีอิทธิพลทางการเมืองระหว่างประเทศที่สูงกว่า ดังนั้น การลอกแบบหรือการหยิบยืมเฉพาะส่วนที่ดีๆ และเหมาะสมมาใช้ก็มีใช้เรื่องเสียหายแต่อย่างใด แต่เป็นเรื่องที่ประเทศต่างๆ ก็กระทำกันอยู่ทั่วไปเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในการลอกแบบหรือหยิบยืมแนวความคิดในระบบกฎหมายของประเทศอื่นมาใช้ก็มีข้อที่จะต้องคำนึงอยู่บ้างเหมือนกัน เช่น หลักเกณฑ์ดังกล่าวประสบความสำเร็จหรือไม่เพียงใดในประเทศต้นแบบนั้น หรือ สิ่งที่จะลอกแบบและยืมมาใช้นั้น เหมาะสมกับสภาพทางสังคม เศรษฐกิจและระบบการเมืองของประเทศตนเพียงใด หรือ ปัจจัยที่ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่กำลังจะลอกแบบมาใช้นั้น ปัจจัยดังกล่าวมีในประเทศของตนหรือไม่ หลักเกณฑ์ที่ประสบความสำเร็จอย่างดีใน

ประเทศหนึ่งๆนั้น อาจเป็นเพราะประเทศนั้นๆมีปัจจัยที่เอื้ออำนวยอยู่พร้อมแล้ว แต่ในประเทศที่มีปัจจัยสนับสนุน *ไม่มี* หรือมีไม่เหมือนกัน ผลที่เกิดขึ้นย่อมจะแตกต่างกันไปด้วย

2.1.2 การเปรียบเทียบกฎหมายเพื่อการตีความ

การเปรียบเทียบกฎหมายเพื่อการตีความกฎหมาย เป็นวิธีการที่มีประโยชน์อย่างมากสำหรับผู้ที่มีหน้าที่ใช้กฎหมายและต้องตีความกฎหมาย โดยเฉพาะศาล อัยการ ทนายความ แม้แต่ผู้ใช้กฎหมายอื่นก็ตาม ปัญหาในการตีความกฎหมายอาจมีได้หลายกรณี กล่าวคือ :-

ประการที่หนึ่ง กรณีที่เรียกว่าเป็น "ช่องว่างของกฎหมาย" คือเป็นเรื่องที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงในเรื่องนั้นๆ บางประเทศก็มีบทบัญญัติกำหนดวิธีการตีความกฎหมายในกรณีมีช่องว่างกฎหมายไว้แล้ว เช่นประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ที่ให้นำเอาจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างกฎหมาย แต่ในประเทศที่ไม่ได้มีบทบัญญัติดังกล่าวไว้ ปัญหาจึงมีว่า จะใช้วิธีการเทียบเคียงกฎหมายมาหาหลักเกณฑ์ในการตีความได้หรือไม่ เพราะศาลจะต้องหาหลักเกณฑ์มาใช้ในการตัดสินคดีนั้นๆ ศาลจะปฏิเสธการตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องนั้นไม่ได้ เพราะถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม

ประการที่สอง หากมีตัวบทกฎหมายอยู่แล้ว แต่ว่าตัวบทกฎหมายนั้นไม่ชัดเจนหรือมีความหมายคลุมเครือ เกิดปัญหาว่าจะตีความอย่างไร และจะใช้การเทียบเคียงกฎหมายเพื่อหาหลักเกณฑ์ได้หรือไม่

ประการที่สาม กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ศาลอุดช่องว่างกฎหมายด้วยการใช้จารีตประเพณีนั้น จารีตประเพณีบางเรื่องโดยเฉพาะในด้านการค้าและการพาณิชย์ระหว่างประเทศ เป็นจารีตประเพณีที่อาจมีที่มาจากประเทศอื่น การเทียบเคียงกฎหมายก็จะเป็นทั้งการช่วยให้การใช้กฎหมายภายในประเทศดำเนินไปได้ด้วยดี และเป็นการหากกฎหมายมาใช้ในประเทศด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการเทียบเคียงกฎหมายในลักษณะนี้จะทำให้ศาลสามารถสร้างบรรทัดฐานที่ได้มาตรฐานซึ่งผ่านการพิสูจน์ประสิทธิภาพมาแล้วจากระบบกฎหมายของประเทศอื่น

2.1.3 การเปรียบเทียบกฎหมายเพื่อความเป็นเอกภาพของกฎหมาย

วัตถุประสงค์อย่างหนึ่งของการเปรียบเทียบกฎหมาย ก็คือ การทำให้กฎหมายเป็นเอกภาพ หมายถึง การทำให้กฎหมายเรื่องเดียวกันในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ เหมือนกัน จะเห็นได้ชัดเจนในระดับระหว่างประเทศซึ่งจะปรากฏในรูปของสนธิสัญญาต่างๆ แม้ว่าโดยหลักทั่วไปแล้ว ระบบกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมมีความเป็นเอกภาพไม่ขึ้นแก่กัน แต่ในสมัยปัจจุบันที่ความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันในด้านต่างๆ ของประเทศทั่วโลกมีมากขึ้นและสะดวกรวดเร็ว ดังนั้น หากหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดนิติสัมพันธ์มีความเหมือนกัน หรือเป็นระบบเดียวกันความสัมพันธ์ในด้านนั้นๆ ก็จะเป็นไปอย่างราบรื่นยิ่งขึ้น วิธีการทำให้กฎหมายมีความเป็นเอกภาพในกลุ่มประเทศที่ติดต่อกันอาจกระทำได้ใน 2 ลักษณะคือ **หนึ่ง** สร้างกฎหมายขึ้นมาจากการเปรียบเทียบกฎหมาย จนได้กฎหมายที่เป็นเอกภาพแล้วให้ประเทศต่างๆ สมัครเข้าเป็นสมาชิก หรือ **สอง** ให้องค์กัระหว่างประเทศซึ่งมีฐานะเหนือประเทศต่างๆ อยู่แล้วเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้กับประเทศสมาชิก

2.2 การเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน

การเปรียบเทียบกฎหมายแต่ก่อนนี้ ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการเปรียบเทียบในกฎหมายเอกชน แต่ในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่า ระบบเศรษฐกิจทั้งในประเทศและระหว่างประเทศมีบทบาทสำคัญมากยิ่งขึ้น และเป็นความจำเป็นที่กฎหมายมหาชนจะต้องแทรกเข้าไปในระบบเศรษฐกิจเพื่อจัดระเบียบในเรื่องความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ดังนั้น การศึกษากฎหมายมหาชนเปรียบเทียบจึงมีความจำเป็นมากยิ่งขึ้นไปด้วย

2.2.1 ลักษณะของการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน ลักษณะที่เด่นชัดจะเห็นได้ในกรณีประเทศที่ยังไม่มีระบบกฎหมายมหาชนของตนเองมักจะหยิบยืมกฎหมายมหาชนมาจากประเทศแม่แบบซึ่งได้ศึกษาเปรียบเทียบความเป็นไปได้และความเหมาะสมแล้วว่า กฎหมายมหาชนนั้นเหมาะสมกับสภาพสังคมของตน ที่เห็นมากก็คือ การหยิบยืมหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครอง กล่าวคือ ถ้าเป็นการปกครองในระบบประธานาธิบดี (*Presidential system*) ก็มักจะนำโครงสร้าง องค์การ และกลไกในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไปเป็นต้นแบบ ถ้าเป็นการปกครองในระบบรัฐสภา (*Parliamentary system*) ก็ถือว่า อังกฤษเป็นประเทศแม่แบบ เพราะว่าแต่ก่อนนี้อังกฤษได้จำลองรูปแบบการปกครองของตนเองไปเป็นระบอบการปกครองในประเทศอาณานิคม แล้วต่อมาประเทศเหล่านี้ต่างก็ได้รับเอกราชจึงคงติดยึดในรูปแบบการปกครองแบบเดิมมาตลอด และถ้าเป็นการปกครองในระบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งระบอบ

รัฐสภา (*Semi presidential system*) รูปแบบการปกครองของประเทศฝรั่งเศสก็ถือว่าเป็นแม่แบบที่ประเทศต่างๆ ได้หยิบยืมเอาไปใช้

นอกจากการหยิบยืมในระดับรัฐธรรมนูญข้างต้น แล้วการหยิบยืมสถาบันที่เกิดขึ้นใหม่ภายหลังก็มีอยู่ด้วย เช่น "ศาลรัฐธรรมนูญ" ซึ่งประเทศออสเตรียนำมากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่มีการนำไปใช้ทั่วยุโรปและทั่วโลกในเวลาต่อมา

ในกฎหมายปกครองก็เช่นเดียวกัน ได้มีการหยิบยืมหลักกฎหมายปกครองและสถาบันทางการเมืองที่เห็นได้ชัดเจนก็เช่น "สถาบันศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส" "สถาบันผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (*Ombudsman*) ของประเทศสวีเดน" และ "องค์การอิสระของรัฐ (*Independent regulatory agency*) ของสหรัฐอเมริกา" เป็นต้น

การหยิบยืม หลักกฎหมาย สถาบันทางกฎหมาย องค์การและกลไกในกฎหมายมหาชนแม้จะมีการกระทำกันอย่างแพร่หลาย แต่เมื่อเทียบกับกฎหมายเอกชนแล้วจะมีข้อจำกัดที่เคร่งครัดมากกว่า โดยเฉพาะ ข้อคำนึงถึงผลกระทบที่จะมีต่อความเชื่อพื้นฐานและระบบคุณค่าของรัฐ ซึ่งสิ่งที่จะนำมาใช้ในประเทศจะต้องสอดคล้องกลมกลืนเป็นแนวทางเดียวกันกับความเชื่อพื้นฐานและระบบคุณค่าของประเทศตนด้วย

2.2.2 ความยุ่งยากในการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน

ความยุ่งยากในการเปรียบเทียบกฎหมายนั้น อยู่ที่ความเคยชินในการคิด ความเคยชินในการมองปัญหา และความเคยชินในการให้เหตุผลตามระบบกฎหมายที่ตนได้รับการศึกษามา ทำให้ความคิดติดอยู่กับแนวทางของระบบนั้น และชักนำไปให้เกิดทัศนะว่า กฎเกณฑ์ (*regle*) สถาบัน (*institution*) นีติวิธี และการแก้ปัญหาของระบบของตนเองนั้นเป็นสากล สามารถใช้ได้กับระบบอื่นด้วย

นักกฎหมายเปรียบเทียบจึงมีหน้าที่อันสำคัญคือ การแสดงเหตุผล และแสดงแนวความคิดให้นักกฎหมายที่ติดอยู่กับระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่งบังเกิดความเข้าใจในระบบกฎหมายอื่นได้ดีขึ้น แต่นักกฎหมายเปรียบเทียบเองก็คือผู้ที่ได้รับการศึกษามาในระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่งเหมือนกัน ดังนั้น ปัญหาก็คือ ทำอย่างไรจึงจะทำการเปรียบเทียบกฎหมายได้ดีที่สุด ซึ่งในการเปรียบเทียบกฎหมายนั้นมีข้อพึงระมัดระวังที่อาจนำไปสู่ความผิดพลาดได้ กล่าวคือ *ประการแรก* แนวโน้มที่จะเอาสิ่งที่ตนรู้หรือที่ตนเคยชินเป็นหลัก แล้วนำเอาสิ่งที่กำลังจะทำการศึกษาซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายอื่นเข้ามาเปรียบเทียบ แล้วสรุปลักษณะ

ของสิ่งที่ตนไม่รู้ หรือไม่เคยชินในระบบกฎหมายอื่นนั้นไปตามการปงชี้ของความรู้และความเคยชินของตนเอง ข้อพึงระมัดระวังข้อนี้ หากผิดพลาดอาจเกิดความเสียหายได้หลายประการ คือ **หนึ่ง** เกิดความเข้าใจที่ผิดพลาดในระบบที่ตนไม่รู้หรือในระบบที่ตนกำลังศึกษาเพื่อเปรียบเทียบนั้น **สอง** หากทำความเข้าใจในสิ่งที่จะทำให้การเปรียบเทียบได้ก็อาจมีปัญหาในเรื่องคำศัพท์ที่ไม่ตรงกัน หรือไม่มีคำศัพท์ใช้ในกรณีเปรียบเทียบนั้น **สาม** ปัญหาที่หนักที่สุดคือ คำศัพท์ แนวความคิด (*notion*) และสถาบัน ไม่ได้มีอยู่ในอีกระบบกฎหมายหนึ่งเลย ซึ่งเป็นการที่ยากมากอย่างยิ่งที่ผู้เปรียบเทียบกฎหมายจะทำความเข้าใจใน คำศัพท์ แนวความคิด และสถาบันที่ไม่เคยมีอยู่เลยในระบบกฎหมายของตน

ข้อพึงระมัดระวังในการเปรียบเทียบกฎหมาย **ประการที่สอง** คือ ปัญหาข้อพึงระมัดระวังในประการแรกนั้น หากผู้ทำการเปรียบเทียบกฎหมายได้ตระหนักและดำเนินการเปรียบเทียบอย่างระมัดระวังแล้ว การเปรียบเทียบกฎหมายก็สามารถที่จะลุล่วงไปได้ แต่**ปัญหาจะยิ่งสลับซับซ้อนยากมากยิ่งขึ้นหลายเท่า ในกรณีที่ มีการเปรียบเทียบกฎหมายกันระหว่าง ระบบกฎหมายที่มากกว่า 2 ระบบขึ้นไป หรือเมื่อระบบกฎหมายที่จะนำเอามาเปรียบเทียบกันนั้นมีความแตกต่างกันอย่างมากในสาระสำคัญ และปัญหาที่หนักที่สุด ก็คือ การที่ระบบกฎหมายของประเทศหนึ่งนั้นยังไม่มี กฎเกณฑ์ ไม่มีสถาบัน รวมทั้งนิติวิธีที่ไม่เป็นระเบียบ หรือความแน่นอน** ดังนั้นแล้ว การเปรียบเทียบกฎหมายจะบังเกิดความยากลำบากเป็นอันมาก เมื่อเป็นดังนี้ ทางแก้ไขที่เห็นวาทที่สุด ก็คือ การเริ่มจากระบบกฎหมายที่มีการพัฒนาแล้วอย่างสูงและและมีระเบียบกฎเกณฑ์ก่อนแล้วจึงหันมาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายที่ยังไม่เป็นระเบียบกฎเกณฑ์ แต่อย่างไรก็ตามการเปรียบเทียบก็ไม่อาจหวังผลได้มากนัก เพราะความแตกต่างกันอย่างมากเช่นนี้ ก็คงทำได้เพียงเพื่อความเข้าใจดับพื้นฐานของระบบกฎหมายที่แตกต่างกันเท่านั้น

ปัญหาการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชนที่การพัฒนาแตกต่างกันมากในประการที่สองนี้ *Zweigert and Kotz* ได้เสนอนิติวิธีเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานไว้ คือ **วิธีเปรียบเทียบการใช้งาน** กล่าวคือ ศึกษาวิธีการแก้ปัญหาในระบบกฎหมายต่างๆ (*functional approach*) เป็นการหาปัญหาร่วมกันของระบบกฎหมายแต่ละระบบก่อน แล้วจึงหาทางแก้ ซึ่งในแต่ละระบบกฎหมายก็อาจจะมีทางแก้ของแต่ละระบบที่แตกต่างกันไป เมื่อเข้าถึงปัญหาและทางแก้แล้ว การเปรียบเทียบก็จะกระทำได้ง่ายขึ้น แต่วิธีการดังกล่าวนี้ ก็คงละเอียดซ้อจำกัดในเรื่อง อิทธิพลของแนวความคิดในแต่ละระบบกฎหมายได้รับมาจากในอดีตไม่ได้ ดังนั้น**วิธีการทางประวัติศาสตร์ (*historical approach*)** ซึ่งเป็นการศึกษาประวัติความเป็นมาของปัญหาและการแก้ปัญหาในอดีตของระบบกฎหมายต่างๆ กับ **วิธีการทางสังคมวิทยากฎหมาย (*sociological approach*)** จึงมีความสำคัญอยู่มากในการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน

2.2.3 ข้อเท็จจริงในการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน

ข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาในการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชนเป็นการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและอุปสรรคโดยทั่วไปในการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน กล่าวคือ:-

ข้อเท็จจริง **ประการแรก** คือ **ระยะเวลาพัฒนาการของกฎหมายมหาชน** ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้เป็นที่ทราบกันแล้วว่า กฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนนั้นมีมาตั้งแต่สมัยยุคโรมันแล้ว แต่การแบ่งประเภทดังกล่าวก็เพื่อทำการศึกษากฎหมายเอกชนได้อย่างปลอดภัย โดยไม่ต้องไปเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนที่อาจเป็นการเสี่ยงอันตรายเพราะไปทำทนายอำนาจรัฐ การศึกษาและพัฒนาการของกฎหมายมหาชนจึงถูกชะงักลง ในขณะที่กฎหมายเอกชนมีพัฒนาการมาโดยตลอดอย่างไม่หยุดยั้ง กฎหมายมหาชนเพิ่งจะมีการฟื้นฟูบทบาทขึ้นใหม่เมื่อประมาณ ศตวรรษที่ 18 นี้เอง เมื่อเกิดแนวความคิดทฤษฎีจำกัดอำนาจรัฐเพื่อต่อต้านอำนาจอันมากมายล้นพ้นของผู้ปกครองในยุคสมัยนั้น

การที่กฎหมายมหาชนเพิ่งจะมีพัฒนาการมาประมาณ 2 ศตวรรษเท่านั้น เมื่อเทียบกับพัฒนาการของกฎหมายเอกชนที่มีอย่างต่อเนื่องมานานับพันปี **ความคงที่ของกฎหมายมหาชนในด้าน ทฤษฎี กฎเกณฑ์และการศึกษาจึงมีน้อยกว่ากฎหมายเอกชน** เพราะฉะนั้นเมื่อทำการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชนความยากจึงยิ่งมีมากขึ้นไปอีก นอกจากนี้วิธีการในการเปรียบเทียบเองก็ยังเป็นของใหม่และขาดความแน่นอนอยู่เช่นกัน เมื่อข้อเท็จจริงเป็นเช่นนี้ จึงเห็นว่า การศึกษาเชิงเปรียบเทียบกฎหมายมหาชนจึงยังมีความจำเป็นเพื่อให้ได้ประโยชน์จากการเปรียบเทียบมากที่สุด

ประการที่สอง ข้อเท็จจริงของสภาพทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และขนบธรรมเนียมประเพณี ในกฎหมายเอกชนก็จำเป็นต้องศึกษาในเรื่องที่เป็นสภาพแวดล้อมทางสังคมเช่นเดียวกันนี้ แต่ในกฎหมายเอกชนเรื่องเหล่านี้มีความสำคัญเป็นลำดับรอง และนักกฎหมายเอกชนจะมุ่งไปศึกษาที่กฎเกณฑ์ และ สถาบัน ในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆมากกว่าจะศึกษาในเรื่องดังกล่าวนี้ แต่ในทางกฎหมายมหาชนนั้นหากไม่ทำการศึกษาในเรื่องสภาพแวดล้อมทางสังคมด้วยแล้วก็ไม่อาจจะทำความเข้าใจได้อย่างถ่องแท้เลย

ประการที่สาม ข้อเท็จจริงในเรื่องตัวบทกฎหมายกับความเป็นจริง ในกฎหมายเอกชนนั้น การศึกษาตัวบทกฎหมายประกอบด้วยคำพิพากษาของศาล ย่อมสามารถจะทำให้เข้าใจกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศนั้นได้ เพราะในกฎหมายเอกชน อำนาจของศาลจะครอบคลุมทุกกรณี แต่ในกฎหมายมหาชนจะมีความเกี่ยวพันอยู่โดยตรงกับอำนาจปกครองและเกี่ยวข้องกับองค์การอื่นที่มี

อำนาจเท่าเทียมกับศาล จึงมีอยู่หลายกรณีที่ยานาจศาลไม่อาจเข้าไปจัดการกับการกระทำขององค์กรเหล่านี้ได้ ซึ่งอาจจะเป็นเพราะศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุม หรืออาจเป็นเพราะมีกฎหมายห้ามเอาไว้ ดังนั้น ในความเป็นจริง การปฏิบัติขององค์กรเหล่านี้จึงมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าคำพิพากษาของศาล เพราะแสดงให้เห็นลักษณะของกฎหมายชนได้

การศึกษากฎหมายมหาชนเปรียบเทียบจึงยึดถือแต่เพียงตัวบทกฎหมายและคำพิพากษาของศาลเท่านั้นไม่ได้ เพราะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในระบบของกฎหมายมหาชนก็มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าตัวบทกฎหมายหรือคำพิพากษาเช่นกัน การที่ไม่ได้ทราบถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอาจทำให้ได้แนวความคิดที่ไม่ถูกต้อง ของระบบกฎหมายมหาชนที่ทำการศึกษเปรียบเทียบก็ได้

ประการที่สี่ ข้อเท็จจริงในเรื่อง "การจัดระบบกฎหมาย" การจัดระบบกฎหมายโดยทั่วไปนั้น จะยึดเกณฑ์ในเรื่อง "ที่มาหรือป่อเกิดของกฎหมาย" (*sources du droit*) และ "โครงสร้างของกฎหมาย" (*structure du droit*) เป็นเครื่องกำหนดในการจัดระบบกฎหมาย ที่มาหรือป่อเกิดของกฎหมายนั้น มีความหมายรวมไปถึงที่มาทางประวัติศาสตร์ด้วยเช่น กฎหมายโรมันเป็นที่มาของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี และกฎหมายแองโกล-แซ็กซอน (*anglo-saxon*) เป็นที่มาของระบบกฎหมายอังกฤษ อเมริกา เป็นต้น

ส่วน "ป่อเกิดของกฎหมายตามรูปแบบ" (*source formelle*) คือ รูปแบบของกระบวนการในการสร้างกฎหมายของแต่ละระบบ เช่นการให้ความสำคัญกับ "กฎหมายลายลักษณ์อักษร" ในฝรั่งเศสและเยอรมันนี้ ในขณะที่ในอังกฤษให้ความสำคัญกับ "บรรทัดฐานคำพิพากษา"

และ "โครงสร้างของกฎหมาย" หมายถึง แนวความคิด (*concepts*) เนื้อหา (*content*) และการจัดสถาบัน (*institution*) ซึ่งอาจมีจุดเด่น ความคล้ายคลึงกัน และความแตกต่างกันในระบบกฎหมายแต่ละระบบ ความคล้ายคลึงกันและความแตกต่างกันนี้ นักกฎหมายเปรียบเทียบจึงได้จัดระบบกฎหมายออกเป็น 4 ระบบ แต่ในกฎหมายมหาชนนั้น มีข้อสงสัยอยู่ว่า ลักษณะพิเศษของกฎหมายมหาชนจะยังคงใช้การจัดระบบกฎหมายที่เป็นการทั่วไปนี้ได้หรือไม่

ข้อเท็จจริงในการจัดระบบกฎหมายที่น่าสังเกตในเรื่องกฎหมายปกครองในอังกฤษและในฝรั่งเศสก็คือ ในประเทศอังกฤษนั้น เป็นที่ทราบกันทั่วไปว่า คำพิพากษาของศาล มีความสำคัญที่เท่าเทียมหรืออาจจะมากกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร อันเนื่องมาจากความเป็นระบบกฎหมายแบบ *common law* แต่ในเรื่องกฎหมายปกครองกลับไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะในกฎหมายปกครองของอังกฤษนั้น ความสำคัญของกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะพระราชบัญญัติ (*Act of Parliament*) และกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร (*delegated legislation หรือ subordinate*) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ดำเนินการออกกฎหมายได้เองนั้น กลับมีความสำคัญมากเป็นพิเศษ และคำพิพากษาของศาลก็เป็นเพียงการตี

ความกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้เป็นการวางหลักเกณฑ์อย่างคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส แต่อย่างใด

ข้อเท็จจริงข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลอังกฤษนั้นใช้วิธีการทาง *common law* ในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน และอาจนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองด้วย แต่การใช้วิธีการดังกล่าวในข้อพิพาททางปกครองนั้นเป็นเพียงเพื่อการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสที่ถือกันว่าเป็นแม่แบบของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและประมวลกฎหมาย ซึ่งคำพิพากษา และความเห็นของนักนิติศาสตร์เป็นเพียงการปรับหรือการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่า ในกฎหมายปกครองแล้วเหตุการณ์กลับตรงกันข้าม เพราะว่า บทบาทในการสร้างกฎหมาย (*role createur*) ของศาลปกครองกลับมีความโดดเด่นอย่างมาก โดยเฉพาะในเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเพื่อการละเมิดนั้น เป็นหลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นเองโดยที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดกล่าวถึงเรื่องการกระทำละเมิดไว้เลย หลักสัญญาทางปกครอง (*contrat administratif*) ก็เช่นกัน เป็นการสร้างหลักกฎหมายเรื่องนี้โดยศาลปกครองฝรั่งเศสโดยแท้

นอกจากนี้ ในประเทศฝรั่งเศสยังมีการถือกันว่า บทบาทของผู้พิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศสนั้นมีมากเป็นพิเศษ คือ กรณีที่ศาลถือว่าเป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะอ้าง "หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปของฝรั่งเศส" ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากการประกอบเข้าด้วยกันของขนบธรรมเนียมทางกฎหมายแห่งชาติฝรั่งเศส มาเป็นพื้นฐานของการกระทำทางปกครองซึ่งมีอยู่หลายประการ ข้อเท็จจริงดังกล่าวมานี้ จึงเห็นได้ว่าบทบาทของศาลปกครองฝรั่งเศส ย่อมมีอยู่เกินกว่าบทบาทของการตีความกฎหมาย (*role interpretatif*) แต่เป็นบทบาทในการสร้างกฎหมาย (*role createur*) อย่างแท้จริง หรืออาจกล่าวได้ว่า ในกฎหมายเอกชนของฝรั่งเศสนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรครอบงำกฎหมายเอกชน แต่กฎหมายปกครองถูกครอบงำโดยคำพิพากษาของศาลปกครองเอง ยิ่งกว่านั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มักจะนิยมรวบรวมบทบัญญัติที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันไว้เป็นหมวดหมู่ในที่เดียวกันอย่างมีระบบและมีความเชื่อมโยงกันที่เรียกว่า การจัดทำประมวลกฎหมาย แต่หาได้มี "แนวความคิดในการจัดทำประมวลกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส" ทั้งที่เป็นสารบัญญัติ และที่เป็นวิธีบัญญัติ ไร้อย่างสมบูรณ์ไม่

2.2.4 ข้อเท็จจริงและปัญหาในการเปรียบเทียบกฎหมายปกครองของประเทศไทย

การเปรียบเทียบกฎหมายปกครองของประเทศไทยกับกฎหมายปกครองของประเทศอื่นนั้น นอกจากจะมีปัญหาในทางนิติวิธีหรือปัญหาในทางปฏิบัติเช่นเดียวกับปัญหาที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้แล้ว กฎหมายปกครองของประเทศไทยก็มีลักษณะกระจัดกระจายอยู่ทั่วไปไม่เหมือนในประเทศอังกฤษซึ่งทำให้เกิดความยุ่งยากในการค้นคว้า และตัวบทกฎหมายปกครองเหล่านี้ยังเป็นการมุ่งแก้ปัญหาเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น มิได้มุ่งสร้างหลักกฎหมายปกครองเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด ซึ่งในความเป็นจริงแล้วในประเทศอื่นๆ ก็มีปัญหาในลักษณะเดียวกัน คือมุ่งแก้ปัญหาเฉพาะเรื่อง ทั้งนี้เพราะว่า ลักษณะของกฎหมายมหาชนนั้นมีความเป็นพลวัต (dynamic) คือ มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ดังนั้นเพื่อให้ทันกับเหตุการณ์จึงต้องใช้วิธีการแก้ปัญหาเฉพาะเรื่องโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเรื่อยๆ ไป แต่ในประเทศไทยยังมีปัญหาที่ทำให้การศึกษาเปรียบเทียบมีความยุ่งยากยิ่งขึ้นไปอีก คือ ปัญหาเรื่อง "บทบาทของบรรทัดฐานคำพิพากษา" (jurisprudence) และ "ความคิดเห็นทางตำราของนักนิติศาสตร์" (doctrine) ซึ่งจะช่วยให้อย่างมากในการศึกษาเพื่อการเปรียบเทียบกฎหมายนั้นได้ขาดหายไป

คำพิพากษาของศาลอังกฤษในเรื่องหลักกฎหมายปกครองนั้น จะมีการให้เหตุผลประกอบด้วยรายละเอียดอันเป็นความเห็นอย่างลุ่มลึกของผู้พิพากษา ทำให้เป็นประโยชน์อย่างมากในการวางหลักกฎหมายปกครอง และทางตำรับตำรา นักนิติศาสตร์อังกฤษก็พยายามจะจัดระบบและหากฎเกณฑ์จากตัวบทกฎหมายที่กระจัดกระจายกันอยู่ รวมทั้งคำพิพากษาของศาลที่ปะปนอยู่กับกฎหมายเอกชน เหล่านี้ทำให้การศึกษากฎหมายปกครองของอังกฤษง่ายยิ่งขึ้น

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น ความคิดเห็นทางตำราของปรมาจารย์ทางนิติศาสตร์หลายท่านได้มีอิทธิพลอยู่เหนือคำพิพากษาของศาลปกครอง และที่เป็นประโยชน์อย่างมากอีกอย่างหนึ่งคือ รายงานของเจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน (conclusion du commissaire de gouvernement) ที่ได้ประมวลข้อเท็จจริงโดยย่อ และมีการสรุปหลักกฎหมายในเรื่องนั้น มีเหตุผลสนับสนุนข้อคิดเชิงของการตีความในแต่ละแนวทาง แล้วจึงเสนอให้ศาลปกครองเลือกใช้หลักกฎหมายหลักใดหลักหนึ่ง เป็นสิ่งซึ่งช่วยทำให้เกิดความเข้าใจกฎหมายปกครองและคำพิพากษาของศาลอย่างเป็นระบบได้เป็นอย่างดี แต่ในประเทศไทยหาได้มีเช่นเดียวกันนี้ไม่ แม้ว่าจะมีคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐานอยู่ แต่ก็ไม่ได้แสดงหลักกฎหมาย หรือแสดงเหตุผลประกอบไว้มากนัก และที่มีอยู่ก็มักจะเป็นเรื่องที่ศาลปฏิเสธการเข้าไปเกี่ยวข้องกับกรควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หรือไม่ก็เป็นเหตุผลเรื่องอายุความฟ้องร้อง และมักจะมีแต่แนวคำพิพากษาเดิมเป็นหลัก หมายเหตุท้ายคำพิพากษาก็มีน้อย หรือสิ้นจนใช้ประโยชน์ไม่ได้ ทางตำราเองก็มักจะเสนอแต่แนวทางของทฤษฎี กับตัวบทกฎหมายปกครองที่ไม่มีการแสดงแนวความคิดให้เป็นแนวทางของความคิดใหม่ๆ แต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ การศึกษากฎหมายปกครองไทยเพื่อการเปรียบเทียบจึงยากกว่าการเปรียบเทียบกฎหมายในสาขาอื่น และการเปรียบเทียบกฎหมายปกครองก็ยังไม่แน่นอนอีกด้วย และมักจะเริ่มการเปรียบเทียบด้วยนิติวิธีที่แตกต่างไปจากนิติวิธีที่นิยมกัน คือ แทนที่จะศึกษากฎหมายปกครองของไทยเพื่อหาหลักกฎหมายในเรื่องที่จะทำการเปรียบเทียบก่อน แล้วจึงไปเปรียบเทียบกับกฎหมายปกครองของประเทศอื่น กลับทำการศึกษากฎหมายปกครองของประเทศอื่นที่มีความเป็นระบบก่อนแล้วจึงค่อยมาศึกษาทำความเข้าใจกฎหมายปกครองของไทย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการเปรียบเทียบกฎหมายปกครองของประเทศไทยจะมีความยากลำบากสักเพียงใด ก็เห็นว่ายังคงจะต้องใช้วิธีการเปรียบเทียบกฎหมายเป็นหลักอยู่นั่นเอง ทั้งนี้ก็เพื่อ การสร้างหลักกฎหมายมหาชนที่ดี โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายมหาชนที่มีการพัฒนาไปอย่างเป็นระบบดีแล้ว และใช้การนำเอาส่วนที่ดี มีความเหมาะสม และเป็นประโยชน์ สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมทางสังคมของไทย มาใช้เป็นหลักกฎหมายมหาชนของไทย ไม่ว่าจะนำมาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินใจคดี เป็นบรรทัดฐานคำพิพากษา หรือว่าจะนำมาบัญญัติไว้เป็นด้วยบทกฎหมายก็ตาม

การวิเคราะห์กฎหมายมหาชน โดยวิธีการทางประวัติศาสตร์

ความหมายของ "ประวัติศาสตร์"

ประวัติศาสตร์ (History) คือ การศึกษาข้อเท็จจริงในอดีตที่เกี่ยวกับพฤติกรรมของมนุษย์และผลที่เกิดขึ้น รวมทั้งสภาพแวดล้อมต่างๆทางสังคมที่ประกอบกันเป็นเหตุการณ์นั้นๆ การศึกษาประวัติศาสตร์จึงเป็นการเรียนรู้เพื่อให้เกิดความเข้าใจในความต่อเนื่องของการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

ประวัติศาสตร์เป็นเรื่องที่มุ่งจะเสนอความจริงของเหตุการณ์ในอดีต อาจเกิดจากการตีความของนักประวัติศาสตร์โดยอาศัยพยานหลักฐานทางประวัติศาสตร์ แล้วพยายามเชื่อมโยงพยานหลักฐานนั้นเข้ากับความเข้าใจของนักประวัติศาสตร์เอง เพื่ออธิบายหรือให้ความหมายกับปรากฏการณ์หรือเหตุการณ์ในอดีต จึงเกิดการศึกษาที่มุ่งวิเคราะห์ข้อเขียนอันเป็นความเห็นของนักประวัติศาสตร์ขึ้นมาอีกแขนงวิชาหนึ่งซึ่งเรียกว่า **"ประวัติศาสตร์นิพนธ์" (historiography)** ข้อเขียนในการนำเสนอของนักประวัติศาสตร์จึงเป็นการกระทำอย่างหนึ่งในทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับผู้อื่นหรือเป็นความเกี่ยวข้องกันกับสังคมในฐานะที่นักประวัติศาสตร์เป็นผู้นำเสนอข้อเท็จจริงหรือความจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่งในอดีต ดังนั้น การนำข้อมูลจากการนำเสนอในทางประวัติศาสตร์มาใช้จึงต้องมีการวิเคราะห์ด้วยว่ามีความสอดคล้องในเหตุผลที่ใช้อธิบายกับข้อเท็จจริงในยุคสมัยนั้นๆหรือไม่ เพียงใด

ประวัติศาสตร์กฎหมาย (History of Law)

ในความหมายอย่างแคบนั้น ประวัติศาสตร์กฎหมาย เป็นการศึกษาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายในอดีตว่าเป็นอย่างไร มีวิวัฒนาการมาอย่างไร และปัจจุบันเป็นอย่างไร รวมทั้งศึกษาถึงหลักและเหตุผลของบทบัญญัตินั้นๆด้วย ซึ่งความหมายในแง่จะเป็นประโยชน์อยู่บ้างก็แต่เพียงการเทียบเคียงบทบัญญัติของเก่ากับของใหม่เพื่อทราบถึงความแตกต่างและพัฒนาการเท่านั้น

แต่การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายที่ศึกษาอย่างกว้าง โดยรวมไปถึงการศึกษากฎเกณฑ์ทุกอย่างทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยศึกษาในลักษณะที่กฎหมายเป็นความสัมพันธ์กับพฤติกรรมของคนในสังคม และเป็นความสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อม

ด้อมของสังคม เพื่อให้เกิดความเข้าใจไปถึงสาเหตุของกฎหมายและผลของกฎหมาย ซึ่งการศึกษากฎหมายในลักษณะนี้จะเป็นประโยชน์อย่างมากในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ

กฎหมายเปรียบเทียบกับประวัติศาสตร์กฎหมาย

ประวัติศาสตร์กฎหมายนั้นเป็นการศึกษาย้อนไปในอดีต และการเปรียบเทียบกฎหมายในประวัติศาสตร์กฎหมายมักจะเป็นการเทียบเคียงกฎหมายที่มีอยู่ในเวลาที่ต่างกัน แต่การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบนั้น เป็นการศึกษากฎหมายในระบบต่างกันที่มีอยู่ในเวลาเดียวกัน ประวัติศาสตร์กฎหมายหากมีการเทียบเคียงกับระบบกฎหมายอื่นที่มีอยู่ในเวลาเดียวกันด้วย ก็จะมีคุณค่าเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาเพื่อเปรียบเทียบกฎหมายมากยิ่งขึ้นไปอีก แต่อย่างไรก็ตาม การเปรียบเทียบกฎหมายในปัจจุบันย่อมจะหลีกเลี่ยงไม่พ้นการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายประกอบไปด้วย เพื่อให้บังเกิดความเข้าใจอันแจ่มชัดว่า เพราะเหตุใดระบบของกฎหมายที่ทำการเปรียบเทียบนั้นจึงแตกต่างกันหรือเหมือนกัน ตัวอย่างที่แตกต่างกันเช่น กฎหมายปกครองของอังกฤษมีทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายระดับรองของฝ่ายบริหาร (*subordinate legislation*) ซึ่งฝ่ายบริหารจะตรากฎหมายออกมาบังคับใช้ได้เองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (*Act of Parliament*) เท่านั้น ในขณะที่ในประเทศฝรั่งเศสกลับตรงกันข้าม โดยฝรั่งเศสถือว่า ฝ่ายปกครองนั้นเองมีอำนาจที่จะตรากฎหมายลำดับรอง (*reglement*) ได้เอง โดยที่ไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนเลย

กรณีตามตัวอย่างข้างต้นนี้ หากไม่ศึกษาถึงประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองของประเทศทั้งสองแล้ว ก็คงจะหาคำอธิบายในเรื่องข้างต้นได้ยาก แต่จากการศึกษาประวัติศาสตร์จะทำให้ทราบว่า ความแตกต่างดังกล่าวนั้น ในอังกฤษเป็นผลมาจากการต่อสู้เพื่อชิงอำนาจสูงสุดในการปกครองระหว่างพระมหากษัตริย์ฝ่ายหนึ่ง กับรัฐสภาและศาลอีกฝ่ายหนึ่ง ผลของการต่อสู้เพื่ออำนาจสูงสุดปรากฏว่า ฝ่ายกษัตริย์ฝ่ายแพ้ จึงเกิดหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาขึ้นมา (*Sovereignty of Parliament*)

ส่วนประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสนั้น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เป็นสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างเด็ดขาด (*absolute monarchy*) พระมหากษัตริย์แห่งฝรั่งเศสทรงใช้พระราชอำนาจในการปกครองอย่างมีประสิทธิภาพ จนแนวความคิดในเรื่องอำนาจของฝ่ายปกครองก็ยังคงมีอยู่แม้จะผ่านการปฏิวัติมาแล้วก็ตาม ดังจะเห็นได้ว่า ภายหลังจากปฏิวัติแล้ว ฝรั่งเศสก็ยังหวดกลับเข้าสู่ระบบจักรวรรดิ สลับกับระบบสาธารณรัฐ เพราะในฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่า ศาลเป็นสถาบันที่เกิดขวางพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในยุค

สมบูรณาญาสิทธิราชย์ ศาลจึงถูกจำกัดอำนาจไม่ให้เข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ดังนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตรากฎหมายออกใช้บังคับโดยไม่ต้องรอการมอบอำนาจจากรัฐสภาจึงเกิดขึ้นและพัฒนาตามลำดับ จนกระทั่ง "อำนาจในการออกกฎหมายโดยอิสระของฝ่ายบริหาร" (*reglement d'application d'une loi*) ในประเทศฝรั่งเศสได้รับการยอมรับและกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ในปัจจุบัน

การวิเคราะห์กฎหมายมหาชน โดยวิธีการทางสังคมวิทยากฎหมาย

สังคมวิทยาทางกฎหมาย เป็นวิชาที่มุ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์และหน้าที่ที่กฎหมายมีต่อสังคม รวมไปถึงเหตุทางสังคมที่มีผลก่อให้เกิดกฎหมาย และผลที่กฎหมายก่อให้เกิดขึ้นกับสังคม หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นการสังเกตและพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ของกฎหมายกับสังคมภายนอกระบบกฎหมาย จึงเห็นได้ว่า สังคมวิทยาทางกฎหมายเป็นการศึกษาในระดับที่ลึกกลงไปจากการศึกษาเพียงกฎเกณฑ์เพื่อทำความเข้าใจถึงบทบาทบัญญัติที่มีอยู่และทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัตินั้นเพื่อจะนำไปใช้ประโยชน์ในการตีความ หรือเพื่อการใช้กฎเกณฑ์ตามบทบัญญัตินั้น

ในทัศนะของนักสังคมวิทยาทางกฎหมายซึ่งเป็นนักนิติศาสตร์ด้วย อาทิเช่น **รูดอล์ฟ ฟอน เอียร์ริง** (*Rudolf von Jhering ค.ศ.1818-ค.ศ.1892*) **เลอง ดิวกี** (*Leon Duguit ค.ศ.1859-ค.ศ.1928*) และ **โรสโก พาวน์** (*Roscoe Pound ค.ศ.1870-ค.ศ.1964*) อธิบายไว้ว่า กฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งข้อเท็จจริงทางสังคม และการศึกษาสังคมวิทยาทางกฎหมายในลักษณะเป็นการศึกษาวิจัยเชิงประจักษ์ (*empirical research*) ก็มีความน่าสนใจอย่างมาก เพราะเป็นการศึกษาเพื่อลงไปค้นหาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ของกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งกับสังคม ทั้งในแง่ของสาเหตุและในแง่ของผลของกฎเกณฑ์นั้น ซึ่งการค้นลงไปถึงจุดดังกล่าวจะทำให้เห็นความจริงและสามารถอธิบายได้ว่า ใครที่มีบทบาทในการออกกฎหมายนั้นๆ ใครเป็นผู้ได้ประโยชน์ และใครเป็นผู้เสียประโยชน์จากกฎหมายนั้น บางครั้งการศึกษาในเชิงดังกล่าวนี้ ทำให้ตั้งข้อสังเกตได้ว่ากฎหมายบางเรื่องนั้น เมื่อมองโดยผิวเผินแล้วก็จะเห็นเป็นการควบคุมโดยอำนาจ แต่ในความเป็นจริงแล้วกฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงเครื่องมือที่เอื้อผลประโยชน์ให้แก่กลุ่มอำนาจที่ทรงอิทธิพลด้านใดด้านหนึ่งในสังคม เช่น กฎหมายควบคุมสภาพสิ่งแวดล้อมก็เป็นประโยชน์ต่อ กลุ่มผู้ประกอบการอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ที่มีทุนดำเนินการสูง ในแง่เป็นการบริหารจัดการหรือ

กีดกันคู่แข่งที่มีอำนาจและทุนน้อยกว่า แต่การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอาจเป็นอันตรายต่อ
กลุ่มทรงอิทธิพลได้ เป็นต้น

ประโยชน์ของสังคมวิทยาทางกฎหมาย

ประการที่หนึ่ง ในฐานะที่สังคมวิทยาทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการค้นหาความจริงที่
สามารถใช้อธิบายพฤติกรรมของคนในสังคม ทั้งในแง่ที่เป็นเหตุของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และ
ในแง่ที่เป็นผลของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งการอธิบายเหตุและผลทางสังคมของกฎเกณฑ์นั้น
จะทำให้เกิดความเข้าใจไปถึงเบื้องหลังของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นว่ามุ่งคุ้มครองผล
ประโยชน์อะไร หรือเป็นผลประโยชน์ของใคร สังคมวิทยาทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องมือที่เป็น
ประโยชน์อย่างยิ่งในการวิเคราะห์กฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายสังคมและกฎหมายการเมืองใน
แต่ละยุคสมัย และเป็นเครื่องมือค้นหาความจริงทางสังคมศาสตร์ที่ใช้อธิบายพฤติกรรมการฝ่า
ฝืนกฎหมายของคนในแต่ละสังคมด้วย

ประการที่สอง ในฐานะที่สังคมวิทยาทางกฎหมายเป็นเครื่องมือช่วยให้การใช้กฎหมายมีความ
เป็นธรรม กล่าวคือ สังคมวิทยาทางกฎหมายนั้นเป็นการศึกษาสภาวะแวดล้อมทางสังคมศาสตร์
อยู่ด้วย ดังนั้นหากผู้ใช้กฎหมายได้เข้าใจถึงจารีตประเพณีท้องถิ่น และวิถีประเพณีของคนส่วน
ใหญ่ ก็จะเป็นหนทางลดความขัดแย้งระหว่างพฤติกรรมของบุคคลกับกฎหมายบางประการลง
ได้

ประการที่สาม ในฐานะที่สังคมวิทยาทางกฎหมายเป็นเครื่องมือช่วยในการพัฒนากฎหมาย กฎ
เกณฑ์ของกฎหมายทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง มักเป็นกฎหมายมหาชนซึ่งถูกกำหนด
ขึ้นโดยกระบวนการของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ จึงย่อมจะมี **ความขัดแย้งกัน (conflict) มีการแข่ง
ขันกัน (competition) หรือ มีการร่วมมือกัน (cooperation)** การใช้บังคับกฎหมายเหล่านี้จึงอาจ
จะเป็นได้ทั้งเป็นประโยชน์กับบางกลุ่ม หรือบางกลุ่มเสียประโยชน์ทำให้เกิดหลักในการรักษา
ความสมดุลของผลประโยชน์ขึ้นมา ซึ่งรอสโก พาร์น กล่าวไว้ว่า **"กฎหมายที่ดีจะต้องพัฒนาไปสู่ความ
สมดุลในแง่ของผลลัพธ์ที่จะมีผลกระทบต่อโครงสร้างของระบบผลประโยชน์ทั้งหมดของ
สังคม หรือ เป็นผลลัพธ์ที่เป็นการรักษาผลประโยชน์ทั้งหมดให้มากที่สุด พร้อมกับมีการสูญเสียน้อย
ที่สุดต่อผลประโยชน์รวมทั้งหมดของสังคม ซึ่งเป็นการถ่วงดุลผลประโยชน์ต่างๆเข้าด้วยกัน"** และการจะ
ศึกษาให้เข้าใจถึงแง่มุมของผลประโยชน์ด้านต่างๆในสังคม ทั้งในด้านได้ผลประโยชน์และใน
ด้านเสียผลประโยชน์ จะกระทำได้ดีก็ด้วยวิธีการทางสังคมวิทยาเท่านั้น

สังคมวิทยาทางกฎหมายกับกฎหมายเปรียบเทียบ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า สังคมวิทยาทางกฎหมาย เป็นการศึกษาโดยมุ่งค้นหาความเป็นจริงทางสังคมที่เป็นอิทธิพลหรือเป็นปัจจัยที่มีผลต่อกฎหมาย หรือค้นหาสภาพความเป็นจริงที่กฎหมายนั้นเป็นอยู่ รวมทั้งสาเหตุของกฎหมายนั้นๆ และผลของกฎหมายนั้นๆ ในสังคม แต่กฎหมายเปรียบเทียบนั้นมุ่งศึกษาเพื่อเทียบเคียงกฎหมาย หรือสถาบันทางกฎหมายในลักษณะที่กฎหมายหรือสถาบันทางกฎหมายนั้นควรจะเป็นอยู่ในสังคม กฎหมายเปรียบเทียบจึงแตกต่างกับสังคมวิทยาทางกฎหมายตรงที่กฎหมายเปรียบเทียบมุ่งศึกษาในเรื่องที่กฎหมายหรือสถาบันทางกฎหมายควรจะเป็น (ought to be) แต่สังคมวิทยาทางกฎหมายมุ่งศึกษากฎหมายหรือสถาบันทางกฎหมายในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงหรือความเป็นจริง (fact) ที่มีอยู่จริงในสังคม กล่าวคือ สังคมวิทยาทางกฎหมายจะช่วยอธิบายให้เห็นสภาพของกฎหมายตามความเป็นจริงในสังคม ทำให้นักกฎหมายสามารถทำการเปรียบเทียบกฎหมายได้อย่างละเอียดถี่ถ้วนถูกต้องตรงกับความเป็นจริงมากยิ่งขึ้น

การที่มีบทบัญญัติกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ หรือ การที่ศาลได้ตีความกฎหมายไว้ อย่างไรก็ดี อาจเป็นเพียงการบัญญัติไปตามทฤษฎีหรือเป็นการตีความไปตามตัวบทกฎหมายเท่านั้น ซึ่งอาจไม่ถูกต้องตรงกับความเป็นจริงที่เป็นอยู่ในสังคมก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น เรื่องการประกาศกฎหมายกำหนดให้พื้นที่บางแห่งเป็นเขตป่าสงวนแห่งชาติแล้ว แต่ชาวบ้านที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ดังกล่าวนั้นมานานตั้งแต่ครั้งปู่ย่าตายาย และดำรงชีวิตอยู่ด้วยการรักษาและใช้ประโยชน์จากพื้นที่ป่าซึ่งบรรดาชาวบ้านต่างยึดถือว่าเป็น "ป่าของชุมชน" ก็ยังคงดำรงชีวิตต่อไปตามแบบเดิมโดยการใช้ประโยชน์ควบคู่ไปกับการรักษาพื้นที่อันถือเป็นป่าชุมชนของตนไว้ เช่นนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายเรื่องป่าสงวนแห่งชาติของรัฐ กับคดีเรื่องป่าชุมชนของชาวบ้านนั้นมีลักษณะที่สวนทางกัน เพราะว่า เรื่องป่าสงวนแห่งชาติของรัฐนั้น เป็นเรื่องตามกฎหมายที่รัฐหรือกฎหมายเห็นว่า ควรจะเป็น (ป่าสงวนแห่งชาติ) แต่เรื่องป่าชุมชนตามคตินักชาวบ้านยึดถือนั้นเป็นความเป็นจริง (fact) ที่เป็นอยู่ในสังคม

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นทั้งหมดนี้ จะเห็นว่า เรื่องกฎหมายเปรียบเทียบ เรื่องประวัติศาสตร์กฎหมาย และเรื่องสังคมวิทยาทางกฎหมาย ล้วนแต่เป็นนิติวิธีหรือเป็นแนวทางแต่ละแบบในการคิดวิเคราะห์เพื่อช่วยให้สามารถเข้าใจกฎหมายได้อย่างลึกซึ้งและถี่ถ้วนรอบด้านยิ่งขึ้น ซึ่งผลสุดท้ายก็จะทำให้การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย การสร้างหลักกฎหมาย และการพัฒนากฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องของกฎหมายมหาชน สามารถกระทำได้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับสภาพของสังคมและเป็นประโยชน์กับสังคมได้อย่างแท้จริง