

### หมวด 3

#### ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

(Le système français)

ปัญหาต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความยุติธรรมในทางปกครอง (La justice administrative) นั้น เราพอจำแนกออกได้เป็นสองกลุ่มด้วยกันกล่าวคือ กลุ่มแรก เป็นการเรียกร้องหรือฟ้องร้องว่าคำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ในทางปกครองนั้นเสีย กลุ่มที่สอง เป็นการร้องเรียนหรือฟ้องร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบความเสียหายที่ใดก่อให้เกิดขึ้นแก่เอกชน

ด้วยเหตุนี้ในการศึกษาถึงระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในเชิงเปรียบเทียบนี้ เราจึงจำกัดขอบเขตการศึกษาของเราให้อยู่ในสิ่งที่เป็นหัวใจสำคัญของระบบกฎหมายปกครองของประเทศนี้เท่านั้นกล่าวคือ ศึกษาถึงหลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) (ส่วนที่ 1) และหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (Le principe de responsabilité administrative) (ส่วนที่ 2)

#### ส่วนที่ 1

หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

(Le principe de légalité)

หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) นั้น ถ้าจะให้จำกัดความอย่างสั้นที่สุดก็คือ "การที่ให้ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย" (La soumission de l'administration au droit) นั้นเอง

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมต้องอยู่ใต้หลักบังคับที่ว่า ในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ในทางปกครองจะต้องให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือถ้าจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือว่า

การกระทำในทางปกครองนั้นต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หลักที่ว่า การกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกันก็เป็นหลักประกันเสรีภาพของประชาชน หลักอันนี้เป็นรากฐานแห่งกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เช่นเดียวกับหลักกฎหมายปกครองของไทย แต่ในประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีศาลปกครอง ศาลปกครองได้ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รักษาและบังคับให้เป็นไปตามหลักการนี้อย่างเต็มที่โดยเปิดโอกาสให้ประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองมีการควบคุมฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติตามกฎหมายได้ด้วยวิธีฟ้องฝ่ายปกครองต่อศาลปกครอง เมื่อเห็นว่าเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย

ในทางการเมือง หลักที่ว่า การกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนี้ ทำให้เกิดข้อขัดแย้งขึ้นระหว่างประโยชน์สองฝ่าย ประโยชน์ฝ่ายหนึ่งคือการให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง ซึ่งมักจะทำให้เกิดมีการขยายหลักที่ให้ไปยังกว้างขวางออกไป และประโยชน์อีกฝ่ายหนึ่งที่ขัดแย้งกับประโยชน์ที่กล่าวข้างต้นก็คือ การให้อิสระแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินงาน เพราะในบางกรณีฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับอำนาจอิสระบางอย่างเพื่อดำเนินงานของฝ่ายปกครอง "ให้เหมาะสมกับสถานการณ์" เช่น การให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลยพินิจ (L'opportunité) ได้ตามควรแก่กรณี เป็นต้น ดังนั้น การใช้หลักนี้บังคับแก่ฝ่ายปกครอง จึงจำเป็นต้องมีขอบเขตและข้อยกเว้นบางประการเพื่อรักษาประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายคือ ทั้งฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง และทั้งฝ่ายปกครองดังจะได้อธิบายต่อไป แต่ในขั้นแรกนี้จะได้อธิบายรายละเอียดของหลักที่ว่า "การกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย" เสียก่อนว่ามีสาระสำคัญอย่างไร (บทที่ 1) ต่อจากนั้น จึงจะทำการศึกษาถึงข้อจำกัดของหลักการดังกล่าวนี้ (บทที่ 2)

สาระสำคัญของหลักที่ว่าการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

1. ขอบความทั่วไป

หลักนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่วางระเบียบจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง และกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และที่จริงแล้วหลักนี้มีได้ ชัยบังคับแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น เพราะหลักที่ว่าการกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นแต่เพียงส่วนหนึ่งของหลักทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันในประเทศต่าง ๆ ว่า "กิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย" หรือที่เราเรียกว่า นิติรัฐ (L'Etat de droit) นั้นเอง ซึ่งมีความหมายตรงกันข้ามกับรัฐตำรวจ (L'Etat de police) สำหรับในความหมายของนิติรัฐนั้น หมายถึง การที่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดผูกพันการกระทำของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ในขณะที่รัฐตำรวจนั้น หมายถึงการที่องค์กรต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจของรัฐเหล่านั้นมีอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ก็ได้ตามอำเภอใจ (L'arbitraire) ของตน

ตามหลักนิติรัฐนั้น องค์กรอื่น ๆ ของรัฐไม่เฉพาะแต่ฝ่ายปกครองก็ย่อมต้องอยู่ใต้บังคับแห่งหลักนี้เช่นกัน แต่การใช้หลักนี้บังคับแก่องค์กรอื่นของรัฐ มีข้อแตกต่างกับลักษณะที่ใช้อำนาจบังคับแก่ฝ่ายปกครองกล่าวคือ

สำหรับฝ่ายตุลาการ แม้จะถือว่าผู้พิพากษาต้องปฏิบัติตามหลักนี้อย่างเคร่งครัดก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็มีหน้าที่แต่เพียงใช้กฎหมายปรับแก้คดี และจะต้องพิจารณาคัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายของรัฐ นอกจากนี้ยังมีการควบคุมกันเป็นชั้น ๆ โดยให้มีการอุทธรณ์และฎีกาได้ด้วย

สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้หลักนี้บังคับยอมเป็นไปในลักษณะอีกอย่างหนึ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติ จะต้องบัญญัติกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกฎหมายใด ๆ และมีการควบคุมการออกกฎหมายให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญด้วย ฉะนั้น การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี ในที่นี้จะพิจารณาเฉพาะเรื่องการกระทำในทางปกครอง เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองโดยตรง ส่วนการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหรือของฝ่ายตุลาการนั้น ไม่ได้ว่าเป็นการกระทำในทางปกครอง

หลักที่ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ มีส่วนประกอบที่ต้องพิจารณาสองส่วนด้วยกัน กล่าวคือ ในส่วนแรกคือส่วนที่เป็นสาระสำคัญของหลักนี้ที่เราจะศึกษากันต่อไป แต่ในส่วนที่สองก็คือ ส่วนที่เราควรทำความเข้าใจกันเสียในเบื้องต้น เพราะเรามักจะมองข้ามไปอันได้แก่ การปฏิบัติตามหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งหมายถึงหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายประการหนึ่ง กับหน้าที่ในการเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการเพื่อให้อำนาจใดรับการปฏิบัติตามอีกประการหนึ่ง เพราะการละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวนี้ อาจมีผลให้การกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ๆ เป็นมิชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้เช่นเดียวกัน

ประการแรก หน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย (L'obligation de conformité à la loi) หน้าที่ของฝ่ายปกครองในประการนี้มีลักษณะไปในทางลบ (négatif) คือ หมายความว่ากำหนดแต่เพียงให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ก็ได้ที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือกล่าวโดยทั่วไปก็คือ ในการปฏิบัติหน้าที่ประจำวันของฝ่ายปกครองนั้นต้องเคารพกฎหมายนั่นเอง

เราอาจกล่าวได้ว่าหลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ ในที่นี้หมายถึงการปฏิบัติตามหน้าที่ต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองอย่างถูกต้องนั่นเอง ซึ่งหน้าที่ต่าง ๆ เหล่านี้ ได้แก่ หน้าที่ที่จะเลือกปฏิบัติ (L'obligation de facultés) และหน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำเพราะกฎหมายห้าม (L'obligation d'interdictions) ความจริงหน้าที่เหล่านี้ไม่มี ชัดแต่เฉพาะในกฎหมายปกครองเท่านั้น แต่ในหลักกฎหมายทั่วไปก็อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมักประกอบไปด้วยสิ่ง 3 สิ่งเสมอ คือ หน้าที่ (devoir) อำนาจกระทำการ (pouvoir) และไม่มีอำนาจกระทำ (ne pas pouvoir) ถ้าเราจะต้องกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่ง ถือว่าเป็นหน้าที่ (l'obligation) ถ้าเราสามารถเลือกทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (La faculté) และถ้าเราไม่สามารถกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งถือเป็นข้อห้าม (L'interdiction)

ขอยกตัวอย่างให้เห็นได้ชัดเจนนัยอย่างกรณีของการปฏิบัติตาม "ระเบียบวิธีพิจารณาความซึ่งใช้สำหรับการลงโทษทางวินัยของข้าราชการ" ผู้บังคับบัญชาซึ่งประสงค์จะสั่งลงโทษข้าราชการผู้อยู่ในบังคับบัญชาของตน ย่อมจะต้องพบวาทตามระเบียบวิธีพิจารณาฯ ดังกล่าวนั้น ตนเองมีหน้าที่ 3 ประการคือ ที่จะต้องปฏิบัติ ที่จะเลือกปฏิบัติ และที่ต้องห้ามตามกฎหมาย มิใช่ปฏิบัติ

ข้อแรก ที่ว่าผู้บังคับบัญชาที่มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตาม (L'obligation) นั้น หมายความว่า จะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบวิธีพิจารณาที่ ใช้สำหรับลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการ เช่น การให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ามีความผิดทางวินัยได้มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหา ก่อนที่จะมีการวินิจฉัยสั่งการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้นั้น (กฎหมายฝรั่งเศส) เป็นต้น

ข้อที่สอง หน้าที่ที่จะเลือกปฏิบัติ (La faculté) หมายถึงกรณีเช่นผู้ถูกกล่าวหา โทษทางวินัยนั้น ได้กระทำความผิดจริง ผู้บังคับบัญชาอาจเลือกที่จะไม่ลงโทษก็ได้ด้วยเหตุผลต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้ ผู้บังคับบัญชาก็มีทางเลือกปฏิบัติว่าจะลงโทษหรือไม่ลงโทษ

ข้อสุดท้าย หน้าที่ที่ต้องห้ามตามกฎหมายมีโทษปฏิบัติ (L'interdiction) เช่น ในตัวอย่างข้างต้นนี้ แต่เป็นกรณีที่มีกฎหมายนิรโทษกรรมแก่ข้าราชการผู้ที่กระทำผิดวินัยนั้น สมมติว่า พิสูจน์ได้ว่าข้าราชการผู้นั้นกระทำความผิดจริง แต่ข้าราชการผู้นั้นได้รับนิรโทษกรรมตามกฎหมาย กรณีเช่นนี้ ผู้บังคับบัญชาต้องห้ามตามกฎหมายที่จะสั่งลงโทษข้าราชการผู้นั้นได้ เป็นต้น

ดังนั้น ที่กล่าวว่าฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนั้น จึงมีความหมายตามที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนี้

ประการที่สอง หน้าที่ของการเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการเพื่อให้กฎหมายได้รับการปฏิบัติตาม (L'obligation d'initiative pour assurer la mise en oeuvre de la loi)

หน้าที่ของฝ่ายปกครองประการนี้หมายความว่า การป้องกันหรือหลีกเลี่ยงการที่กฎหมายจะกลายเป็นหมันไป ซึ่งอาจเป็นไปได้ในหลายกรณีด้วยกัน

บ่อยครั้งกฎหมายจะมีผลบังคับใช้ (ในทางบวก) ก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองดำเนินการบางอย่างโดยทางกฎหมาย และโดยทางปฏิบัติการเพื่อทำให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้อย่างแท้จริง ปัญหาที่ว่าฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการต่าง ๆ เหล่านี้ เพื่อให้กฎหมายมีผลบังคับใช้อย่างแท้จริง และไม่เป็นหมันไปเช่นนี้หรือไม่ คำตอบในเรื่องนี้ยังไม่ค่อยแน่ชัดนักในกฎหมายฝรั่งเศส ปัจจุบันและความเห็นของนักกฎหมาย และนักวิชาการก็ยังไม่ลงรอยกัน แต่อย่างไรก็ตาม มีอยู่ 2 กรณีในเรื่องนี้ที่อาจยกมาศึกษากันได้ ณ ที่นี้ คือ

กรณีแรก หน้าที่ของการเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการเพื่อให้กฎหมาย กฎระเบียบและ  
ข้อบังคับต่าง ๆ มีผลบังคับใช้ อย่างแท้จริง

กรณีที่สอง หน้าที่ของการเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษา  
ของศาล

กรณีแรก หน้าที่ของการเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการ เพื่อให้กฎหมายและกฎระเบียบ  
ข้อบังคับต่าง ๆ มีผลบังคับใช้ อย่างแท้จริง

กรณีฝ่ายปกครองอาจกระทำได้ 2 วิธีด้วยกัน วิธีแรกคือ การริเริ่มที่จะปฏิบัติตาม  
เงื่อนไขของการที่จะประกาศใช้กฎหมาย ส่วนวิธีที่สองคือ การริเริ่มเพื่อบังคับการให้เป็นไปตาม  
กฎหมาย

สำหรับการริเริ่มที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขของการประกาศใช้กฎหมาย (Les mesures  
d'application) นั้น คือการดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อให้กฎหมายนั้นได้ประกาศใช้ เช่น  
กรณีของไทย บ่อยครั้งที่กฎหมายเขียนไว้ว่าจะประกาศใช้หรือมีผลบังคับก็ต่อเมื่อได้มีการออกเป็น  
พระราชกฤษฎีกากำหนดรายละเอียดต่าง ๆ อันเป็นเงื่อนไขตามกฎหมายนั้นให้สมบูรณ์ขึ้นเสียก่อน  
จึงจะทำให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ได้ เป็นต้น ดังนั้น ปรากฏที่พระราชกฤษฎีกา ฯลฯ ดังกล่าว  
ยังไม่ออกมา กฎหมายนั้นก็ยังไม่สามารถมีผลบังคับได้ไม่ว่าจะโดยทางกฎหมายหรือโดยทางปฏิบัติ  
ก็ตาม

ซึ่งในเรื่องนี้มีคดีที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยและน่าสนใจที่จะกล่าวถึงในที่นี้  
คือ คดี C.E., Dame Veuve Renard, 1964 ซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎข้อบังคับของฝ่ายปกครอง  
ที่ยังไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งในกรณีนี้เป็นเรื่องการรับเงินบำนาญ ซึ่งกฎข้อบังคับนี้ได้กำหนดตกกลุ่มบุคคล  
ที่มีสิทธิจะได้รับเงินบำนาญจากทางการ แต่ในกฎข้อบังคับนี้เองได้อธิบายให้มีการออกกฎข้อบังคับ  
ขึ้นใหม่ก่อนหนึ่งเพื่อกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ที่บุคคลเหล่านั้นจะได้รับเงินบำนาญ แต่กฎข้อบังคับ  
อันใหม่นี้ไม่เคยตราออกมาเลย การวินิจฉัยปรากฏว่า โจทก์ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิจะได้รับเงินบำนาญ  
จึงไม่เคยได้รับเงินบำนาญเลยแม้แต่สักครั้งเดียว ในเรื่องนี้ ศาลปกครองจึงได้ตัดสินว่า เนื่องจาก  
จากความล่าช้าของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายแก่โจทก์ และถ้า  
จำนวนค่าเสียหายไม่อาจคำนวณได้เพราะฝ่ายปกครองยังไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการคำนวณ

เงินบำนาญไว้ก็ตาม ศาลก็อาจพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายโดยประมาณเอาได้

สำหรับวิธีที่สอง การริเริ่มเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (Les mesures de coercition) นั้น หมายความว่า เพื่อการบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการต่าง ๆ เช่น ฟ้องผู้ที่ฝ่าฝืนเป็นคดีอาญาต่อศาล หรือถ้าเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ฝ่าฝืนกฎหมายก็อาจริเริ่มโดยร้องเรียนตามขั้นตอนของการลงโทษทางวินัยต่อไป เป็นต้น

ในเรื่องนี้ หลักในทางกฎหมายปกครองเป็นเช่นเดียวกับหลักในทางกฎหมายอาญา "ในการใช้ดุลยพินิจว่าจะฟ้องหรือไม่ฟ้อง" ซึ่งหมายความว่า แม้ว่าเราจะแน่ใจว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งกระทำความผิดอาญา เราอาจไม่จำเป็นต้องฟ้องบุคคลนั้นเป็นคดีอาญาต่อศาลก็ได้ ถ้าเราพิจารณาเห็นว่า การฟ้องดังกล่าวถ้ามีขึ้นแล้วจะเป็นการขัดต่อประโยชน์ทั่วไป (L'intérêt général) ของประชาชน

ในเรื่องนี้มีคดีที่น่าสนใจ อยู่คดีหนึ่งของศาลปกครองที่ไม่เป็นไปตามหลักข้างต้น และเราต้องไม่ลืมว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจมาก และคำพิพากษาของศาลก็เป็นที่มาส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั่นเอง และแม้ว่าคดีนี้จะยังไม่ได้รับการยืนยันโดยคดีต่อ ๆ มาก็ตาม แต่ก็เป็นสิ่งที่น่าคิดคือ ในคดี C.E. Doublet 1962 ในเรื่องนั้น โจทก์เป็นเจ้าของบ้านพักตากอากาศริมทะเลแห่งหนึ่งของฝรั่งเศส แต่ได้รับการรบกวนไม่เป็นปกติสุข เนื่องจากมีผู้มาพักหลับนอนใกล้ ๆ บ้านของตนตลอดเวลาที่เรียกกันว่าแบบ Camping โดยไม่มีผู้อนุญาต ในตำบลที่โจทก์อาศัยอยู่นั้นมีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่อง Camping นี้ โดยกำหนดเขต Camping ตลอดจนถึงนโยบายการทำความสะอาด บริเวณที่พักต่าง ๆ ไว้ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ไม่ได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม และตัวนายกเทศมนตรีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดก็ไม่มีผู้ใดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้มีการเคารพกฎหมายในเรื่อง Camping นี้ ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองฝรั่งเศสตัดสินว่าเป็นการบกพร่องของคำ รวบรวมข้อเท็จจริงที่มีหน้าที่โดยตรง และทำให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ จึงต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์

จะเห็นได้ว่าในคดีทั้งสองที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ผู้พิพากษาไม่สามารถบังคับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อให้กฎหมายมีผลบังคับใช้ หรือว่าให้ดำเนินการบังคับเพื่อให้ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่ผู้พิพากษาอย่างน้อยที่สุดก็สามารถตัดสินบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าเสียหายแก่เอกชนได้

กรณีที่สอง เราได้ศึกษาถึงกรณีแรกคือ การริเริ่มเพื่อให้อำนาจกฎหมายมีผลบังคับใช้  
อย่างแท้จริงมาแล้ว สำหรับกรณีที่สองนี้คือ กรณีหน้าที่ของการเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการ เพื่อให้มี  
การปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล

กรณีนี้ไม่ใช่เกิดเฉพาะในประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น แต่เกิดมีอยู่ในแทบทุกประเทศ  
ผู้พิพากษาต่างมีแนวโน้มที่จะติดตามว่ามีกรปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลหรือไม่ ในเรื่องนี้  
มีคดีบรรทัดฐานอยู่ 2 คดี คือ C.E., Rodière, 1925 และ C.E., Veron-Reville  
1949 ซึ่งในคดีเรื่องที่สองนี้เป็นเรื่องที่โจทก์เป็นผู้พิพากษา และถูกสั่งให้ออกจากราชการ แต่  
ต่อมาคำสั่งนั้นได้ถูกเพิกถอนไปแล้ว ศาลปกครองได้ตัดสินว่า ฝ่ายปกครองจะต้องเป็นผู้ริเริ่ม  
ดำเนินการ เพื่อให้ผู้พิพากษานั้นได้กลับเข้ามาทำงานในตำแหน่งเดิมของตนภายในระยะเวลาอัน  
สมควร และในเมื่อระยะเวลาดังกล่าวได้ผ่านพ้นไปแล้ว ฝ่ายปกครองจึงต้องชดเชยค่าเสียหาย  
ให้แก่โจทก์<sup>1</sup>

ตามที่ได้ศึกษามาข้างต้นทั้งหมดนี้ จะเห็นว่าในการที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำของ  
ฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่ขัดด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น เราจำเป็นต้องพิจารณาดังหน้าที่ของฝ่าย  
ปกครองที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการ เพื่อ  
ให้อำนาจกฎหมายได้รับการปฏิบัติตามด้วย เพราะการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหนึ่งผู้ใดละเลยไม่ปฏิบัติ  
หน้าที่ดังกล่าวอย่างถูกต้องก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่มีขัดด้วยกฎหมายได้

## 2. ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Les sources de la légalité)

ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น หมายถึงการที่จะต้องทราบ ว่า "ภาวะที่  
ถูกต้องตามกฎหมาย" (La légalité) นั้นหมายถึงอะไรบางอย่าง ซึ่งเราต้องคำนึงอยู่เสมอ  
ถึงความหมายพิเศษของคำเฉพาะนี้ เมื่อเราพูดถึง "ภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมาย" หรือแม้แต่  
พูดถึงคำว่า "กฎหมาย" ซึ่งมีความหมายพิเศษกว้างกว่าคำว่ากฎหมายในภาษาเทคนิคทาง  
กฎหมายที่หมายเฉพาะแต่เพียงรัฐบัญญัติ (la loi) ซึ่งออกโดยรัฐสภา (ตามมาตรา 34

---

<sup>1</sup> มีข้อสังเกตว่าการกระทำที่มีขัดด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองนั้น อาจทำให้ฝ่าย  
ปกครองต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง แต่ทั้งนี้ก็ไม่ใช่ทุกกรณีไป เพราะบางกรณี  
อาจไม่ต้องรับผิดชอบก็ได้



ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส) คำว่า "กฎหมาย" ที่เราหมายถึงในที่นี้ มีความหมายเป็นเช่นเดียวกับที่เราทราบว่า "บุคคลจะปฏิเสธว่าไม่รู้กฎหมายมิได้" (Nul n'est censé ignorer la loi) นั่นเอง ซึ่งคำว่ากฎหมายมิได้มีความหมายเฉพาะรัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่หมายถึง "สิ่งที่จะรวมกันเป็นภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด" (L'ensemble des sources de la légalité) ซึ่งเราอาจนิยามโดยย่อได้ว่า หมายถึง "กฎหมาย (ในความหมายอย่างกว้าง) และนิติกรรมทางปกครอง (Les actes juridiques) ทั้งปวงที่มีผลบังคับต่อฝ่ายปกครอง"

กฎหมายและนิติกรรมทางปกครองทั้งหมดนี้มีการจัดความสำคัญตามลำดับชั้น หรือที่เราเรียกว่า ระบบชั้นของกฎหมาย (La hiérarchie des règles juridiques) ซึ่งมีสาระสำคัญว่ากฎหมายแต่ละชั้นจะต้องเคารพกฎหมายซึ่งอยู่ในชั้นที่สูงกว่าและขณะเดียวกันก็มีผลบังคับแก่กฎหมายซึ่งอยู่ในชั้นที่ต่ำกว่าด้วย

(1) สิ่งที่จะรวมกันเป็นภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมดนี้อาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภทคือ ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

ก. ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (La légalité écrite)

(ก) บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (Les règles constitutionnelles)

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้มีผลบังคับต่อฝ่ายปกครอง ซึ่งพอจะแยกได้เป็นสองกรณีด้วยกัน คือ

กรณีแรก เมื่อบทบัญญัตินั้นปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมายรัฐธรรมนูญนั่นเอง ผู้พิพากษาศาลปกครองจะเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำในทางปกครอง (L'acte administratif) ซึ่งขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนนั้น แต่การณ์จะไม่เป็นเช่นนั้น ถ้าเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติไปตามกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง และซึ่งกฎหมายนั้นทำหน้าที่เป็นฉากก้ำบังความไม่ถูกต้องของการกระทำในทางปกครองนั้น ๆ จากตัวกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็จะต้องแก้ไขโดยการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการนั้นเสียก่อน

กรณีที่สอง เมื่อบทบัญญัติปรากฏอยู่ในส่วนที่เป็นคำปรารภของรัฐธรรมนูญ (Le Préambule constitutionnel) และปรากฏในลักษณะเสมือนบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีระดับของความชัดเจนพอสมควรในเรื่องนั้น ๆ

มีการถกเถียงกันมาช้านานในหมู่นักกฎหมายและนักวิชาการฝรั่งเศสเกี่ยวกับคำทางกฎหมายของคำปรารภของรัฐธรรมนูญและคำปฏิญญาสิทธิมนุษยชนนี้ (Les Préambules et Déclarations des Droits) ซึ่งในที่สุดก็เป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังการตัดสินของศาลปกครองในคดี C.E. 12 février 1960, Société Eky) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งคำตัดสินของตุลาการรัฐธรรมนูญในคดี CC, 16 juillet 1971 ซึ่งยอมรับจัดให้สิทธิที่จะรวมตัวกันเป็นสมาคม (La liberté d'association) อยู่ในระดับของ "หลักการขั้นพื้นฐานที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายแห่งสาธารณรัฐ" (Le principe fondamental reconnu par les lois de la République) และที่คำปรารภของรัฐธรรมนูญได้กล่าวรับรองในสิทธิเหล่านี้ไว้อย่างเป็นทางการ (cc.23 juillet 1975, Adde)

(ข) สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Les traités internationaux)

ผู้พิพากษาศาลปกครองยอมรับสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ได้รับการให้สัตยาบันและมีการประกาศใช้อย่างถูกต้องแล้ว (C.E., 30 mai 1952, Dame Kirwood) ขอตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบที่ทำให้ง่ายขึ้นโดยเพียงการรับรองของประธานาธิบดีตลอดจนกฎหมายของกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ซึ่งฝรั่งเศสเป็นสมาชิกอยู่ด้วย เหล่านี้ล้วนมีผลบังคับต่อการกระทำในทางปกครองทั้งสิ้น

ในทางตรงกันข้าม ศาลปกครองปฏิเสธที่จะเพิกถอนการกระทำในทางปกครองที่ขัดต่อบทบัญญัติ ข้อใดข้อหนึ่งของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ถ้าหากการกระทำในทางปกครองที่มีปัญหานั้นกระทำไปตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใด ฉบับหนึ่งซึ่งได้ออกภายหลังที่สนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นมีผลบังคับใช้แล้ว (C.E. 19 mars 1968, Syndicat général des Fabricants de Sémoule) แต่ในเรื่องนี้มีข้อที่น่าสังเกตอยู่ว่า ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมตัดสินตรงกันข้ามกับศาลปกครอง โดยให้ความสำคัญแก่สนธิสัญญาระหว่างประเทศมากกว่ากฎหมาย

ภายในที่บัญญัติออกมาภายหลังจากที่สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีผลบังคับแล้ว (Cour de cassation, 24 mai 1975, Adm. de Douanes C/Soc. cafe/s Jacques Vabre)

(ค) รัฐบัญญัติและกฎหมายที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน (La loi et les textes assimilés)

รัฐบัญญัติคือที่มาประการสำคัญของภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมาย (La légalité) นี้ ซึ่งเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติที่บัญญัติขึ้นตามกระบวนการในการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ (และตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดขอบเขตที่จะออกเป็นรัฐบัญญัติได้ไว้ในมาตรา 34) และรัฐบัญญัตินี้มีผลบังคับต่อฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ กฎหมายอื่นที่เราอาจจัดเป็นจำพวกที่คล้ายรัฐบัญญัติ เพราะมีผลเป็นอย่างเดียวกันกับรัฐบัญญัติ อันได้แก่

กรณีแรก คือคำสั่งของประธานาธิบดี โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ และเมื่อคำสั่งนั้น เกี่ยวข้องหรืออยู่ในขอบเขตที่โดยปกติเป็นของรัฐบัญญัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 (CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens, GA No 104)

กรณีที่สอง คือกรณีที่รัฐกำหนด (Les ordonnances) ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ ภายหลังจากที่รัฐสภาได้ให้สัตยาบันแล้ว แต่ถาเป็นรัฐกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้สัตยาบันก็ยังมีผลเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่ตัวของรัฐกำหนดนั้นเอง อาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนได้

(ง) นิติกรรมทางปกครอง (Les actes administratifs)

นิติกรรมทางปกครองก็นับเป็นส่วนหนึ่งของ "ภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมาย" เช่นเดียวกัน แม้ว่าจะ เป็นฝ่ายปกครองนั่นเองที่เป็นผู้กระทำนิติกรรมทางปกครองนั้น ซึ่งที่สำคัญมากได้แก่ ข้อบังคับ (Les règlements) ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการทั่วไปไม่มีผลบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง (Les règles générales et impersonnelles)

ข. ที่มีใ้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (La légalité non écrite)

(ก) ประเพณีปฏิบัติ (La coutume)

ประเพณีปฏิบัติ คือการกระทำที่ตามประเพณีถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องกระทำ (obligatoire) ซึ่งแตกต่างจากการกระทำในทางปฏิบัติของฝ่ายปกครองแ่จะกระทำเหมือน ๆ หรือซ้ำ ๆ กันทุกวัน ก็ไม่ก่อให้เกิดกลายเป็นสิ่งที่ต้องกระทำขึ้นมาได้ แต่อย่างไรก็ตาม ประเพณีปฏิบัตินี้มีบทบาทน้อยมากในกฎหมายปกครอง

(ข) กฎหมายที่มีกำเนิดจากคำพิพากษาของศาล

กฎหมายที่มีกำเนิดจากคำพิพากษษของศาลนั้น มีบทบาทที่สำคัญมากอย่างยิ่ง

ในกรณีแรก คำพิพากษาของศาลที่เป็นที่สุดแล้ว (La chose jugée) เป็นที่มาประการหนึ่งของ "ภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมาย" เช่นเดียวกับรัฐบัญญัติและข้อบังคับต่าง ๆ (CE, 8 juillet 1904, Botta, GA. No 14)

กรณีที่สอง หลักกฎหมายทั่วไป (Les principes généraux du droit)

ผู้พิพากษาศาลปกครองมักจะปฏิเสธที่จะยอมรับว่าตนเองเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้น แต่การที่ผู้พิพากษานำเอาหลักดังกล่าวมาปรับใช้ก็เป็นการทำให้มันมีผลทางกฎหมายนั่นเอง หรือเราอาจกล่าวได้ว่า ถึงแม้ผู้พิพากษาศาลปกครองจะไม่ใช้ผู้ก่อกำเนิด แต่ก็เป็นผู้ให้กำเนิดแก่หลักกฎหมายทั่วไปนั่นเอง และหลักนั้นนับว่าเป็นส่วนสำคัญของ "ภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมาย" เลยทีเดียว

- ข้อแรก เพราะการละเมิดต่อหลักกฎหมายทั่วไปนี้มีผลเช่นเดียวกับรัฐบัญญัติ กล่าวคือ ศาลจะสั่งเพิกถอนการกระทำในทางปกครองที่ไม่ถูกต้องเหล่านั้น,

- ข้อสอง เนื่องจากโดยสภาพของหลักกฎหมายทั่วไปนี้มีขอบเขตของการบังคับใช้ที่กว้างขวางมากต่อการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง เช่น หลักของความเสมอภาค (Principe d'égalité) ซึ่งปรากฏออกมาในหลายรูปแบบ (ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย, ต่อการให้บริการสาธารณะ, ความเสมอภาคในการรับเงินเดือนของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกลุ่ม

เดียวกัน และอยู่ในระดับเดียวกัน ฯลฯ เป็นต้น) หลักเกี่ยวกับความเป็นอิสระหรือเสรีภาพของ  
มหาชน และสิทธิส่วนบุคคล (principe consacrant les libertés publiques et  
les droits individuels) หลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง (principe  
de non-rétroactivité des actes administratifs) หลักที่จะต้องเคารพสิทธิของ  
บุคคลที่จะมีโอกาสแก้ข้อกล่าวหาของตน (principe du respect des droits de la  
défense) ซึ่งหลักนี้ใช้บังคับแก่ทุกกรณีที่มีการพิจารณาเกี่ยวกับตัวบุคคลหรือความประพฤติของ  
บุคคล ฯลฯ เป็นต้น

คำในทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปนั้น มีดังต่อไปนี้

ข้อแรก หลักกฎหมายทั่วไปบางข้อ "ได้รับการยอมรับเป็นหลักการพื้นฐาน ซึ่งบัญญัติ  
ไว้ในกฎหมายแห่งสาธารณรัฐ และได้รับการยืนยันอย่างเป็นทางการจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญ"  
(T.c.16 juillet 1971) จึงมีค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญ และมีผลแม้กระทั่งต่อฝ่ายนิติบัญญัติ  
เองด้วย

ข้อที่สอง หลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีค่า "ต่ำกว่า-นิติบัญญัติ" แต่ "สูงกว่า-บัญญัติทาง  
ศาสนา" (R. Chapus) หลักกฎหมายทั่วไปนี้อาจถูกทำให้ไม่มีผลบังคับใช้โดยการตรารัฐบัญญัติ  
ในทางที่ขัดกับหลักดังกล่าวนี้ออกมาอย่างชัดเจน (CE, 17 jevrier 1950, Dame Lamotte,  
GA No 78)

แต่ตรงกันข้าม หลักกฎหมายทั่วไปนี้มีผลบังคับต่อฝ่ายปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ทาง  
ปกครองไม่สามารถขอยกเว้นจากหลักนี้ได้ (CE, 26 juin 1959, Synd. gen. des  
Ingénieurs-Conseils, GA No 100)

- ไม่ว่าจะ เป็นในกรณีของการใช้อำนาจออกข้อบังคับ "แบบปกติ"  
(pouvoir réglementaire ordinaire) ซึ่งออกตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้โดยทั่วไป  
- และที่สำคัญไม่ว่าจะเป็นในกรณีของการใช้อำนาจออกข้อบังคับเอกเทศ (Le  
pouvoir réglementaire autonome) ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 37 แห่ง  
รัฐธรรมนูญก็ตาม (CE, 28 oct. 1960, Martial de Laboulaye)

และผลจะเป็นอย่างเดียวกันสำหรับในกรณีดังต่อไปนี้ คือ

- รัฐกำหนด (Les ordonnances) ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญ (CE, 24 nov. 1961, Fed. nat. des Syndicats de Police);
- วิธีการต่าง ๆ หรือคำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ ที่โดยสภาพของคำสั่งมีลักษณะเป็นข้อบังคับ (CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens);
- รัฐกำหนด (Les ordonnances) ที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายลงประชามติ (la loi référendaire) (CE, 19 oct. 1962, Canal, GA No 105)

ข้อที่สาม กฎเกณฑ์ (Les règles) บางประการนั้น แมว่าในบางครั้งจะใช้คำว่า หลักการ (Le principe) และมีผลบังคับได้โดยไม่ต้องมีเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม (เช่น "กฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา" เป็นต้น) มีผลหรือคำในทางกฎหมายแต่เพียงเป็นการ "ตีความหรือขยายความ" เพิ่มเติมเท่านั้น และเราอาจยกเลิกได้โดยการออกกฎหมายมาขัดหรือแย้งกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้ ๆ จึงไม่ใช่สิ่งที่เราจะเรียกว่า "หลักกฎหมายทั่วไป" ได้

## (2) ระบบชั้นของกฎหมาย (La hiérarchie des normes de référence)

ตามที่ไดกล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น กฎหมายประเภทต่าง ๆ นั้นมีอำนาจบังคับแห่งกฎหมายไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น จึงมีการแบ่งชั้นกฎหมาย และจัดระบบชั้นกฎหมายซึ่งมีสาระสำคัญว่า กฎหมายแต่ละชั้นจะต้องเคารพกฎหมายซึ่งอยู่ในชั้นที่สูงกว่า และขณะเดียวกันก็มีผลบังคับแก่กฎหมายซึ่งอยู่ในชั้นต่ำกว่า ดังนั้น ผู้มีอำนาจออกกฎหมายจึงจำต้องทราบวากฎหมายข้อบังคับระเบียบหรือคำสั่ง ฯลฯ ของตนนั้น มีค่าทางกฎหมายอยู่ในระดับใด เพื่อจะได้ไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นที่มีค่าทางกฎหมายในระดับที่สูงกว่าด้วย

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) ก่อให้เกิดการจัดระเบียบของกฎหมายในลักษณะปิรามิด หรือเป็นระบบชั้น และระบบชั้นของกฎหมายนี้ตามกฎหมายฝรั่งเศสแต่ดั้งเดิมมายึดถือตามระดับขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่ออกกฎหมายนั้นเป็นหลักว่าอยู่ในระดับใด กล่าวคือ โดยหลักแล้วยึดถือการแบ่งชั้นกฎหมายโดยอาศัยเกณฑ์แบบพิธี (la base be critère formels) ซึ่งก็หมายความว่าคุณสมบัติของผู้ออกกฎหมายนั่นเองที่จะเป็นเครื่องตัดสินว่านิติกรรมทางปกครองนั้นอยู่ในระดับใดของระบบชั้นกฎหมาย ซึ่งมีระดับจากสูงส่งลงไปยัง

ต่ำสุดคงต่อไปก็คือ ในระดับสูงสุดใดแก่ รัฐธรรมนูญ รองลงมาใดแก่ รัฐบัญญัติ ขอบบังคับ และ  
ตัวขอบบังคับเองก็ยังมีระบบชั้นของมันเอง ไต่แก่ ขอบบังคับของประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี,  
ขอบบังคับของรัฐมนตรี, ขอบบังคับของผู้วาระราชการจังหวัด, ขอบบังคับของนายกเทศมนตรี,  
นอกจากนี้ ในบางกรณีการจักระบบชั้นของกฎหมายยังต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรี (la solennité)  
ของแบบพิธีและกระบวนการหรือชั้นตอนในการออกกฎหมายนั้นด้วย ในการจักระบบชั้นของขอบบังคับ  
บางอย่างในกรณีนี้ เช่น จัดให้ขอบบังคับเอกเทศที่ออกตามความในมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญ  
(Les règlements autonomes) อยู่ในระดับสูงกว่าขอบบังคับรัฐประศาสน์ (Les règlements  
d'administration publique) และรองลงมาใดแก่ กฎฎีกาที่ออกโดยผ่านความเห็นชอบของ  
สภาแห่งรัฐ (Les décrets en Conseil d'Etat) และกฎฎีกาธรรมดา (Les décrets  
simples) ตามลำดับ เป็นต้น แต่ปัญหาอาจเกิดขึ้นในกรณีที่จะต้องตัดสินหรือวินิจฉัยว่าคำสั่งที่  
มีผลบังคับเฉพาะราย (La décision individuelle) ของผู้มีอำนาจออกกฎหมายขอบบังคับที่อยู่ใน  
ระดับสูง จะขัดต่อคำสั่งที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (La décision réglementaire) ของ  
เจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในระดับที่ต่ำกว่าใดหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้ เราวินิจฉัยได้โดยอาศัยสังเกต  
จากเนื้อหา (Le critère matériel) เป็นเกณฑ์กล่าวคือ คำสั่งที่มีผลบังคับเฉพาะราย  
จะไปขัดต่อขอบบังคับที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปไม่ได้ แม้ว่าจะเป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในระดับสูงก็ขัด  
ต่อขอบบังคับอันมีลักษณะเป็นการทั่วไปที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ในระดับต่ำกว่าไม่ได้

อย่างไรก็ตาม เท่าที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนี้ เป็นการจักระบบชั้นของกฎหมายตาม  
ระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีมาแต่เดิม แต่ภายหลังที่ได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 1958  
ของสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสที่มีผลบังคับไป อยู่ในปัจจุบันนั้น ได้มีการกำหนดขอบเขตตลอดจน  
ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติกับขอบบังคับที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งมีผลกระทบกระเทือนถึงระบบ  
กฎหมายปกครองฝรั่งเศสในเรื่องนี้บางประการดังต่อไปนี้

แต่เดิมมาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสมัยที่ฝรั่งเศสใช้รัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ในปี ค.ศ.  
1875 หรือในฉบับที่ผ่านมา ปี ค.ศ. 1946 นั้น ขอบบังคับทั้งหลายซึ่งรัฐบาลตราขึ้นยกเว้น  
รัฐกำหนด (Le décret-loi) ซึ่งรัฐสภาได้ให้สัตยาบันแล้วนั้น จะขัดหรือแย้งกับรัฐบัญญัติ  
ไม่ได้ ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีอำนาจเพิกถอนขอบบังคับใด ๆ ที่มีลักษณะดังกล่าวได้ แต่  
รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1958 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้ได้รับรองว่า ขอบบังคับเอกเทศ

(Les règlements autonomes) ซึ่งรัฐบาลอาจตราขึ้นได้เอง โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญนั้น เป็นอิสระจากรัฐบัญญัติและอาจแก้ไข เปลี่ยนแปลง รัฐบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องได้ ดังนั้น ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจเพิกถอนข้อบังคับ เอกเทศซึ่งขัดหรือแย้งกับรัฐบัญญัติอีกต่อไป

อย่างไรก็ตาม มีข้อที่น่าสังเกตอยู่ว่า รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันยังคงถือว่า รัฐบัญญัติเป็นการกระทำที่สูงที่สุดอยู่ แม้ว่าในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้จะได้กำหนดขอบเขตที่จะตราเป็น รัฐบัญญัติไว้ในมาตรา 34 ก็ตาม แต่ที่กล่าวไว้ว่า "เป็นการกระทำสูงสุด" นั้นหมายความว่า ไม่มีองค์กรใดรวมทั้งศาลที่จะมีอำนาจโต้แย้งถึงความสมบูรณ์ของรัฐบัญญัติได้ กล่าวคือ แมตุลาการ รัฐธรรมนูญจะมีอำนาจวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติใดไม่ถูกต้องหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ก็ไม่มีอำนาจเพิกถอนรัฐบัญญัติที่มีปัญหานี้ เพราะตามรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1958 นั้น กำหนด การวินิจฉัยความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเป็น 2 กรณีด้วยกันกล่าวคือ กรณีแรก เป็นการ ป้องกันมิให้มีการตรา รัฐบัญญัติซึ่งไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีที่สองนั้น การวินิจฉัยของ ตุลาการรัฐธรรมนูญว่า รัฐบัญญัติใดขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นมีผลเพียงให้รัฐบาลตราเป็นกฤษฎีกาออกมา เพื่อทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไข รัฐบัญญัตินั้นได้เท่านั้น ทั้งนี้ โดยไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ ของตัวรัฐบัญญัตินั้น ซึ่งก็หมายความว่า รัฐบัญญัตินั้นยังคงมีผลใช้บังคับโดยสมบูรณ์อยู่จนกว่ารัฐบาลจะ ตรา กฤษฎีกาแก้ไข เปลี่ยนแปลง รัฐบัญญัติ หรือ ตรา กฤษฎีกา เพื่อ ใช้แทน รัฐบัญญัตินั้น และไม่เป็นการตัดสิทธิ ที่รัฐสภาจะออกกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขกฎหมายเดิม ซึ่งต่างกับข้อบังคับซึ่งเมื่อศาลปกครองเพิกถอน ข้อบังคับใดแล้ว ข้อบังคับนั้นไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสยังคงกำหนดให้ รัฐบัญญัติซึ่งออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติยังคงเป็นการกระทำ สูงสุด อยู่เมื่อเทียบกับข้อบังคับซึ่งเป็นการกระทำ ของฝ่ายปกครอง

จากที่กล่าวมาข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่าสภาพของระบบชั้นกฎหมายในฝรั่งเศสได้เปลี่ยนแปลงไปจากระบบเดิมที่เป็นลักษณะปิรามิดคือ มีกฎหมายสูงสุดกฎหมายเดียวแล้วกระจายระดับลง มายังฐานกลางตามลำดับนั้น ได้กลายเป็นระบบชั้นของกฎหมายแบบคู่กันไปเสียแล้ว โดยในความเห็น ของศาสตราจารย์ J.M. Auby ได้จัดเรียงลำดับของระบบชั้นกฎหมายแบบคู่ (La présentation dualiste de la hiérarchie des règles de droit) ว่ามีลักษณะเรียงจากระดับสูงไปยังระดับต่ำ และในแต่ละสายเทียบเคียงกันได้ดังต่อไปนี้



ในขอบเขตของรัฐบัญญัติ

ในขอบเขตของข้อบังคับ

(Domaine de la loi, article 34)

(Domaine du règlements, article 37)

- รัฐธรรมนูญ (Constitution)

- รัฐธรรมนูญ

- หลักการพื้นฐาน (Principes fondamentaux)

- หลักการพื้นฐาน

- รัฐบัญญัติ (lois art,34)

- หลักกฎหมายทั่วไป (Principes généraux du droit)

- หลักกฎหมายทั่วไป

- ข้อบังคับในทางปกครองที่ออกเพื่อกำเนินการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ (Règlements administratifs pris pour l'exécution des lois)

- ข้อบังคับเอกเทศ ตามมาตรา 37

- ข้อบังคับที่ออกมาเพื่อกำเนินการให้เป็นไปตามข้อบังคับก่อน ๆ (Règlements pris pour l'exécution des précédents)

- ข้อบังคับที่ออกมาเพื่อกำเนินการให้เป็นไปตามข้อบังคับก่อน ๆ

- นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะต่าง ๆ (Actes particuliers)

- นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะต่าง ๆ

3. การลงโทษหรือการควบคุมการกระทำในทางปกครองที่มีขอบด้วยกฎหมาย (La sanction de l'illegalité)

เมื่อมีการกระทำในทางปกครองใด ๆ ขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมายตามที่กล่าวมาข้างต้น (และที่จะกล่าวต่อไปในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของหลักนี้) นั้นๆ ก็มีการลงโทษการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้น ซึ่งกระทำได้โดยวิธีการควบคุมว่าการกระทำในทางปกครองนั้น ๆ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

สำหรับวิธีการควบคุมการกระทำในทางปกครองนั้น ที่จริงแล้วอาจกระทำได้หลายวิธีด้วยกัน กล่าวคือ

(1) เป็นการควบคุมภายในของฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ซึ่งเป็นกรณีที่เราได้ศึกษากันมาอย่างละเอียดแล้วในหมวด 2 นั้นเอง คือการใช้อำนาจบังคับบัญชา (Le pouvoir hiérarchique) มาใช้เป็นหลักในการควบคุม เช่น การมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบต่าง ๆ และโดยวิธีการเปิดโอกาสให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนสามารถที่จะอุทธรณ์คำสั่งหรือการดำเนินการที่ตนเองเห็นว่าไม่ถูกต้องนั้นไปยังตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งนั้นเอง (Les recours gracieux) หรืออุทธรณ์ไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งที่มีปัญหานั้น (Les recours hiérarchiques) เพื่อให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเพิกถอนคำสั่งที่มีปัญหานั้น

(2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกซึ่งมีหลายวิธีด้วยกัน คือ

ก. การควบคุมโดยศาลปกครอง (Le contrôle juridictionnel)  
แม้ว่าผู้พิพากษาศาลปกครองโดยลักษณะโครงสร้างขององค์กรแล้วจะจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารก็ตาม แต่การที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้มีวิวัฒนาการไปในทางที่ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดี ตลอดจนมีความเชี่ยวชาญในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีปกครองอย่างที่เราเคยศึกษามาแล้วตามหลักของการแบ่งแยกหน้าที่ (La séparation des fonctions) ออกจากเจ้าหน้าที่ในทางปกครองฝ่ายปฏิบัติการ จึงทำให้ศาลปกครองนี้จัดได้ว่าเป็นองค์กรภายนอกที่คอยควบคุมฝ่ายปกครองได้เช่นเดียวกัน

ข. การควบคุมโดยทางการเมือง (Le contrôle politique)  
การควบคุมการกระทำในทางปกครองที่มีขอบข่ายกฎหมายในทางการเมืองนี้อาจกระทำโดยอาศัยความกดดันในทางการเมืองต่าง ๆ (มติมหาชน, หนังสือพิมพ์, กลุ่มพลังทางการเมืองต่าง ๆ) หรือโดยการแทรกแซงโดยตรงจากรัฐสภา หรือคณะรัฐมนตรีเองก็ได้

ค. การควบคุมแบบใหม่ โดยองค์กรที่มีความเป็นอิสระ เช่น ในกรณีออมบุดส์แมน (Ombudsman) ของประเทศต่าง ๆ ในกลุ่มสแกนดิเนเวีย หรือคณะกรรมการรัฐสภาสำหรับกิจการในทางปกครองของอังกฤษ และแม้แต่ในฝรั่งเศสก็มีองค์กรที่เรียกชื่อว่า Le médiateur เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตที่เราจะศึกษากันนี้ ในวิชากฎหมายปกครอง นี้ จะขอลาวเฉพาะการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในทางกฎหมายโดยศาลปกครองโดยสังเขปเท่านั้น<sup>1</sup>

#### การควบคุมการกระทำในทางปกครองโดยศาลปกครอง

การควบคุมการกระทำในทางปกครองโดยศาลปกครองเป็นการดำเนินการบังคับในกรณีที่มีการกระทำในทางปกครองที่มีข้อขัดแย้งกฎหมายเกิดขึ้น โดยการฟ้องร้องคดีต่อศาล และศาลเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำในทางปกครองนั้น เป็นการกระทำที่ขัดแย้งกฎหมายหรือไม่ ซึ่งการควบคุมในทางศาลนี้มีลักษณะแตกต่างจากการควบคุมอันเป็นการภายในของฝ่ายปกครองด้วยกันเอง<sup>2</sup> หลายประการ คือ

1. การควบคุมในทางศาลนั้น ศาลไมอาจที่จะหยิบยกคดีขึ้นพิจารณาเองได้ แต่ต้องมีเอกชนเป็นผู้ฟ้องร้องคดีขึ้นมาเสียก่อน ศาลจึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ แต่การควบคุมในทางปกครองนั้นอาจจะมีการร้องเรียนผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นโดยเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองหรือเอกชนอาจร้องเรียนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้กระทำการนั้นเอง เพื่อขอให้พิจารณาใหม่ได้ และนอกจากกรณีเอกชนเป็นผู้ร้องเรียนขึ้นมาแล้ว ฝ่ายปกครองอาจยกเรื่องขึ้นมาพิจารณาเองโดยไม่มีผู้ใดร้องเรียนก็ได้

2. การควบคุมในทางศาลนั้นเป็นการพิจารณาชี้ขาดตามกฎหมาย ศาลจะมีอำนาจชี้ขาดและบังคับได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีการกระทำอันมีข้อขัดแย้งกฎหมาย และจะสั่งเพิกถอนได้แต่เฉพาะการกระทำที่มีข้อขัดแย้งกฎหมายเท่านั้น แต่การควบคุมในทางปกครองนั้น ถึงแม้ว่าจะไม่ใช่กรณีที่มีการกระทำอันมีข้อขัดแย้งกฎหมาย แต่เป็นการกระทำที่ไม่สมควรหรือไม่ตรงต่อนโยบายของรัฐบาล ฝ่ายปกครองก็ย่อมเพิกถอนหรือระงับการกระทำนั้นเสียได้

3. การควบคุมในทางศาล ศาลก็ได้แต่สั่งเพิกถอนการกระทำที่มีข้อขัดแย้งกฎหมายเท่านั้น แต่การควบคุมในทางปกครองฝ่ายปกครองไม่เพียงแต่จะสั่งเพิกถอนได้เท่านั้น แต่ยังสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขการกระทำนั้นได้ด้วยโดยมิต้องสั่งเพิกถอนก็ได้

<sup>1</sup> สำหรับการควบคุมโดยฝ่ายปกครองด้วยกันเองขอให้ดูในหมวด 2, *Supra*.

<sup>2</sup> *Voir supra*.

4. การควบคุมในทางปกครองไม่ต้องมีแบบพิธีที่จะต้องปฏิบัติมากเท่าใดนัก นอกจากบางกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการยื่นอุทธรณ์ไว้ แต่การควบคุมในทางศาลต้องกระทำให้ถูกต้องตามประมวลวิธีพิจารณา

5. สำหรับศาลเมื่อมีผู้ฟ้องคดีขึ้นมา ศาลก็มีหน้าที่ต้องพิจารณาคัดสิน แต่ฝ่ายปกครองไม่ถูกผูกพันเช่นนั้น โดยอาจจะนิ่งเฉยเสียก็ได้ แต่อย่างไรก็ดี ในบางกรณีกฎหมายให้ถือว่า การที่ฝ่ายปกครองนิ่งเฉยเสียนั้นเป็นการปฏิเสธไม่รับพิจารณาเมื่อผ่านพ้นระยะเวลาอันใดอันหนึ่งที่กำหนดไว้นั้นแต่มีการร้องเรียน

6. คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองไม่มีผลบังคับเหมือนกับคำพิพากษาของศาลกล่าวคือ เมื่อคดีถึงที่สุดโดยศาลได้พิจารณาพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้วก็จะยกคดีขึ้นฟ้องร้องอีกมิได้ (L'autorité de la chose jugée) แต่คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองนั้นถ้าเอกชนไม่พอใจก็จะฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้อีก เว้นแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติว่า คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองให้เป็นที่สุดท้ายก็ไมอาจนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลได้อีก

ตามที่กล่าวมาข้างต้นนี้ย่อมเห็นได้ชัดว่าการควบคุมในทางปกครองกับการควบคุมในทางศาลนั้นมีข้อแตกต่างกันมาก แต่วิธีควบคุมทั้งสองอย่างนี้มีได้ชัดกันแต่อย่างไรดี เพราะอาจกระทำแยกกันโดยผู้ที่เดือดร้อนจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง อาจเลือกฟ้องร้องเองทางใดทางหนึ่งก็ได้ หรือทั้งสองทางประกอบกันก็ได้ เนื่องจากในบางครั้งกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองเสียก่อน จึงจะนำมาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ เป็นต้น

สำหรับการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองเพื่อบังคับให้การกระทำของฝ่ายปกครองเป็นไปตามหลักของความชอบด้วยกฎหมายนั้นได้แก่ การที่เอกชนร้องขอต่อศาลให้สั่งเพิกถอนคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยอ้างว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการร้องขอให้ศาลวินิจฉัยในข้อกฎหมายว่าคำสั่ง, คำวินิจฉัย, การกระทำในทางปกครองหรือคำพิพากษาของศาลปกครองนั้นขัดต่อกฎหมาย ขอให้สั่งเพิกถอนเสีย คดีเช่นว่านี้ โจทก์มิได้มุ่งหมายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายแต่อย่างไรดี แต่เป็นคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ตามกฎหมายของคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือการกระทำในทางปกครองในคดีประเภทขอให้สั่งเพิกถอนนี้ คดีที่มีความสำคัญที่สุดได้แก่ คดีที่ฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (Le recours pour excès de pouvoir) เพื่อขอให้สั่งเพิกถอนคำสั่งและการกระทำของ

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การให้สิทธิเอกชนฟ้องคดีเช่นว่านี้ เป็นวิธีการที่สำคัญอันหนึ่งที่เกิดขึ้นในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งเปิดโอกาสให้เอกชนร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก่อนที่จะเกิดมีวิธีนี้ เอกชนได้แต่ร้องต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้กระทำการนั้นเอง หรือร้องต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่คนนั้นให้พิจารณาคำสั่ง หรือการกระทำนั้นอีกครั้งหนึ่ง แต่วิธีนี้ไม่สู้จะให้หลักประกันแก่ผู้ร้องมากนัก แต่เมื่อได้ให้สิทธิแก่เอกชนที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เช่นนี้ย่อมทำให้เอกชนได้รับหลักประกันดียิ่งขึ้น และปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยและสั่งเพิกถอนคำสั่งและการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเสียเป็นอันมาก เท่ากับเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองให้ฝ่ายปกครองกระทำการภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย

การฟ้องขอให้เพิกถอนเนื่องจากกระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (Le recours pour excès de pouvoir)

การฟ้องขอให้เพิกถอนเนื่องจากกระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่นี้ คือคดีปกครองที่มีจุดประสงค์ที่จะให้ทำการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอันใด อันหนึ่งที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง ดังนั้น จึงแตกต่างจากการอุทธรณ์คำสั่งเป็นการภายในของฝ่ายปกครองด้วยกันเองตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เพราะการฟ้องเป็นคดีปกครอง กรณีนี้จะไม่เข้าไปพิจารณาถึงปัญหาการใช้ดุลยพินิจว่าถูกต้องหรือเหมาะสมหรือไม่ แต่จะมีสาระสำคัญคือ การให้ฝ่ายปกครองเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายเป็นหลัก

การที่จะฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นแล้วว่าอาจกระทำได้โดยวิธีอื่น เพราะว่ามีกรณีอื่น ๆ เช่นกันที่เขียนไว้ในกฎหมายโดยชัดเจนว่าถ้ามีการกระทำที่มีชอบแล้วก็ให้ฟ้องขอให้เพิกถอนได้ (divers recours en annulation) ในเรื่องนั้น ๆ แต่การฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวเหล่านั้นมีผลเฉพาะเรื่องเฉพาะราย จึงไม่มีผลต่อการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปในชีวิตประจำวันที่ต้องสัมผัสกับประชาชนอย่างมากมายได้ ซึ่งตรงกันข้ามการฟ้องเพิกถอนเพราะกระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่นี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นการฟ้องร้องที่กระทำต่อคำสั่งหรือการดำเนินการในทางปกครองได้ทุกประเภทเป็นการทั่วไป ดังนั้น จึงมีผลที่กว้างขวางมากต่อการควบคุมการ

กระทำของฝ่ายปกครองเพื่อให้อยู่ในกรอบของความชอบด้วยกฎหมายตามที่ตกลงมาแล้วข้างตน  
นั่นเอง

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

เหตุฟ้องการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่นั้นคือ เรื่องที่เกี่ยวกับเหตุต่าง ๆ ที่  
จะฟ้องการกระทำหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายในหลายรูปแบบต่าง ๆ กันที่สามารถทำให้การ  
กระทำในทางปกครองต้องถูกฟ้องได้ ซึ่งสามารถจำแนกออกได้เป็น 4 ประการด้วยกัน  
ดังต่อไปนี้ คือ

#### 1. ความไม่มีอำนาจ (L'incompétence)

ความไม่มีอำนาจ คือกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำการนั้นไม่มีอำนาจที่จะ  
ทำได้ตามกฎหมาย เช่น กิจการไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น หรือมีการใช้อำนาจหน้าที่  
นอกเขตอำนาจของตน

ความไม่มีอำนาจนี้เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายที่ร้ายแรงมาก ซึ่งเป็นกรณีที่  
กระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลเห็นเองได้โดยไม่ต้องถูกหยิบยก  
เป็นประเด็นขึ้นมาในคดี แต่ความไม่มีอำนาจนี้เป็นความผิดที่ร้ายแรงมากน้อยต่างกันขึ้นอยู่กับว่า  
เป็นเพียงการเข้าไปก้าวกายในอำนาจหน้าที่ของบุคคลอื่น หรือว่าเป็นการถึงขั้นยึดอำนาจ เพราะ  
ผู้กระทำการไม่ใช่แม้แต่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยซ้ำไป

แต่เหตุฟ้องกรณีนี้มีขอบเขตจำกัด ที่สำคัญอยู่ 2 กรณี กรณีแรกเป็นเรื่องของ  
ทฤษฎีของการเป็นเจ้าหน้าที่โดยทางพฤตินัย (La théorie des autorités de fait)  
และกรณีที่สอง เป็นกรณีของอำนาจที่ถูกผูกพัน<sup>1</sup> (La compétence liée) ซึ่งในกรณีเช่นว่านี้  
ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำการนั้นจะเป็นผู้ใดก็ตามก็ต้องปฏิบัติตามนั้นอยู่ดี ไม่มีทางที่จะกระทำการ  
ให้เป็นอย่างอื่นได้ ในทั้งสองกรณีนี้ก็ต้องจ้ดรับการยกเว้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจตาม  
ความหมายของกรณีฟ้องนี้ได้

<sup>1</sup> Voir infra. .

2. การกระทำผิดแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ (Le vice de forme) หมายถึง กรณีที่มีการละเลยหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามแบบ และกระบวนพิจารณาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับ นิติกรรมในทางปกครองนั้น ๆ

แบบที่กล่าวมานี้เราจำต้องแยกแบบที่เป็นสาระสำคัญกับแบบที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญ และ เฉพาะแบบที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครองนี้เท่านั้นที่ในตัวของมันเองสามารถทำให้ นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวถูกเพิกถอนได้ ส่วนอย่างไรเป็นแบบที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ของ นิติกรรมทางปกครองนั้น จำต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป

สำหรับขอบเขตของการกระทำผิดแบบนี้ เนื่องจากกรณีนี้ไม่ร้ายแรงเท่ากับกรณีความ ไม่มีอำนาจ ดังนั้น ในบางกรณีจึงอาจทำการแก้ไขได้ก่อนเพราะไม่ร้ายแรงเป็นเรื่องเล็กน้อย และ ในบางกรณีก็ไม่ถึงขั้นที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้ เช่น แบบที่ไม่สามารถปฏิบัติ ตามได้ หรือแบบที่มีไว้เพื่อประโยชน์ของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ ฯลฯ เป็นต้น

### 3. การใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ (Le détournement de pouvoir)

การใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบนี้หมายถึง กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจ หน้าที่ของเขาอย่างจริงจังเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ (Le but) อย่างอื่น แตกต่างไป จากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ได้ให้อำนาจเขาไว้นั้น ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจ หน้าที่ตามที่ตนเองมีอยู่ตามตัวกฎหมาย แต่กระทำไปเพราะมีความมุ่งหมายอย่างอื่นที่มี ี่ความ มุ่งหมายที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้รับมอบอำนาจหน้าที่ให้ ี่นั่นเอง

กรณีที่จะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบนี้ก็มี เช่น

- ละเมิดวัตถุประสงค์ประโยชน์ทั่วไป (L'interêt général) ของประชาชน ซึ่งวัตถุประสงค์นี้มีอยู่กับการใช้อำนาจในทุกกรณี การที่ละเมิดวัตถุประสงค์ทั่วไปนี้ได้แก่กรณีเช่น เจ้าหน้าที่ในทางปกครองกระทำการโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการส่วนตัวหรือในทางการ เมืองของตน เป็นต้น

- ละเมิดวัตถุประสงค์เฉพาะกรณี ซึ่งเป็นการที่กฎหมายกำหนดวัตถุประสงค์ของการ ใช้อำนาจหน้าที่ตำรวจไว้เพื่อประโยชน์ทางการเงิน กรณีเช่นนี้จะใช้อำนาจหน้าที่ของตำรวจเพื่อ จุดประสงค์อื่นที่ไม่เกี่ยวกับการเงินไม่ได้ เป็นต้น

- เป็นการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณา (Le détournement de procédure) กรณีนี้จัดเป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน

แต่การที่จะฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอันมีสาเหตุมาจากการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบนี้ก็มีขอบเขตจำกัดในหลายกรณีได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ

กรณีแรก เมื่อการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบนั้นไม่เป็นเหตุผลการเพิกถอนการกระทำในทางปกครองอีกต่อไป

- ในกรณีอำนาจที่ถูกผูกพัน (La compétence liée) ซึ่งไม่ว่าจะเป็นเช่นใดก็ตาม ผู้กระทำการนั้นก็ต้องกระทำการเช่นนั้นอยู่ดี

- ในกรณีที่กฎหมายที่ให้อำนาจหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้หลายกรณีด้วยกัน (en cas de pluralité de buts) ในกรณีเช่นนี้ถ้าได้มีการปฏิบัติตามความวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่งก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย และไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ทุกอัน

กรณีที่สอง เป็นกรณีของความยากในการนำพิสูจน์พยานหลักฐานเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ที่เป็นเจตนาซ่อนเร้นของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำการนี้ สำหรับกรณีของการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณานั้น อาจพิสูจน์ถึงเจตนาซ่อนเร้นได้ง่ายกว่ากรณีอื่น และในทางปฏิบัติผู้พิพากษาก็มักจะดูแลเฉพาะเหตุผลที่ได้กระทำ เช่นนั้น ซึ่งเป็นสิ่งที่พิสูจน์ได้ง่ายที่สุด อันทำให้ในหลายกรณีต้องรอดพ้นจากการควบคุมของศาลไปได้เพราะพิสูจน์ยาก

4. การละเมิดกฎหมายหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมูลเหตุของการกระทำนั้น (La violation de la loi ou L'illégalité relative aux motifs de l'acte)

กรณีนี้เป็นเหตุฟ้องว่าฝ่ายปกครองกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่สำคัญที่สุดในปัจจุบันในประเทศฝรั่งเศส

การละเมิดกฎหมายนี้อาจเป็นการปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือเพราะเนื้อหาของคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในทางปกครองนั้นขัดต่อกฎหมายที่อยู่ในระดับที่สูงกว่า แต่ที่สำคัญที่สุดคือการควบคุมที่มูลเหตุ (Les motifs) ของการกระทำ ดังนั้น การควบคุมมูลเหตุ (Le contrôle



des motifs) จึง "เป็นการควบคุมถึงข้อเท็จจริงหรือขอกฎหมายก่อนที่จะมีการตัดสินใจกระทำ  
นิติกรรมทางปกครองนั้น ๆ และที่ชี้แจงใจให้เจ้าหน้าที่ในทางปกครองกระทำการนั้น"

แต่มีข้อที่ต้องคำนึงก็คือว่า การสั่งการหรือการดำเนินการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ในทาง  
ปกครองโดยปกตินั้นไม่จำเป็นต้องบอกเหตุผลไว้ทุกกรณีไป เว้นแต่กฎหมายจะได้กำหนดไว้ชัดเจน เช่นนั้น  
หรือในบางกรณีที่คำพิพากษาของศาลได้วางแนวปฏิบัติเช่นนั้นไว้ ซึ่งในกรณีเหล่านี้จึงต้องชี้แจง  
เหตุผลของการสั่งการหรือการดำเนินการนั้น ๆ ไว้ แต่แม้ว่ากฎหมายจะไม่บังคับว่าเจ้าหน้าที่ใน  
ทางปกครองจะต้องชี้แจงถึงมูลเหตุของคำสั่งหรือการดำเนินการเหล่านั้นในคำสั่งของตน แต่มูลเหตุ  
ของคำสั่งเหล่านั้นก็จะต้องมีและถูกต้องตามกฎหมายด้วย ซึ่งพอจะแยกการควบคุมกรณีนี้ได้ย่อย ๆ ลง  
ไปอีก คือ

ก. ความสำคัญผิดในขอกฎหมาย (L'erreur de droit) เป็นกรณีที่ผู้ออก  
คำสั่งยกกฎหมายเรื่องใด เรื่องหนึ่งขึ้นมาซึ่งความจริงกฎหมายนั้น ๆ ไม่มี หรือเป็นกรณีที่ตีความ  
กฎหมายผิดพลาดไป ตัวอย่างในกรณีดังกล่าวนี้ เช่น การกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการพิสูจน์พยาน  
หลักฐาน ซึ่งความจริงกฎหมายไม่ได้กำหนดในเรื่องนี้ไว้แต่ประการใด (CE, 21 dec 1973,  
Michalet) หรือการปฏิเสธไม่รับผู้สมัครเข้าสอบแข่งขันเข้าโรงเรียนวิทยาลัยการปกครอง  
ของฝรั่งเศส โดยอ้างมูลเหตุเกี่ยวกับความคิดเห็นทางการเมืองของผู้สมัคร (CE, 28 mai  
1954, Barel) เป็นต้น

ข. ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (L'erreur de fait) เป็นการที่ผู้ออก  
คำสั่งสั่งการโดยอาศัยข้อเท็จจริงซึ่งไม่มีอยู่จริง หรือว่าสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่มีผลต่อการออก  
คำสั่งนั้น ตัวอย่างเช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งพักราชการเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หนึ่งตาม "คำร้อง  
ขอพักราชการของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น" แต่ความจริงปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่เคยขอพักราชการเลย  
(CE, 20 Janv 1922, Trépont)

ค. เทคนิคในการควบคุมมูลเหตุการกระทำ

เทคนิคในการควบคุมมูลเหตุการกระทำในทางปกครองที่มีความสมบูรณ์มาก  
ยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ ในศาลปกครองเช่นนี้ทำให้เป็นการขยายอำนาจของผู้พิพากษาไปในตัว

กรณีแรก คือในกรณีที่มีมูลเหตุของการกระทำหลายอย่าง ผู้พิพากษาจะแยกมูลเหตุอย่างใดสำคัญอย่างใดไม่สำคัญ หรือสำคัญรองลงมา มูลเหตุที่มีชอบด้วยกฎหมายที่จะทำให้ศาลเพิกถอนการกระทำในทางปกครองนั้นก็ต่อเมื่อเป็นมูลเหตุที่สำคัญของการกระทำนั้น ๆ ด้วย ส่วนการจะพิจารณาว่ามูลเหตุอย่างใดเป็นมูลเหตุสำคัญของการสั่งการหรือการกระทำนั้น กระทำโดยการที่ผู้พิพากษาจะถามตนเองว่าเจ้าหน้าที่ในทางปกครองจะออกคำสั่งเป็นเช่นเดียวกันหรือไม่ถ้ากระทำโดยอาศัยมูลเหตุที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว (CE, 12 janv 1968, Dame Perrot) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เท่ากับผู้พิพากษาทดลองทำตัวเป็นเจ้าหน้าที่ในทางปกครองเสียเอง ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับมูลเหตุสำคัญหรือไม่สำคัญนี้

กรณีที่สอง การไขมูลเหตุแทนกัน (La substitution des motifs) โดยหลักแล้วทำไม่ได้ แต่จะกระทำเช่นนั้นได้เฉพาะที่เกี่ยวกับอำนาจที่ถูกผูกพัน (en cas de compétence liée) เท่านั้น กล่าวคือ ในกรณีเช่นนั้น เจ้าหน้าที่ในทางปกครองถูกผูกพันให้ต้องออกคำสั่งหรือดำเนินการ เช่นนั้นอยู่แล้วไม่ว่ามูลเหตุจะเป็นไปในรูปใดก็ตาม ดังนั้น ในกรณีเช่นนั้น ผู้พิพากษาจึงสามารถนำ มูลเหตุที่ถูกต้องตามกฎหมายมาใช้แทนมูลเหตุที่ไม่ถูกต้องได้

กรณีที่สาม ในทางปฏิบัติผู้พิพากษาพัฒนาเทคนิคของการค้นหามูลเหตุการกระทำไปจนกระทั่งนับได้ว่าเป็นการปลดปล่อยภาระที่เจ้าหน้าที่ในทางปกครองจะต้องพิสูจน์ไปได้มาก เจ้าหน้าที่ในทางปกครองเพียงแต่ต้องแสดงถึงเหตุผลต่าง ๆ ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ทำให้ตนได้กระทำการนั้นเท่านั้น (ตามคำพิพากษาในคดี Barel, Vicat-Blanc, Société Maison Genestal)

ง. ระดับของการควบคุมมูลเหตุการกระทำ (L'intensité du contrôle des motifs)

ผู้พิพากษาจะควบคุมในทุกกรณีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย หรือภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมายภายนอกของการกระทำ (La légalité externe de l'acte) (ซึ่งได้แก่ ความไม่มีอำนาจ การกระทำผิดแบบที่กำหนดไว้) นอกจากนี้ ยังควบคุมวัตถุประสงค์ (ได้แก่ การใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ) และในส่วนที่เกี่ยวกับมูลเหตุที่เป็นข้อกฎหมาย (สำคัญผิดในข้อกฎหมาย)

แต่ตรงกันข้าม การควบคุมของผู้พิพากษาต่อมูลเหตุที่เป็นข้อเท็จจริง (สำคัญผิดในข้อเท็จจริง) นั้นกลับมีระดับมากน้อยแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับหน้าที่ในทางปกครองนั้น ๆ มีอำนาจดุลยพินิจ<sup>1</sup> (Le pouvoir discrétionnaire) ในเรื่องดังกล่าวมากน้อยเพียงใดเป็นเกณฑ์ ดังนั้น การให้ความคุ้มครองต่อประชาชนในการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง อันขึ้นอยู่กับระดับของการควบคุมมูลเหตุการกระทำนี้ด้วยนั่นเอง ซึ่งในคดี Barel ได้มีการวางหลักเกี่ยวกับระดับของการควบคุมมูลเหตุการกระทำนี้ออกเป็น 3 ระดับ คือ

- ระดับต่ำสุด (Le contrôle minimum)
- ระดับธรรมดา (Le contrôle normal), และ
- ระดับสูงสุด (Le contrôle maximum)

อันเป็นเทคนิคที่ศาลปกครองฝรั่งเศส ใช้อยู่ในปัจจุบันนั่นเอง

ที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนี้ เป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลเพื่อบังคับให้การกระทำของฝ่ายปกครองเป็นไปตามหลักของความชอบด้วยกฎหมาย โดยการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น เสียโดยวิธีการที่เรียกว่า "ฟ้องว่ากระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่" (Le recours pour excès de pouvoir) และเมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นกรณีใดกรณีหนึ่งของเหตุเพิกถอนตามที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ศาลก็จะตัดสินเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำที่มีชอบนั้น

แต่อย่างไรก็ตาม วิธีทางเพิกถอนการกระทำในทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายนี้ มิใช่หนทางเดียวที่อยู่ใต้อำนาจหรือเอกชนที่เคออร์อนจะใช้แก้ไขเยียวยาในความเสียหายของผู้อื่นที่เกิดจากการกระทำที่มีชอบของฝ่ายปกครองนั้น ด้วยเหตุนี้ เอกชนจึงมีอีกทางหนึ่งซึ่งอาจจัดได้ว่าเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายทางอ้อม ซึ่งก็คือ การฟ้องให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่ตนได้ตาม "หลักว่าด้วยความรับผิดชอบ" (La principe de responsabilité) ซึ่งเราจะศึกษากันในรายละเอียดต่อไปเมื่อกล่าวถึงเรื่องนี้ แต่ในที่นี้จะขอกล่าวอย่างย่อ ๆ ถึงหลักนี้เพื่อเป็นการ

---

<sup>1</sup> Voir Infra.

ทำความเข้าใจกันในเบื้องต้นว่า โดยหลักแล้ว การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย อาจก่อให้เกิดความ  
รับผิดของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อเอกชนได้ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำที่มีชอบด้วย  
กฎหมายของฝ่ายปกครองนั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชนที่จะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนเสมอไป  
และในประการสุดท้าย ในบางกรณีซึ่งผู้พิพากษาไม่เข้าไปควบคุมว่าการกระทำนั้นว่าชอบด้วยกฎหมาย  
หรือไม่ แต่ยอมที่จะพิพากษาให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำนั้นให้  
แก่เอกชนได้ เป็นต้น

ข้อจำกัดของหลักการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

(Les limites du principe de légalité)

ข้อจำกัดบางประการของหลักการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ได้เป็นการขัดต่อหลักนี้แต่อย่างใด แต่เป็นเพียงข้อสงวนของการใช้ดุลยพินิจ (La réserve d'opportunité) ซึ่งถ้าปราศจากสิ่งเหล่านี้แล้วกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการได้ภายในรัฐสมัยใหม่ในปัจจุบันนี้

ในขณะที่ข้อจำกัดของหลักการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายอีกส่วนหนึ่ง กลับเป็นช่องโหว่อย่างแท้จริงของหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อหลักนี้โดยตรง และมีชื่อเป็นเพียงข้อจำกัดของมันเท่านั้น

1. ข้อจำกัดซึ่งแยกไม่ออกจากหลักความชอบด้วยกฎหมาย

(Les limites inhérentes au principe)

ข้อจำกัดซึ่งแยกไม่ออกจากหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น แยกได้เป็นสองประการด้วยกัน คือ

ประการแรก เป็นข้อจำกัดซึ่งเป็นปกติธรรมดาในชีวิตประจำวันของการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่ อำนาจการใช้อดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง (Le pouvoir discrétionnaire)

ประการที่สอง เป็นข้อจำกัดซึ่งเกิดขึ้นในเวลาที่ไม่ใช่ปกติธรรมดา ซึ่งได้แก่ ทฤษฎีอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครองที่ชื่อว่า "ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกติ" (La théorie des circonstances exceptionnelles)

(1) อำนาจใช้อดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง

(Le pouvoir discrétionnaire de l'administration)

การกระทำของฝ่ายปกครองในบางแง่หนึ่งไม่ว่าจะโดยทางกฎหมายหรือทางปฏิบัติก็ตาม รอดพ้นจากกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ทางกฎหมายที่กำหนดเอาไว้ เราพบว่าในกิจกรรมของฝ่าย

ปกครองส่วนหนึ่งนั้นไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย และในกรณีดังกล่าวนี้ ฝ่ายปกครองก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ตามที่เราได้ศึกษามาแล้วข้างต้นนั้นแต่อย่างใด เรากล่าวว่าเป็นเช่นนั้นก็เพราะฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลยพินิจ ทฤษฎีของอำนาจใช้ดุลยพินิจนี้เป็นทฤษฎีคลาสสิก และมีผลบังคับใช้ในปัจจุบันนี้ เรากล่าวกันว่าเป็นข้อจำกัดของหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย แต่ความจริงแล้วอำนาจใช้ดุลยพินิจนั้นจะเกิดขึ้นก็แต่ในเฉพาะกรณีที่ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติบังคับเอาไว้ในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น ทฤษฎีของอำนาจใช้ดุลยพินิจนั้นจะต้องพิจารณาในลักษณะที่เป็นกรรณิการออกไปตามปกติของหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีของอำนาจใช้ดุลยพินิจนี้มีลักษณะที่รุนแรง เพราะมีผลทำให้กิจกรรมของฝ่ายปกครองในส่วนนั้นต้องหลุดพ้นจากการควบคุม ในทางกฎหมายของศาลไป ด้วยเหตุนี้ เราจึงจำเป็นต้องเข้าใจถึงความหมายและผลในทางกฎหมายของมัน

ความหมายของอำนาจใช้ดุลยพินิจ

- อำนาจใช้ดุลยพินิจกับอำนาจที่ถูกผูกพัน (Le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée)

กรณีแรก อำนาจที่ถูกผูกพัน (La compétence liée) หมายถึงกรณีที่กฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้วางรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีดำเนินการใช้อำนาจหน้าที่นั้นไว้เป็นการผูกมัดล่วงหน้า เช่น ในกรณีที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองรับจดทะเบียนให้เอกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขที่เอกชนจะต้องปฏิบัติไว้อย่างแน่ชัด เมื่อเอกชนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ถูกบังคับโดยกฎหมายที่จะต้องรับจดทะเบียนให้ตามที่ขอ เช่น การรับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด เป็นต้น ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจที่จะใช้ดุลยพินิจไม่รับจดทะเบียนได้ เมื่อเอกชนได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดไว้ เพราะอำนาจของฝ่ายปกครองถูกจำกัดโดยกฎหมาย

กรณีที่สอง อำนาจใช้ดุลยพินิจ (Le pouvoir discrétionnaire)

หมายถึงกรณีที่กฎหมายซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้ให้อำนาจอิสระแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามอำนาจหน้าที่นั้นได้ตามที่เห็นสมควร ดังนั้น

การที่เจ้าหน้าที่ทางปกครองมีอิสระที่จะเลือกหรือใช้วิจารณ์ของตนได้ตามที่เห็นสมควรก็คือ การใช้อำนาจดุลยพินิจนั่นเอง ในเรื่องนี้ได้มีนักทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสชื่อ Michoud ได้ให้คำนิยามซึ่งจัดได้ว่าเป็นคลาสสิกของอำนาจดุลยพินิจไว้ว่า "อำนาจดุลยพินิจคือ อำนาจที่มีขึ้นทุกครั้งที่เจ้าหน้าที่กระทำการโดยอิสระโดยที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ล่วงหน้าว่าเขาจะต้องกระทำการอย่างไร"

การใช้อำนาจดุลยพินิจนี้เป็นข้อผ่อนผันหลักกว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพความจำเป็นในการดำเนินการในทางปกครอง อันทำให้ฝ่ายปกครองมีอิสระที่จะดำเนินการได้ตามที่เห็นสมควรภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นหลักทั่วไป แต่ทั้งนี้ ก็ไม่หมายความว่าฝ่ายปกครองจะทำอะไรก็ได้ตามอำเภอใจ (L'arbitraire) ทุกอย่าง เพราะฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามจารีตอยู่ในขอบเขตของกฎหมายเสมอ ในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายวางรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีดำเนินการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยผูกพันหรือจำกัดขอบเขตของการใช้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่แต่เพียงปฏิบัติให้เป็นไปตามบทกฎหมายเท่านั้น ไม่มีทางที่จะใช้สติปัญญาประกอบเพื่อทำการปฏิบัตินั้น เป็นผลดีที่สุดโดยใช้อำนาจดุลยพินิจได้ ซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นเสมือนเครื่องจักรที่จะปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้การที่จะบัญญัติกฎหมายจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองจนกระทั่งถึงรายละเอียดนั้นจึงควรจะทำแต่เฉพาะกรณีที่สำคัญ ๆ ซึ่งจำเป็นต้องกระทำเพื่อคุ้มครองเสรีภาพหรือรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นพิเศษเท่านั้น และควรจะให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลยพินิจได้บางตามควรแก่กรณี ซึ่งบางครั้งอาจเป็นผลดีกว่าการที่ฝ่ายปกครองว่าต้องถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามเป็นการจำกัดอำนาจเสียอีก

- อำนาจดุลยพินิจกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le pouvoir discrétionnaire et la légalité)

การมีอำนาจดุลยพินิจเกิดขึ้นนั้นมีขึ้นเป็นการสร้างสถาบันของการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (L'arbitraire) แต่อย่างไรก็ตาม ในการบังคับใช้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายนั้น (ยกเว้นกรณีที่เป็นกรณีกฎหมายเพียงกรณีเดียวแล้ว) อาจกล่าวได้ว่าไม่มีกิจกรรมใดของฝ่ายปกครองที่รอดพ้นไปจากการไม่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายและไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาล ถ้าจะมีก็แต่เพียงการที่กฎหมายซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในทางปกครองนั้นได้เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจดุลยพินิจได้บ้างไม่มากนักเท่านั้น

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะของการรวมกันระหว่างอำนาจที่ถูกผูกพันกับอำนาจใจ ชั่วคลยพินิจ การกระทำในทางปกครองทุกครั้งจะปรากฏให้เห็นถึงความมีอยู่ร่วมกัน โดยมีเป็นปริมาณของอำนาจใจ ชั่วคลยพินิจอยู่จำนวนหนึ่ง และอำนาจที่ถูกผูกพันอยู่อีกจำนวนหนึ่ง ปริมาณในที่นี้หมายถึง สัดส่วนซึ่งแตกต่างกันไปไม่แน่นอนในแต่ละการกระทำ เพราะขึ้นอยู่กับระดับของการกำหนดรายละเอียดของกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้นว่า เปิดช่องให้มีการใจ ชั่วคลยพินิจมากน้อยเพียงใด ประการหนึ่ง และขึ้นอยู่กับระดับของการควบคุมของศาลอีกประการหนึ่ง

อำนาจใจ ชั่วคลยพินิจนี้ไม่ใช่สิ่งที่แต่ละต้องไม่ได้ เพราะอาจมีการบัญญัติกฎหมายออกมาใหม่หรือแก้ไขกฎหมายเดิมที่ให้อำนาจใจ ชั่วคลยพินิจไว้แล้ว และต่อมาถูกแก้ไข เป็นกำหนดรายละเอียดที่จะต้องกระทำลงไปกลายเป็นอำนาจที่ถูกผูกพันไปได้เช่นกัน แต่ก็อาจเป็นไปได้ในทางกลับกัน แม้ว่าจะปรากฏให้เห็นน้อยคือ กรณีที่กฎหมายแต่เดิมเป็นการผูกพันแล้วมาแก้ไขใหม่ให้ เป็นอำนาจใจ ชั่วคลยพินิจในเรื่องนั้น ๆ ได้ เป็นต้น

อำนาจใจ ชั่วคลยพินิจของฝ่ายปกครองนี้มีแตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับทัศนคติของผู้พิพากษา และระดับของการควบคุมของผู้พิพากษาคอการใจ ชั่วคลยพินิจในเรื่องนั้น ระดับของการควบคุมนี้ ตามที่ได้ศึกษามาแล้วนั่นเองคือ แบ่งเป็น 3 ระดับ ระดับการควบคุมน้อยที่สุด ระดับกลาง และระดับมากที่สุด ตามลำดับ นอกจากนี้ ผู้พิพากษายังอาจสร้างกรณีบางกรณีที่เคยเป็นอำนาจใจ ชั่วคลยพินิจให้กลายเป็นอำนาจที่ถูกผูกพันขึ้นมาได้อีกด้วย

ในปัจจุบันแนวโน้มของคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศสในเรื่องอำนาจใจ ชั่วคลยพินิจนี้มีลักษณะที่ว่า ผู้พิพากษาได้ขยายอำนาจควบคุมออกไปถึงการควบคุมการใจ ชั่วคลยพินิจในบางกรณีแล้ว โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการใจ ชั่วคลยพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไปกระทบกระเทือนถึงอิสระเสรี และสิทธิส่วนบุคคลของเอกชน สิ่งเหล่านี้อาจนับได้ว่าเป็นเกณฑ์ที่ศาลปกครองใจ ชั่วคลยพินิจพิจารณาเพื่อแยกหรือกำหนดขอบเขตระหว่างอำนาจที่ถูกผูกพันกับอำนาจใจ ชั่วคลยพินิจ เพราะผู้พิพากษาศาลปกครองนั้นต่างมีทัศนคติที่จะให้ความคุ้มครองป้องกันความมีอิสระเสรีภาพและมีสิทธิต่าง ๆ และสิ่งเหล่านี้ก็นับได้ว่าเป็นหัวใจของคำพิพากษาของศาลปกครองทั้งหมดที่เกี่ยวกับการใจ ชั่วคลยพินิจนี้เลยทีเดียว



## (2) ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกติ

(La Théorie des circonstances exceptionnelles)

ทฤษฎีนี้เกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสที่ยอมรับว่าการจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองยามปกตินั้น จำเป็นจะต้องมีการผ่อนคลายลงที่จะให้ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการให้เหมาะสมกับสถานการณ์โดยใช้วิธีการอีกอย่างหนึ่งที่แตกต่างจากวิธีการที่ใช้ในยามปกติและเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองมากขึ้น โดยเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำในทางปกครองในบางกรณีซึ่งมีขอบด้วยกฎหมายในยามปกตินั้น อาจจะถูกกลับเป็นชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้ในยามสถานการณ์ไม่ปกติ เช่น ในกรณีที่มีภัยร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานบริการสาธารณะ ฯลฯ เป็นต้น ดังนั้นจึงเป็นความจำเป็นที่จะต้องแยกหลักความชอบด้วยกฎหมายแบบเคร่งครัดออกและในขณะเดียวกันยอมรับว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการด้วย ซึ่งในกรณีเช่นนี้เราอาจกล่าวได้ว่าหลักว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกติก่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมาย "แบบยกเว้น" เกิดขึ้น (Une légalité d'exception) โดยแท้ที่จริงแล้ว หลักว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกติที่มีได้ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด เพียงแต่เป็นการผ่อนคลายหลักที่ว่านี้ซึ่งจะมากหรือน้อย ขึ้นอยู่กับความจำเป็นและผลของมันเท่านั้น การผ่อนคลายหลักการเช่นนี้จะพึงกระทำได้เพียงใดและควรที่จะเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองเท่าใด เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณากันต่อไป

### ก. ลักษณะของสถานการณ์ไม่ปกติ

เป็นที่ยอมรับกันว่าฝ่ายปกครองควรได้รับอำนาจมากขึ้นในยามสถานการณ์ไม่ปกติ การขยายอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองมากขึ้นบางครั้งก็กำหนดไว้ในกฎหมายโดยตรงเลยก็มี (เช่น ตามมาตรา 16 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส, ในภาวะที่มีภัยร้ายแรงหรือภาวะฉุกเฉิน) แต่นอกจากกรณีเหล่านี้แล้วหลักว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกติที่มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลที่วางไว้เป็นบรรทัดฐานตั้งแต่ในสถานการณ์สงครามโลกครั้งที่ 1 ระหว่าง ค.ศ. 1914-1918 ซึ่งอนุญาตให้ฝ่ายปกครองในยามที่มีสถานการณ์ไม่ปกติเกิดขึ้น เช่นนี้ที่จะ "กระทำการอันเป็นการยกเว้นหลักกฎหมายที่บังคับอยู่ได้ เพราะมีฉะฉานแล้วจะไปขัดต่อประโยชน์สาธารณะ" ซึ่งหมายความว่าในยามสงครามฝ่ายปกครองอาจใช้วิธีดำเนินการบางอย่าง ซึ่งถ้านำมาใช้ในยามปกติก็จะถือได้ว่าเป็นการกระทำ

ที่มีขอบด้วยกฎหมาย อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่เพิ่มมากขึ้นนี้เรียกว่า "อำนาจยามสงคราม" เช่น อำนาจในการเรียกเกณฑ์บุคคลและทรัพย์สิน เป็นต้น

นอกจากสถานการณ์ยามสงครามแล้ว ศาลปกครองสูงสุดได้เคยตัดสินว่าในสถานการณ์ไม่ปกติอื่น ๆ ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจเพิ่มขึ้นได้เช่นเดียวกัน ถ้าสถานการณ์นั้นอาจทำให้เกิดความไม่สงบหรือเกิดการจลาจลในทางการเมืองหรือสังคม เช่น สถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์คับขัน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในยามสงครามและในยามสถานการณ์ไม่ปกติเช่นนี้เป็นแต่เพียงข้อยกเว้นในกรณีที่มีเหตุจำเป็นที่ต้องผ่อนคลายหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่หมายความว่าอาจจะใช้หลักการนี้เสียโดยสิ้นเชิง อาจเป็นแต่เพียงว่าการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครองโดยหลักการนี้ได้มีการผ่อนคลายลงไป และมีการจำกัดอำนาจน้อยกว่าในยามปกติ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติภารกิจเกินขอบเขตอำนาจที่ขยายออกไป มิฉะนั้นอาจจะถูกฟ้องร้องต่อศาลได้

#### ข. ผลในทางกฎหมายของหลักการว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกติ

ผลในทางกฎหมายของหลักการว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกตินี้ คือเป็นการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองออกไป แต่อำนาจของฝ่ายปกครองที่ขยายออกไปนี้ไม่เท่ากันในทุกกรณีหรือไม่อาจที่จะเหมือนกันได้ในทุกกรณีนั่นเอง ซึ่งที่จริงแล้วสภาพโดยธรรมชาติของทฤษฎีนี้เองที่ทำให้มีลักษณะเช่นนั้น เพราะทฤษฎีนี้ที่ยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายก็เพราะมีสถานการณ์ไม่ปกติเกิดขึ้นและจำที่จะต้องให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองพอที่จะเผชิญกับความจำเป็นซึ่งเกิดจากสถานการณ์เช่นนั้นซึ่งไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะจะเป็นไปในรูปใดได้เลย

ผลในทางกฎหมายของหลักการว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกตินี้ ทำให้การกระทำหรือวิธีการทุกอย่างที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ไปนั้นกลายเป็นชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา การสั่งการหรือการดำเนินการใด ๆ ที่ในยามปกติจะเป็นการผิดกฎหมายอย่างร้ายแรงนั้น เนื่องจากอยู่ในสภาวะการณ์ไม่ปกติ จะได้รับพิจารณาและวินิจฉัยว่าให้กระทำไต่ตั้งในกรณีตัวอย่างต่อไปนี้ เช่น

- การระงับการบังคับใช้กฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยทฤษฎีกา (C.E., 28 juin 1918, Heyries, G.A. No.35);
- การจำกัดอิสระและเสรีภาพส่วนบุคคลต่าง ๆ (C.E., 28 fevrier 1919, Dol et Laurent)

- การให้อำนาจแก่ "เจ้าหน้าที่โดยพฤตินัย" ทำการแทนเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องจากสถานการณ์จำเป็นและรีบด่วนจำต้องดำเนินการบางอย่าง (C.E., 7 janvier 1944, Lecoq; 5 mars 1948, Marion) เป็นต้น

ค. ขอบเขตของหลักว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกติ

เนื่องจากอำนาจของฝ่ายปกครองอาจได้รับการขยายออกไปอย่างกว้างขวางตามตัวอย่างที่กล่าวข้างต้น ดังนั้น ศาลปกครองจึงควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในยามสถานการณ์ไม่ปกติที่ค่อนข้างเคร่งครัดพอสมควร โดยผู้พิพากษาจะพิจารณาจากเกณฑ์ดังต่อไปนี้คือ

- "การมีจริงของสถานการณ์ไม่ปกติ" โดยพิจารณาว่ามีสถานการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นจริง ๆ หรือไม่ และยังเกิดภาวะเช่นนั้นอยู่ในสถานที่และในเวลาที่ได้มีการกระทำหรือคำสั่งในทางปกครองกรณีนั้นหรือไม่ ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งโดย "ไม่มีกำหนดเวลา" จึงถือว่าไม่ชอบศาลจึงสั่งเพิกถอนคำสั่งเช่นนั้นได้

- "ความจำเป็น" ของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการหรือสั่งการเช่นนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและจำเป็นที่จะต้องขัดต่อกฎหมายที่บังคับในยามปกติ

- "ความพอสมควร" กล่าวคือ ศาลจะพิจารณาว่าคำสั่งหรือการดำเนินการที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปนั้นได้สัดส่วนกับความจำเป็นของเหตุการณ์เพียงใดหรือไม่ เหล่านี้เป็นต้น

2. ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

(Les dérogations au principe)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น ในบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นช่องโหว่ของหลักนี้ก็ได้ จึงจัดเป็น "ข้อยกเว้น" เสียมากกว่าที่จะเป็นเพียง "การจำกัด" เท่านั้น ซึ่งเราพอจะแยกข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ออกได้เป็น 2 ประการด้วยกันกล่าวคือการกระทำของรัฐบาลประการหนึ่ง และการโอนอำนาจเป็นกรณีพิเศษของฝ่ายนิติบัญญัติไปให้ฝ่ายบริหารอีกประการหนึ่ง

(1) การกระทำของรัฐบาล (Les actes de gouvernement)

เมื่อเราศึกษาจุดถึงหน้าที่ต่าง ๆ ของฝ่ายบริหาร จะเห็นว่ามีหน้าที่อยู่ส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกว่า หน้าที่ของรัฐบาล (La fonction gouvernementale) อยู่ด้วย และแนวคิดอันนี้เองที่ทำให้มีการแยกการควบคุมของศาลปกครองออกไปจากการกระทำภายในขอบของหน้าที่รัฐบาลนั้น ทั้งนี้ก็เพราะเหตุว่าการกระทำเหล่านั้นไม่ใช่การกระทำในทางปกครองนั่นเอง

มีคำพิพากษาของศาลเป็นจำนวนมากที่วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้เอาไว้ว่า การกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหารนั้นอาจอยู่ภายใต้ความคุ้มกันให้พ้นจากการควบคุมของศาลได้อย่างสมบูรณ์ การกระทำต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ไม่อาจถูกนำขึ้นฟ้องร้องเพื่อให้มีการเพิกถอนไม่ว่าจะโดยวิธีการฟ้องว่ากระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ก็ตาม นอกจากนั้น โดยหลักแล้วก็ไม่ว่าจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ ได้อีกด้วย จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความคุ้มกันจากอำนาจศาลอย่างแท้จริง และจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินมาทำให้เราบอกได้ว่า การกระทำของรัฐบาลนี้ก็คือ การกระทำใด ๆ ที่ศาลยอมรับถึงความคุ้มกันเช่นนั้นนั่นเอง ปัญหาจึงมีว่าอะไรคือเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยว่า เป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งในเรื่องนี้พอจะกล่าวได้ดังต่อไปนี้

ในระยะแรก ในสมัยศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลนี้ถูกจำกัดความโดยอาศัยวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นเป็นเกณฑ์ เมื่อการกระทำใด "มีจุดมุ่งหมายทางการเมือง" (Un mobile politique) แล้วก็ถือเป็น การกระทำของรัฐบาลทั้งสิ้น

แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีของการกระทำของรัฐบาลเช่นว่านี้ ได้ถูกยกเลิกไปโดยคำพิพากษาในคดีบรรทัดฐานของศาลปกครอง (C.E., 19 fevrier 1875, Prince Napoléon) ซึ่งในคดีนั้นได้มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยเจ้าชายนโปเลียน ว่าคำสั่งของรัฐมนตรีกลาโหมที่สั่งลบชื่อนายพลหลายคนออกจากการได้รับเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งตามปกติ โดยอ้างว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล เพราะทำไปด้วยเหตุผลทางการเมือง ซึ่งในคดีนี้ศาลปกครองไม่เห็นด้วยกับเหตุผลดังกล่าวและได้สั่งเพิกถอนการกระทำ เช่นนั้นเสีย เพราะไม่ถือว่าเป็น เรื่องของการกระทำของรัฐบาลนั่นเอง

ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลนี้ในปัจจุบัน ได้ใช้แนวคิดภายนอก (Une notion objective) ของการกระทำของรัฐบาลและหน้าที่ของรัฐบาลเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่า การกระทำอันใดอันหนึ่งเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ โดยใช้หลักในการพิจารณาอย่างกว้าง ๆ จาก "เรื่อง" ที่การกระทำนั้น ๆ เข้าไปเกี่ยวข้องกับ เราได้ทราบมาแล้วว่าการกระทำในทางปกครองนั้นก็คือ การกระทำที่มีจุดประสงค์ที่จะจัดบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนประการหนึ่ง และกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนอีกประการหนึ่ง แต่การกระทำของรัฐบาลนั้นก็คือการกระทำที่เกิดขึ้นจากความเกี่ยวพันระหว่างผู้มีอำนาจหน้าที่ในทางการเมืองต่าง ๆ รวมทั้งความเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับรัฐต่างประเทศ

ในส่วนที่เป็นการกระทำที่เกิดจากความเกี่ยวพันระหว่างผู้มีอำนาจหน้าที่ในทางการเมือง ก็เช่นระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เป็นต้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้

- การกระทำต่าง ๆ ซึ่งรัฐบาลเข้าไปมีส่วนร่วมในการบัญญัติกฎหมาย (การที่รัฐบาลปฏิเสธที่จะเสนอร่างรัฐบัญญัติต่อสภา, การถอนร่างรัฐบัญญัติที่ได้นำเสนอสภาไปแล้ว, ปฏิเสธที่จะเรียกประชุมสภาที่เป็นการประชุมวิสามัญ, การออกกฤษฎีกาปิดการประชุมสภา หรือแม้แต่มติสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น)

- คำสั่งหรือคำวินิจฉัยสั่งการต่าง ๆ ของประธานาธิบดี ซึ่งมีผลกระทบต่อความเกี่ยวพันระหว่างอำนาจต่าง ๆ ที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญ เช่น คำสั่งของประธานาธิบดีที่ใช้อำนาจตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งเป็นการใช้อำนาจแทนฝ่ายนิติบัญญัติได้ในยามฉุกเฉิน (C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens, G.A. No. 104), คำสั่งของประธานาธิบดีที่สั่งให้มีการลงคะแนนเสียงประชามติ (Le référendum) ต่อร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งของรัฐบาล (C.E., 19 oct. 1962, Brocas) เป็นต้น

ส่วนการกระทำของรัฐบาลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นก็ไดแก่ กรณีตัวอย่างดังต่อไปนี้

- โดยทั่วไปการกระทำที่มีลักษณะเกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศหรือการทูตนั้นถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล (เช่น การปฏิเสธที่จะเสนอคดีต่อศาลโลก, การดำเนินการใด ๆ อันเกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันทางการทูต เป็นต้น)

- เช่นเดียวกันกับการกระทำในการร่างหรือตกลงตลอดจนการบังคับใช้สนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่อาจยกขึ้นฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้

- แต่อย่างไรก็ตาม ในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นเอง การกระทำใดที่สามารถแยกออกจากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศดังกล่าวมาก็ดี หรือที่ไม่เกี่ยวกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ เหล่านี้ก็ดี การกระทำในส่วนที่สามารถแยกออกมาได้นั้นก็ไม่ใช่เป็นการกระทำของรัฐบาล และอาจจะถูกฟ้องร้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนได้เสมอ

ด้วยเหตุที่การกระทำของรัฐบาลนับได้ว่าเป็นความจำเป็น และมีความสำคัญต่อประเทศชาติ โดยเฉพาะในบางเรื่องนั้นเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจของประเทศ จึงเป็นสิ่งที่ทำให้เรายอมรับถึงหลักการและทฤษฎีของการกระทำของรัฐบาล เช่นว่านี้ให้อยู่นอกเหนือจากการควบคุมของศาลได้

(2) การโอนอำนาจเป็นกรณีพิเศษของฝ่ายนิติบัญญัติไปให้ฝ่ายบริหาร (Le transfert exceptionnel du pouvoir législatif au gouvernement)

ในบางครั้งภายในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งที่รัฐสภาไม่อาจเรียกประชุมได้ หรือมีการเปลี่ยนแปลงผันผวนอย่างใหญ่หลวงเกี่ยวกับสถานการณ์ทางการเมืองต่าง ๆ เหล่านี้ ในกรณีเช่นนี้อำนาจนิติบัญญัติจะโอนไปยังรัฐบาลเป็นการชั่วคราว รัฐบาลในกรณีเช่นว่านี้จะสามารถกระทำกรณิศา ๓ โดยปราศจากการที่ศาลจะเข้ามาควบคุมได้ เพราะได้กระทำแทนการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ คำวินิจฉัยสั่งการเหล่านี้ในทุกประการ จึงรอดพ้นไปจากการควบคุมของศาลตามหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น คำสั่งของรัฐบาล vichy ของฝรั่งเศสในช่วงสมัยสงครามโลกครั้งที่สองที่อยู่ภายใต้ อำนาจของรัฐบาลนาซีเยอรมัน, รัฐกำหนดที่ออกโดยรัฐบาลชั่วคราวภายหลังเป็นอิสระภาพจากเยอรมันเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองเพิ่งเสร็จสิ้นลง, รัฐกำหนดที่ออกโดยอัยการอำนาจตามมาตรา 92 แห่งรัฐธรรมนูญปัจจุบันที่ให้รัฐบาลสามารถออกกฎหมายได้เมื่อ "กระทำการที่จำเป็น" ภายในระยะเวลาสี่เดือน และเช่นเดียวกันกับคำวินิจฉัยสั่งการของประธานาธิบดีโดยอัยการอำนาจตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญที่จะออกคำสั่งในยามสถานการณ์ไม่ปกติได้ แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่สงวนไว้ว่าเป็นขอบเขตสำหรับการออกรัฐบัญญัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญก็ตาม

## ส่วนที่ 2

หลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

(Le principe de la responsabilité administrative)

ในการดำเนินการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองนั้น ไม่ว่าจะดำเนินการไปในสภาพใดก็ตาม ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนได้ และทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบเกิดขึ้น ปัญหาดังกล่าวก็คือ เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น จะสามารถเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายได้หรือไม่ และภายใต้เงื่อนไขอย่างไร ความรับผิดชอบจะเกิดขึ้นได้โดยสภาพ กล่าวคือ การปฏิบัติการของฝ่ายปกครองทุกอย่างจะเป็นเหตุให้เกิดความรับผิดชอบหรือไม่ และการที่จะเกิดความรับผิดชอบนั้น จะต้องมีการกระทำผิดด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีปัญหาว่าผู้ใดจะต้องรับผิดชอบ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ในทางปกครองผู้ใด จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ และชดเชยค่าเสียหายด้วยทรัพย์สินส่วนตัวของตนเอง หรือรัฐจะต้องรับผิดชอบโดยชดเชยค่าเสียหายจากเงินของรัฐ

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในกฎหมายปกครองได้เช่นเดียวกันกับที่เกิดขึ้นในกฎหมายแพ่ง แต่มีข้อสังเกตอยู่ประการหนึ่งสำหรับประเทศไทยเกี่ยวกับเรื่องนี้ก็คือว่า ในการแก้ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ กฎหมายปกครองของไทยยังไม่มีหลักที่แน่นอนเพราะตามหลักกฎหมายไทยได้นำหลักความรับผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับมิได้ ซึ่งหลักกฎหมายปกครอง แต่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้อธิบายกฎหมายมหาชนที่ขยายความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองออกไปอย่างกว้างขวางเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประเทศผู้อยู่ใต้ปกครองตามแนวความคิดของรัฐเสรีนิยม (L'Etat libéral) โดยมีผู้พิพากษาศาลปกครองเป็นผู้ทำหน้าที่ที่ประสานสิทธิและประโยชน์ที่ขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง ซึ่งมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

ประการแรก กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสยอมรับทั้งความรับผิดชอบส่วนตัวของข้าราชการและความรับผิดของรัฐ หรือฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ ภาวระอาจเป็นความรับผิดอย่างไร โดยอย่างหนึ่งก็ได้

ประการที่สองก็คือ การฟ้องร้องให้รับผิดตามกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส มีวิธีการที่ง่ายขึ้นเป็นลำดับตามวิวัฒนาการของทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองควบคู่กันไป

กับทฤษฎีความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งต่างเน้นส่วนประกอบของแนวความคิดแบบเสรีนิยม และระบบนิติรัฐนั่นเอง

## บทที่ 1

การยอมรับและการขยายตัวของหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

แต่เดิมนั้นถือหลักว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบ โดยมีเหตุผลอยู่บนหลักการที่ว่ารัฐเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด จึงไม่อาจทำให้รัฐต้องรับผิดชอบได้ แต่หลักนี้ก็มิชอบคลาญอยู่บางประการ คือ

- เมื่อมีกฎหมายบัญญัติหลักที่ว่ารัฐต้องรับผิดชอบไว้อย่างชัดเจน (loi 28 pluviöse an VIII, ซึ่งเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากการโยธาสาธารณะ)
- องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่องค์การนั้น ๆ ใดก่อให้เกิดขึ้น ทั้งนี้ เพราะองค์การนั้น ๆ ไม่ได้มีอำนาจสูงสุดเหมือนกับรัฐ
- เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อความผิดที่ตนใดก่อให้เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ระบบที่เรียกว่า "หลักประกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ" (garantie des fonctionnaires) ซึ่งมีความหมายว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะถูกฟ้องร้องใดต่อเมื่อได้รับอนุญาตมาจากศาลปกครองสูงสุดเสียก่อนนั้น ได้รับอนุมัติจากศาลปกครองเองน้อยมาก ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบส่วนตัวได้ในทางปฏิบัติ

แต่อย่างไรก็ตาม หลักว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองก็ได้เริ่มเข้ามามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส นับแต่ปี ค.ศ. 1870 เป็นต้นมา

- ได้มีกฎหมายยกเลิก "หลักประกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐ" นี้เมื่อวันที่ 19 กันยายน ค.ศ. 1870 และศาลคดีขัดกัน (Le Tribunal de Conflit, T.C.) ก็ได้วางหลักของการแบ่งความรับผิดชอบระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐออกจากกัน (T.C. 30 juill 1873, Pelletier G.A. No.2)
- ในคดี Blanco (T.C., 8 fevrier 1873, G.A. No. 1) โดยศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดีนี้ว่า "ความรับผิดชอบที่อาจตกแก่รัฐในความเสียหายที่เกิดแก่เอกชนโดยการกระทำ



ของบุคลากรที่จัดทำบริการสาธารณะนั้น ความรับผิดชอบนี้ไม่อาจพิจารณาจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งที่ใช้ในกรณีระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันได้ แต่ความรับผิดชอบนี้ไม่เป็นการทั่วไปและไม่เด็ดขาด โดยมีหลักกฎหมายพิเศษซึ่งแตกต่างกันไปตามบริการและความจำเป็นที่จะประนีประนอมสิทธิของรัฐกับสิทธิของเอกชน"

ซึ่งจากคดีนี้จะเห็นได้ว่าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐนี้ไม่ให้นำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่งมาใช้ และถือว่าความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษที่กำหนดเอาไว้โดยเฉพาะ

แต่อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้สร้างหลักเกณฑ์กำหนดความรับผิดชอบของรัฐแต่เพียงการกระทำที่เป็นการบริหาร (gestion) (เช่น ความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินงานของบริการสาธารณะ เป็นต้น) แต่ทว่าหลักเกี่ยวกับความไม่ต่องรับผิดชอบนั้นยังไม่สูญไปสำหรับการกระทำบางอย่างที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะของฝ่ายปกครอง (ซึ่งได้แก่ การกระทำโดยใช้อำนาจหน้าที่หรือวิธีการต่าง ๆ ของตำรวจ เป็นต้น)

- ซึ่งต่อมากระทั่งคดี Tomaso Grecco (C.E., 10 fevrier 1905, G.A. No. 15) ได้มีการยอมรับเกี่ยวกับความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำของตำรวจ จึงทำให้หลักว่าด้วยความรับผิดชอบนี้มีผลบังคับใช้ อย่างกว้างขวางต่อมา

ในปัจจุบันมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ในบางเรื่อง (เช่น การยกเว้นความรับผิดแก่การไปรษณีย์ในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการส่งของหรือจดหมายแบบไปรษณีย์ธรรมดา เป็นต้น) แต่นอกเหนือไปจากกรณีดังกล่าวนี้แล้วอาจกล่าวได้ว่าหลักว่าด้วยความรับผิดของฝ่ายปกครองนี้ไม่แต่เพียงได้รับการยอมรับโดยศาลปกครองเท่านั้น แต่ยังได้รับการพัฒนาให้สมบูรณ์ขึ้นกว่าเดิม และหลักเกณฑ์ในการคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนก็เป็นไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหายมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การยอมรับเอา "หลักความรับผิดโดยไม่มี ความผิด" (La responsabilité sans faute) เข้ามาขยายหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองนี้ ทำให้ศาลปกครองได้ใช้อำนาจในการควบคุมฝ่ายปกครองและรักษาผลประโยชน์คดีใช้ค่าเสียหายให้แก่เอกชนได้เพิ่มขึ้นกว่าเดิมเป็นจำนวนมาก เพราะการที่ขอบเขตของหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองได้ขยายออกไปนั่นเอง

สาระสำคัญทางกฎหมายของหลักความรับผิดของฝ่ายปกครอง

การชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ความเสียหายที่ฝ่ายปกครองได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่เอกชนนั้น มีปัญหาในประการแรกว่า ใครจะเป็นผู้รับผิดในความเสียหายนั้น เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองเอง และปัญหาประการที่สองก็คือ ขอบเขตของความรับผิดว่าจะมีแค่ไหน เพียงใด

1. ปัญหาเกี่ยวกับผู้รับผิดชอบ

โดยการยอมรับว่าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนนั้น ปัญหาที่มีว่าจะเอาชดเชยได้จากใคร ซึ่งในเรื่องนี้ในทางทฤษฎีแบ่งได้เป็น 3 แนวทางด้วยกัน คือ

ในระบบแรก คือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเองที่จะต้องรับผิดเป็นส่วนตัว (ในระบบนี้แม้ว่ารัฐจะจ่ายค่าเสียหายแทนเจ้าหน้าที่ไป ก็ยังจัดเข้าอยู่ในระบบนี้ ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า ผู้เสียหายไม่สามารถฟ้องรัฐให้รับผิดโดยตรงได้)

ระบบที่สอง นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนต้องรับผิดในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของตน และจากการดำเนินงานบริการสาธารณะขององค์กรนั้น ประเด็นสำคัญก็คือ ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้จากนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนต่าง ๆ ได้

ระบบที่สาม ความรับผิดมีได้ทั้งต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือต่อนิติบุคคลมหาชน แล้วแต่กรณีไป ผู้เสียหายอาจเลือกฟ้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใดของรับผิดชดเชยค่าสินไหมทดแทนก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ความเสียหายได้ถูกก่อให้เกิดขึ้น (ในระบบนี้อาจมีการควบคุมความรับผิด โดยที่ผู้เสียหายอาจเลือกฟ้องเอาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองก็ได้)

2. ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดของฝ่ายปกครอง

เกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดขึ้นอยู่กับแนวคิด 2 ประการ ประการแรก ขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และในประการต่อมาก็คือ ขึ้นอยู่กับสภาพของหน้าที่ของรัฐซึ่งในโอกาสที่ปฏิบัติหน้าที่เหล่านั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

- แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้น

ปัญหาที่ว่า จำเป็นหรือไม่ที่การกระทำนั้นจะต้องมีลักษณะไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ หรือเพียงแต่ผู้เสียหายพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยตรงของเจ้าหน้าที่ผู้ขึ้นก็เพียงพอแล้ว และนี่เองที่เป็นปัญหาที่ต้องขบคิดในทฤษฎีความรับผิดของฝ่ายปกครองนี้ระหว่างความรับผิดโดยมีความผิด (La responsabilité pour faute) และความรับผิดโดยไม่มีความผิด (La responsabilité sans faute)

- แนวคิดเกี่ยวกับสภาพของหน้าที่ของรัฐ

ปัญหาในเรื่องนี้มีว่า รัฐจำต้องรับผิดชอบต่อการกระทำในหน้าที่ทุกประการของรัฐอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันหมด กล่าวคือ ในหน้าที่นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ หรือไม่ว่ารัฐต้องรับผิดชอบเฉพาะฝ่ายปกครองเท่านั้น

### 3. แนวคิดของฝรั่งเศสเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง

ระบบกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นมีชื่อที่นำสังเกต คือ

- หลักเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง นั้นมีที่มาจากคำพิพากษาของศาล
- ระบบฝรั่งเศสมีลักษณะที่ความรับผิดอาจเกิดได้ทั้งจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเกิดจากฝ่ายปกครอง และในบางกรณีศาลปกครองยังได้ตัดสินให้รวมกันรับผิด (Le cumul des responsabilités) อีกด้วย
- ในประการสุดท้าย ระบบความรับผิดของฝ่ายปกครองนี้ได้มีแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่มีแนวโน้มที่ขยายขอบเขตของความรับผิดออกไปมากขึ้นเรื่อย ๆ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ทางปกครองและความรับผิดชอบรวม  
(La responsabilité personnelle du fonctionnaire et le  
cumul des responsabilités)

ความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการบริการสาธารณะนั้น อาจทำให้เจ้าหน้าที่ทางปกครองต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อเอกชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง (1) ได้ แต่ในบางกรณีความรับผิดชอบนี้อาจจะไม่ใช่เจ้าหน้าที่ทางปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวที่ต้องรับผิดชอบ แต่ฝ่ายปกครองก็มีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วย จึงกลายเป็นความรับผิดชอบรวม (2) ที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อเอกชนผู้ได้รับความเสียหาย และนอกจากนี้ บางครั้งเจ้าหน้าที่ทางปกครองยังต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายปกครอง (3) เองอีกด้วย

1. ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ต่อผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง

(La responsabilité personnelle du fonctionnaire vis-a-vis- des  
administrés)

ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ต่อผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองนั้นก่อให้เกิดผลสามประการ คือ ในประการแรก เมื่อมีความรับผิดชอบกรณีเช่นนี้เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ทางปกครองจะต้องจ่ายค่าเสียหายจากทรัพย์สินส่วนตัวของตนเอง ประการที่สอง คดีที่ฟ้องให้รับผิดชอบเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายนี้ต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม คดีจึงเป็นเช่นเดียวกับคดีที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนต่อเอกชน และประการสุดท้าย หลักเกณฑ์ที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ทางปกครองในกรณีนี้ขึ้นไว้หลักเกณฑ์ของกฎหมายแพ่งเช่นเดียวกับที่ใช้บังคับแก่เอกชนโดยทั่วไปนั่นเอง

ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาว่ากรณีใบบางที่เจ้าหน้าที่ทางปกครองจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในความเสียหายที่เกิดจากกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง (1) และนอกจากนั้น จะทำการศึกษาต่อไปถึงลักษณะพิเศษบางประการของคดีปกครองประเภทนี้ (2)

(1) ความแตกต่างระหว่างความผิดส่วนตัวและความผิดของหน่วยงาน (La distinction de la faute personnelle et de la faute de service)

หลักของความรับผิดมีอยู่ว่า ฝ่ายปกครองจำต้องรับผิดถ้าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำในหน้าที่และกล่าวได้ว่าเป็นความผิดของหน่วยงาน (La faute de service) ในทางตรงกันข้ามความรับผิดจะตกอยู่แก่เจ้าหน้าที่ทางปกครอง ถ้าความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำส่วนตัวที่เรียกว่าความผิดส่วนตัว (La faute personnelle)

ความผิดส่วนตัวนี้อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความผิดที่แยกออกมาหรือไม่มีส่วนสัมพันธ์กับหน้าที่ของหน่วยงานนั่นเอง แต่ปัญหาที่ว่าภายใต้เงื่อนไขอย่างไรบ้างจึงจะถือว่าความผิดของเจ้าหน้าที่นั้น แยกออกมาและไม่มีส่วนสัมพันธ์กับหน้าที่ของหน่วยงาน ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีข้อถกเถียงกันมากทั้งในทางทฤษฎีและจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม เราอาจกำหนดเป็นหลักเกณฑ์อย่างกว้าง ๆ ได้ว่า "ความผิดส่วนตัว" นั้นหมายถึงความผิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำไปโดยไม่มีความสัมพันธ์กับหน้าที่ของหน่วยงาน ประการหนึ่ง และความผิดที่กระทำในหน้าที่แต่แยกออกเป็นความผิดส่วนตัวได้เพราะกระทำไปโดยเจตนาหรือเพราะเป็นความผิดร้ายแรง (Les fautes lourdes) อีกประการหนึ่ง

- สำหรับกรณีของความผิดเพราะกระทำโดยไม่มีความสัมพันธ์กับหน้าที่ของหน่วยงานนั้นไม่ค่อยมีปัญหาในการที่จะต้องวินิจฉัยมากนัก

- ความผิดส่วนตัวเพราะกระทำไปโดยเจตนา เช่น อาจเกิดจากการระงับควบคุมดูแลไม่ดี ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการกระทำด้วย แต่มีข้อที่น่าสังเกตว่ามีใช้ว่าวัตถุประสงค์ของการกระทำที่ไม่ถูกต้องจะต้องทำให้การกระทำนั้นเป็นผิดส่วนตัวไปหมดก็หาไม่ และจำต้องแยกว่าความผิดส่วนตัวไม่ใช่เป็นเรื่องเดียวกันกับการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Le détournement de pouvoir) ซึ่งในกรณีนั้นศาลปกครองเขาควบคุมวัตถุประสงค์ที่มีชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในทุกกรณีไป แต่วัตถุประสงค์ที่ไม่ถูกต้องที่จะก่อให้เกิดความรับผิดเป็นส่วนตัวในที่นี้โดยเฉพาะก็คือ การละเลยไม่รอบคอบในการดูแลรักษา หรือใช้ความระมัดระวังหรือเกิดจากเจตนาร้าย เช่น กระทำไปเพื่อต้องการแก้แค้นเป็นส่วนตัว เป็นต้น ซึ่งเป็นอารมณ์ส่วนตัวของผู้กระทำความผิด

- ความผิดส่วนตัวเพราะเป็นความผิดที่ร้ายแรงนั้น หมายถึง ความผิดในหน้าที่ แต่ที่ต้องถือว่าเป็นความผิดส่วนตัวก็เพราะว่าเป็นความผิดที่ร้ายแรงถึงขนาด และแม้ว่าจะไม่ใช่ เพราะเกิดจากความไม่ระมัดระวังให้ดีเท่าที่ควรเหมือนกรณีที่กล่าวมาข้างต้นก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตอยู่ 2 ประการก็คือ ในประการแรก ความร้ายแรงของความผิดนี้พิจารณาจากการกระทำที่เป็นการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ แต่มิได้พิจารณาความร้ายแรงจากผลของนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด (C.E., 27 fev 1903, Olivier-Zemmernam)

ประการที่สอง แนวคำพิพากษาศาลปกครองจะจัดว่าความผิดที่กระทำในหน้าที่ของหน่วยงานเป็นความผิดของหน่วยงานเสียเป็นส่วนใหญ่ และที่จะถือว่าเป็นความผิดส่วนตัวนั้นจะต้องมีระดับความร้ายแรงมากจริง ๆ ซึ่งถือเป็นกรณียกเว้น (T.C., 6 dec 1937, Cornu)

#### ความผิดส่วนตัวและความผิดอาญา

นับตั้งแต่ศาลปกครองได้ตัดสินคดีบรรทัดฐานชื่อ "Thépaz" (T.C., 14 janv. 1935) นั้น ความผิดอาญาอาจเป็นความผิดของหน่วยงานที่ทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบได้ แต่ความผิดอาญาจะเป็นความผิดส่วนตัวได้ก็ต่อเมื่อเขาองค์ประกอบของความผิดส่วนตัว คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำที่ไม่มีความสัมพันธ์กับหน้าที่ในหน่วยงาน หรือดูจากเจตนาและความรุนแรงของความผิด เป็นต้น

#### ความผิดส่วนตัวกับคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

ปัญหาอาจมีว่าถ้าเกิดเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาจะเป็นการกระทำที่ต้องรับผิดชอบส่วนตัวหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่า ความผิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำไปตามคำสั่งนั้นอาจเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ถ้าเขาองค์ประกอบความผิดตามที่เรากล่าวมาแล้วข้างต้น (T.C. 15 fev 1890, Vincent)

#### (2) ลักษณะพิเศษบางประการของคดีปกครองกรณีความผิดส่วนตัว

- ประการแรก คดีประเภทนี้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาพิพากษา โดยให้หลักกฎหมายแพ่งในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีเช่นเดียวกับที่ใช้ในคดีระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน

- หลักประกันแก่เจ้าหน้าที่หรือหลักการคุ้มครองเจ้าหน้าที่

ในสมัยก่อน เคยมีหลักที่เรียกว่า "หลักการคุ้มครองข้าราชการ" อันมีสาระสำคัญว่า การฟ้องข้าราชการไม่ว่าในทางแพ่งหรือทางอาญา จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลปกครองสูงสุดก่อน ทั้งนี้เป็นหลักที่กำหนดขึ้นในมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปีที่ 8 แห่งสมัยการปฏิวัติของฝรั่งเศส แต่หลักนี้ก็ไดถูกยกเลิกไปในสมัยจักรวรรดิที่ 2 ของฝรั่งเศส โดยกฎหมายลงวันที่ 19 กันยายน 1870 สาเหตุที่ยกเลิกเพราะได้มีการใช้กันอย่างกว้างขวางเกินไป นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลปกครองได้ตัดสินยืนยันการยกเลิกความคุ้มครองแก่ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนี้ในคดี

## 2. ความรับผิดชอบระหว่างเจ้าหน้าที่กับฝ่ายปกครอง

(Le cumul des responsabilités du fonctionnaire et de l'administration)

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบนั้นก็คือว่า ในบางกรณีเจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวแล้วนั้น เป็นไปได้หรือไม่ที่ฝ่ายปกครองก็อาจต้องรับผิดชอบด้วยเช่นเดียวกัน?

### (1) เงื่อนไขของความรับผิดชอบ

ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เงื่อนไขต่าง ๆ ของความรับผิดชอบนี้ไดถูกกำหนดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในกรณีดังต่อไปนี้

ก. กรณีแรกของความรับผิดชอบนั้นเกิดจากเพราะการมีระบบศาลคุณันเอง กล่าวคือ เนื่องจากศาลแต่ละศาลต่างมีอิสระซึ่งกันและกัน และเมื่อผู้เสียหายฟ้องเจ้าหน้าที่เป็น 2 คดีในเวลาเดียวกัน โดยฟ้องคดีแรกต่อศาลแพ่ง และฟ้องอีกคดีหนึ่งต่อศาลปกครอง โดยในคดีนี้ไม่มีใครยกเรื่องขึ้นเสนอต่อศาลคดีขัดกัน (ให้พิจารณารวมคดีและกำหนดศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี) จึงทำให้ศาลยุติธรรมตัดสินให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบ เพราะเป็นความผิดส่วนตัว และศาลปกครองตัดสินให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบเพราะเป็นความผิดของหน่วยงาน เป็นต้น กรณีประเภทนี้จึงเป็นความรับผิดชอบขึ้นมาได้เช่นกัน

ข. กรณีที่สองนี้ ไม่ใช่เกิดอุบัติเหตุทางกระบวนการพิจารณาเหมือนกรณีแรก แต่เป็นกรณีที่สำคัญที่สุดของความรับผิดชอบ เมื่อศาลปกครองได้ตัดสินให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ อัน

เนื่องจากความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานนั้น

เพื่อทำความเข้าใจถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ของความรับผิดชอบ เราจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างกรณีหลายความผิด และกรณีความผิดเดียว

(ก) ความรับผิดชอบในกรณีหลายความผิด

ในบางครั้งเป็นไปได้ที่ความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงง่าย ๆ แต่เพียงอย่างเดียว แต่เกิดจากภายใต้สถานการณ์ที่มีความผสมผสานกันอย่างใกล้ชิดระหว่างข้อเท็จจริงที่ถือได้ว่าเป็นความผิดของหน่วยงานประการหนึ่ง และข้อเท็จจริงที่โดยสภาพจัดว่าเป็นความผิดส่วนตัว อีกประการหนึ่ง ซึ่งกรณีศาลได้ตัดสินว่าเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้ในคดี Anguet

(C.E., 3 fev 1911)

(ข) ความรับผิดชอบในกรณีความผิดเดียว

เมื่อความเสียหายเกิดจากข้อเท็จจริงง่าย ๆ แต่เพียงอย่างเดียว ปัญหาการพิจารณาความรับผิดชอบจะยุ่งยากซับซ้อนขึ้น แต่เกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่าจะมีความรับผิดชอบหรือไม่ ก็คือต้องพิจารณาว่า ความผิดนั้นได้กระทำโดยมีความสัมพันธ์กับหน่วยงานกับความผิดที่กระทำไปโดยไม่เกี่ยวกับหน้าที่ของหน่วยงาน และเฉพาะกรณีแรกเท่านั้นที่อาจเป็นความรับผิดชอบได้

(2) ผลของความรับผิดชอบ

ก. สิทธิของผู้เสียหาย

- ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเลือกอย่างเสรีระหว่างการฟ้องฝ่ายปกครองเป็นความผิดของหน่วยงานต่อศาลปกครอง หรือจะเลือกฟ้องเจ้าหน้าที่เป็นความผิดส่วนตัวต่อศาลยุติธรรม และในทั้งสองคดีนี้ผู้ฟ้องเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายเต็มจำนวนทั้งสองคดี

- แต่ความรับผิดชอบไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนซ้ำซ้อนสองครั้งโดยอาศัยการฟ้องศาลปกครองบาง ศาลยุติธรรมบาง ดังนั้น ผู้เสียหายก็จะต้องเลือกเอาศาลใดศาลหนึ่งที่เห็นว่าตนจะได้รับประโยชน์สูงสุด

ข. กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบระหว่างฝ่ายปกครองกับเจ้าหน้าที่

ผลของความรับผิดชอบจะซับซ้อนขึ้นในส่วนที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายระหว่างฝ่ายปกครองกับเจ้าหน้าที่ กฎเกณฑ์นี้ปฏิบัติโดยวิธีการฟ้องไล่เบี้ยให้ชดเชย



\* เงินคืนแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจจะเป็นฝ่ายปกครองฟ้องเจ้าหน้าที่ หรือเป็นการที่เจ้าหน้าที่ฟ้องฝ่ายปกครองก็ได้

(ก) กรณีที่ฝ่ายปกครองฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่

เป็นกรณีที่มีความรับผิดชอบเจ้าหน้าที่มีส่วนต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวรวมอยู่ด้วย ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลไควางหลักไว้ในคดี Laruelle (C.E., 28 juillet 1951) ซึ่งพอสรุปได้ดังต่อไปนี้

- ฝ่ายปกครองที่มีความรับผิดชอบร่วมกับเจ้าหน้าที่และได้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนทั้งหมดให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ก็มีสิทธิที่จะฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ แมว่าจะไม่สามารถที่จะเข้ารับช่วงสิทธิจากผู้เสียหาย เพื่อทำการฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ได้รับการชดเชยคืนจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการโดยทางอื่น เป็นต้นว่าออกเป็นคำสั่งในทางปกครอง ซึ่งมีผลบังคับทันทีให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวชดเชยเงินส่วนที่ตนต้องรับผิดชอบให้แก่ฝ่ายปกครองได้

- ศาลปกครองเท่านั้นที่จะเป็นผู้พิจารณาส่วนที่ต้องรับผิดชอบระหว่างฝ่ายปกครองกับเจ้าหน้าที่ และวินิจฉัยส่วนที่แต่ละฝ่ายจะต้องรับผิดชอบใดด้วย (C.E., 28 juillet 1951, Delville; T.C., 26 mars 1954, Moritz)

- ในการกำหนดส่วนที่แต่ละฝ่ายจะต้องรับผิดชอบนั้น ผู้พิพากษาจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงและความรุนแรงของความผิดที่แต่ละฝ่ายได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น (Delville)

- ในกรณีที่ความผิดเกิดจากความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่หลายคนมีส่วนร่วมอยู่ด้วยกัน ไม่อาจพิจารณารวม ๆ กันได้ ในการฟ้องไล่เบี้ยจึงต้องพิจารณาเป็นราย ๆ ไป

(Jeannier C.E., 22 mars, 1957)

- คำพิพากษาที่ให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายนั้น ไม่มีผลบังคับต่อเจ้าหน้าที่แต่ประการใด เพราะในคดีที่ฝ่ายปกครองฟ้องไล่เบี้ยนั้น เจ้าหน้าที่ผู้นั้นอาจโต้แย้งถึงจำนวนเงินที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน หรือแม้แต่ว่าตนเองไม่มีความผิดได้ (Laruelle)

(ข) กรณีที่เจ้าหน้าที่ฟ้องไล่เบี้ยเอาจากฝ่ายปกครอง

มีกรณีที่เจ้าหน้าที่จะฟ้องไล่เบี้ยเอาแก่ฝ่ายปกครองอยู่สองกรณีด้วยกัน กล่าวคือ

กรณีแรก คือกรณีที่ผู้เสียหายไต่ฟ้องเจ้าหน้าที่เป็นคดีความผิดส่วนตัวต่อศาลยุติธรรม แต่แท้ที่จริงแล้ว เป็นความผิดของหน่วยงาน (และคดีนี้ไม่เคยขึ้นมาให้ศาลคดีซัดกันชี้) และผู้พิพากษาศาลยุติธรรมตัดสินผิดไปว่าเป็นความผิดส่วนตัวและให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบ ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในความผิดซึ่งที่จริงไม่ใช่ความผิดของตน แต่เป็นความผิดของหน่วยงาน เพื่อแก้ไขจุดบกพร่องอันนี้ ศาลปกครองจึงยอมให้เจ้าหน้าที่สามารถฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้อีกคดีหนึ่ง แต่ต้องอยู่ในระหว่างที่คดีในศาลยุติธรรมยังอยู่ในระหว่างพิจารณาและยังได้ไต่ชี้ขาดตัดสินไปก่อน (C.E., 8 fev. 1924, Raymand)

กรณีที่สอง ในการปรักฏเกณฑ์เฉลี่ยความรับผิดชอบนี้ เจ้าหน้าที่ซึ่งถูกศาลยุติธรรมตัดสินให้ชดเชยค่าเสียหายใหม่ทดแทนไป จึงอาจฟ้องฝ่ายปกครองให้ชดเชยในส่วนที่ฝ่ายนั้นจะต้องรับผิดชอบได้

### 3. ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ต่อฝ่ายปกครอง

(La responsabilité du fonctionnaire vis-a-vis de l'administration)

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ต่อฝ่ายปกครองนี้ พอจะแยกออกได้เป็น 2 กรณีด้วยกันกล่าวคือ

กรณีแรก เมื่อเจ้าหน้าที่ใดก่อความเสียหายแก่ฝ่ายปกครองโดยตรง จากการกระทำของตน และในกรณีที่สองคือ กรณีที่เป็นการเฉลี่ยความรับผิดชอบ เมื่อฝ่ายปกครองได้ชดเชยค่าเสียหายใหม่ทดแทนให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วก็มาฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ในส่วนที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบ ซึ่งอาจจะเป็นส่วนหรือจำนวนทั้งหมดของจำนวนที่ฝ่ายปกครองได้ชดเชยไป

สำหรับในกรณีที่สองนี้ แต่เดิมมีหลักถือว่าเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบในทางการเงินต่อฝ่ายปกครอง ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเขาในหน่วยงาน แต่หลักนี้ได้ถูกยกเลิก เสียแล้วโดยแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลปกครองในคดีที่กล่าวมาข้างต้น เพราะศาลได้วางหลักไว้ในคดีนี้ว่า เจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลมหาชนต่าง ๆ ของรัฐนั้นอาจต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายที่เกิดแก่ฝ่ายปกครองเป็นตัวเงินได้ เมื่อความเสียหายดังกล่าวเกิดจากความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ

ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

(La responsabilité de l'administration)

ที่มาและความเป็นเอกเทศของทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองนี้ (ยกเว้นในบางกรณีซึ่งกำหนดเอาไว้อย่างชัดแจ้งโดยกฎหมาย) โดยหลักแล้วเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาล และความเป็นเอกเทศของหลักว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ซึ่งแยกต่างหากโดยเป็นหลักเกณฑ์พิเศษแตกต่างจากกฎหมายแพ่งนั้น ได้ถูกกำหนดขึ้นเป็นครั้งแรกในคดี Blanco (T.C., 1<sup>er</sup> jan 1873)

ในคดีนี้ศาลได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยซึ่งสำคัญยิ่งว่า "...พิจารณาเห็นว่าความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชน อันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ทางปกครองนั้น ไม่อาจพิจารณาวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งใช้บังคับระหว่างเอกชนต่อเอกชนได้ หลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบไม่เป็นการทั่วไปและไม่เด็ดขาด เป็นหลักความรับผิดชอบที่มีกฎเกณฑ์พิเศษเป็นของตนเองซึ่งแตกต่างกันไปโดยขึ้นอยู่กับความต้องการของหน่วยงาน และตามความจำเป็นในการที่จะต้องคอยประสานสิทธิต่าง ๆ ของรัฐกับสิทธิของเอกชน"

วิวัฒนาการของหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

แต่เดิมฝ่ายปกครองยึดถือหลักไม่ต้องรับผิดชอบแต่ในปัจจุบันความไม่ต้องรับผิดชอบนี้มีแต่เพียงในบางกรณีอันจัดเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น และจากการเปรียบเทียบระหว่างความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองกับหลักความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง จะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้นมีขอบเขตของความรับผิดชอบที่กว้างกว่ากฎหมายแพ่ง

1. เงื่อนไขของความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

(Les conditions d'existence de la responsabilité de l'administration)

เงื่อนไขของความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองนั้น ขึ้นอยู่กับ

- (1) ลักษณะของข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย
- (2) ลักษณะของความเสียหาย, และ
- (3) ลักษณะโดยสภาพของหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

(1) ข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

ตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ได้มีหลักของความรับผิดชอบโดยมีความผิดกับความรับผิดชอบโดยไม่มีความผิด หรือเพราะเป็นกรณีที่มีภัยเสี่ยงภัย

จากทฤษฎีเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้ ทำให้เราอาจตั้งคำถามขึ้นมาได้ว่าจำเป็นหรือไม่ที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบนี้ จะต้องเกิดจากการกระทำผิด หรือเพียงแต่ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลระหว่างความเสียหายกับการกระทำที่ถูกกล่าวหาอันนี้เป็นการเพียงพอแล้ว โดยที่การกระทำนั้นแม้ว่าจะถูกต้อง (อันเป็นกรณีความรับผิดชอบโดยไม่มีความผิดหรือเพราะเป็นกรณีที่มีภัยเสี่ยงภัย)

แต่การยอมรับหลักความรับผิดชอบโดยไม่มีความผิดนี้ไม่ใช่บังคับเป็นการทั่วไป แต่จะใช้บังคับเฉพาะแต่ในบางกรณีเท่านั้น ดังนั้น ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองจึงประกอบไปด้วยสองระบบด้วยกันคือ ระบบความรับผิดชอบโดยมีความผิดเป็นหลัก และระบบความรับผิดชอบเนื่องจากความเสียหายทางปกครองเป็นส่วนประกอบ

การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายและหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

"ความผิด" เป็นเพียงเงื่อนไขที่ตั้งขึ้นแล้วแต่กรณีเพื่อที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องชดเชยค่าเสียหาย แต่ไม่ใช่พื้นฐานของหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบ คือ ไม่ใช่สิ่งที่เป็นเหตุผลของการมีหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐนั่นเอง ในขณะที่แนวความคิดเกี่ยวกับ "การเสี่ยงภัย" ก็เป็นเพียงความเกี่ยวพันหรือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เท่านั้นจึงเป็นได้แต่เพียงเงื่อนไขของความรับผิด แต่ไม่ใช่เหตุผลของหลักว่าด้วยความรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรณีแรกที่เกี่ยวข้องกับความผิด

โดยแท้ที่จริงแล้ว เหตุผลที่เป็นพื้นฐานของหลักว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองนี้ก็คือมาจากความคิดที่ว่า "การบริหารสาธารณะนั้นกระทำไปเพื่อประโยชน์โดยทั่วไปของกลุ่มประชาชน (กลุ่มประชาชนในรัฐสำหรับบริการสาธารณะของชาติ, กลุ่มประชาชนในพื้นที่ปกครองพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง สำหรับบริการสาธารณะในท้องถิ่นนั้น) กลุ่มประชาชนจึงได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเหล่านี้ และถ้าโดยเหตุเพราะการดำเนินการบริการสาธารณะดังกล่าวใดก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่งเป็นพิเศษแล้ว ก็เป็นการยุติธรรมที่กลุ่มประชาชนจะช่วยกันแบ่งเบาภาระโดยการชดเชยความเสียหายที่เป็นกรณีพิเศษเช่นนี้ให้กับเขา (ซึ่งเป็นความคิด

ของหลักที่ว่าด้วยความเสมอภาคของเอกชนต่อภาระสาธารณะ (L'égalité des citoyens devant les charges publiques)"

เหตุที่ความรับผิดชอบที่เสี่ยงภัยไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสก็เพราะมีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับภาระทางการเงิน ความกลัวว่าเจ้าหน้าที่ทางปกครองจะได้รับผลกระทบในภาระทางการเงินมากเกินไป ทำให้ต้องยับยั้งทฤษฎีไว้ โดยเฉพาะแต่ในบางเรื่องศาลปกครองได้มีแนวคำพิพากษาอนุญาตไว้ ส่วนนอกจากกรณีดังกล่าวแล้วก็เป็นการเข้าใจที่ถูกต้องที่มีความผิดอันเป็นเงื่อนไขของความรับผิด และทำให้ผู้พิพากษาสามารถที่จะจำกัดภาระทางการเงินของนิติบุคคลทางปกครองได้

ความแตกต่างกันของระบบต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความรับผิดในทางเทคนิค

ความแตกต่างกันของระบบต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความรับผิดในทางเทคนิคนี้ได้แก่ หน้าที่ในการนำสืบ และการไต่รับการยกเว้นไม่ต้องนำสืบ

ขอแตกต่างระหว่างระบบความผิดและระบบการเสี่ยงภัยนั้นอาจพิจารณาจากการนำสืบพยานหลักฐานโดยผู้เสียหาย และขอยกเว้นไม่ต้องรับผิด

ขอแตกต่างของทั้งสองระบบน้อยที่ว่า ในระบบของการเสี่ยงภัย ผู้เสียหายนำสืบแต่เพียงว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการกระทำที่ถูกลกล่าวหา ก็เป็นการเพียงพอแล้ว แต่ในระบบความผิดนั้น จะต้องนำสืบพิสูจน์ว่าการกระทำนั้นมีลักษณะที่เป็นความผิดด้วย

แต่มีข้อสังเกตอยู่ประการหนึ่งว่า ในระบบความผิดนี้ยังประกอบไปด้วยระบบที่กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นความผิด ซึ่งในกรณีเช่นนั้นก็เป็นที่ของผู้กระทำการที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องมีหน้าที่นำสืบว่าไม่ได้กระทำ ผิด ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป

สำหรับขอยกเว้นไม่ต้องรับผิดนี้ ถึงแม้จะไม่ชี้เฉพาะแต่ในเรื่องกฎหมายปกครองก็ตาม แต่กฎหมายปกครองมีลักษณะพิเศษเกี่ยวกับขอยกเว้นไม่ต้องนำสืบนี้ในบางประการ กล่าวคือ

- 1<sup>c</sup> ความผิดของผู้เสียหาย ทำให้ฝ่ายปกครองพ้นผิด
- 2<sup>c</sup> เหตุสุดวิสัยก็เป็นสาเหตุหนึ่งของการยกเว้นความรับผิดในทุกระบบของความรับผิด

3<sup>c</sup> สิ่งที่อยู่ติดกันโดยบังเอิญหรืออย่างไมคาดฝัน ซึ่งมีลักษณะของการที่ยากจะค้นพบถึงสาเหตุของความเสียหาย จึงเป็นส่วนหนึ่งของข้อยกเว้นในระบบความผิด รวมทั้งในระบบข้อสันนิษฐานความผิด (ซึ่งกำหนดข้อแตกต่างระหว่างข้อสันนิษฐานว่ามีความผิดกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเสียหาย), แต่ในทางตรงกันข้าม ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการอุบัติเหตุโดยไมคาดหมายได้นี้ ไม่ถือเป็นข้อยกเว้นความรับผิดในระบบของการเสียหาย

4<sup>c</sup> การกระทำของบุคคลที่สาม เป็นสาเหตุของการรยกเว้นให้ไม่ต้องรับผิดในระบบของความผิดและระบบของข้อสันนิษฐานว่ามีความผิด แต่ไม่ได้รับการยกเว้นในระบบของการเสียหาย

ก. ความรับผิดโดยมีความผิด (La responsabilité pour faute)

- ความรับผิดโดยมีความผิดนั้นนับได้ว่าเป็นความรับผิดที่บังคับใช้เป็นหลักในกรณีทั่วไป ซึ่งแยกเป็นความผิดส่วนบุคคลและความผิดของบริการสาธารณะ (แตกต่างจากความผิดของหน่วยงาน)

- ความผิดของฝ่ายปกครองนั้น อาจมีได้ในหลายกรณี เช่น

1<sup>c</sup> ในกรณีที่บริการสาธารณะบริการไม่ดี

2<sup>c</sup> ในกรณีที่บริการสาธารณะไม่ยอมดำเนินการ

3<sup>c</sup> ในกรณีที่บริการสาธารณะบริการอย่างล่าช้ากว่าปกติ

- ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกับความรับผิด

การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (L'illégalité) นั้น โดยทั่วไปแล้วอาจก่อให้เกิดความรับผิดขึ้นได้ ดังนั้น การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายในกรณีดังกล่าวนี้ จึงถูกบทลงโทษถึง 2 ครั้ง โดยถูกเพิกถอนการกระทำนั้นประการหนึ่ง และถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วก็จะเข้าเรื่องความผิดอีกประการหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีมิได้เป็นเช่นที่กล่าวข้างต้นนี้เสมอไป ศาลปกครองได้แยกแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายออกจากแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิด โดยวางหลักด้วยกฎหมายออกจากแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิด โดยวางหลักเอาไว้ว่า การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นสามารถที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนได้ แต่ไม่อาจก่อให้เกิดสิทธิจะเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายได้เสมอไป (ที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดได้นั้น จะต้องเป็นความผิดอย่างแท้จริงหรือมีความเสียหายอย่างแท้จริง)

- ระดับของความผิด

การที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดไต่ถาม ความผิดในหน่วยงานจะต้องมีระดับความผิดที่ร้ายแรงพอสมควร และเกิดขึ้นอย่างแท้จริง ซึ่งระดับของความรับผิดนี้อาจเปลี่ยนแปลงไป โดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์หรือขึ้นอยู่กับลักษณะของการทำงานของหน่วยงานนั้น สำหรับบริการสาธารณะ บางอย่าง ฝ่ายปกครองจำต้องรับผิดก็ต่อเมื่อเป็นความผิดที่ร้ายแรง (faute lourde) เท่านั้น ความผิดร้ายแรงนี้เป็นเงื่อนไขที่กำหนดความรับผิดสำหรับบริการสาธารณะที่โดยทั่วไป แล้วยากแก่การดำเนินการหรือปฏิบัติการซึ่งที่สำคัญ ได้แก่

- การดำเนินกรของตำรวจ
- การดำเนินการทางภาษีอากร
- การดำเนินการของโรงพยาบาล
- การควบคุมทางปกครอง เหล่านี้เป็นต้น

ข. ความรับผิดโดยไม่มีความผิด (หรือโดยการเสี่ยงภัย) (La responsabilité sans faute ou pour risque)

- ขอบเขตของการบังคับใช้หลักความรับผิดโดยไม่มีความผิด

การมีหลักความรับผิดโดยไม่มีความผิดเกิดขึ้นนับเป็นเอกลักษณ์ของทฤษฎีนี้ เมื่อเทียบกับกฎหมายแพ่ง แต่ผลบังคับใช้ของหลักนี้มีได้เป็นการทั่วไป เพราะหลักก็คือจะต้องมีความผิดจึงจะรับผิด และที่ให้รับผิดโดยไม่มีความผิดนี้จึงเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น และเป็นเพียงหลักความรับผิดที่มีขึ้นเพื่อประกอบและขยายหลักความรับผิดให้มีขอบเขตกว้างออกไปในบางเรื่องเท่านั้น และความรับผิดโดยไม่มีความผิดนี้มีเงื่อนไขสำคัญอยู่ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น "จะต้องไม่คู่แล้วปรากฏว่าเป็นภาระที่เอกชนจะต้องได้รับเป็นปกติ" (C.E., 21 nov. 1947, Soc. Boulenger)

เป็นที่น่าสังเกตว่าแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดโดยไม่มีความผิดนี้ขึ้นอยู่กับทัศนคติอย่างไรโดยหนึ่งคือ แนวแรกเห็นว่าที่จะมีความรับผิดเกิดขึ้นไต่ถามจะต้องมีครบตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งเสียก่อน ซึ่งแตกต่างกันไปแล้วแต่กรณี (เช่น มีการโยธาสาธารณะ, มีการเสี่ยงภัยเป็นพิเศษ, การให้ความร่วมมือหรือช่วยเหลือต่อการดำเนินการของบริการสาธารณะ ฯลฯ

เป็นต้น) หรือคำพิพากษาอีกแนวหนึ่ง (แม้จะน้อยกว่าแนวแรก) ยอมรับว่ามีความรับผิดชอบโดยตรง  
อย่างไร้เงื่อนไขจากความผิดของหลักที่ว่า "ความเสมอภาคของประชาชนต่อภาระสาธารณะ"

ตัวอย่างของความรับผิดชอบเกิดจากการเสี่ยงภัย เช่น กรณีงานโยธาสาธารณะ (Travaux publics) การดำเนินการโยธาสาธารณะ อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหรือต่อ  
ทรัพย์สินได้ ความเสียหายนี้เป็นกรณีที่เก่าแก่และเป็นกรณีที่หลักความรับผิดชอบโดยไม่มี ความผิดนี้มาก  
ที่สุด ซึ่งพอสรุปหลักของความรับผิดชอบโดยไม่มี ความผิดในกรณีนี้ได้ คือ

1<sup>c</sup> ความเสียหายได้เกิดขึ้นแก่บุคคลที่สาม ก่อให้เกิดความรับผิดชอบโดยไม่มี ความผิดได้  
แต่มีข้อยกเว้นจะต้องมีลักษณะที่ผิดปกติ (anormal) ด้วย

2<sup>c</sup> ความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นต่อผู้ ชี้ขึ้นขึ้นอยู่กับระบบความรับผิดชอบโดยมี ความผิด  
แต่ศาลยอมรับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความผิดในกรณีนี้ ซึ่งก็หมายความว่า เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง  
ที่จะต้องพิสูจน์ว่าใครดูแลรักษาการก่อสร้างไว้อย่างดีแล้ว (ตามทฤษฎีว่าด้วยความบกพร่องจากการ  
บำรุงรักษาตามปกติ)

ส่วนกรณีตัวอย่างของความรับผิดชอบ "ตามหลักความเสมอภาคของประชาชนต่อภาระ  
สาธารณะ" นั้น ได้แก่ ความเสียหายที่ก่อให้เกิดแก่เอกชนที่มีลักษณะ เป็นกรณีพิเศษมากไปกว่าภาระ  
ที่เขาควรจะได้รับตามปกติธรรมดา เป็นต้น

## (2) ลักษณะของความเสียหาย (Le préjudice réparable)

การที่จะให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องปรากฏว่าโจทก์ได้แสดงให้เห็นว่า  
ได้รับความเสียหาย หากไม่มีความเสียหายก็ไม่มี ความรับผิดชอบ (C.E., 22 juillet 1949,  
Aubery) และนอกจากนี้ ความเสียหายยังต้องมีลักษณะบางประการอีกด้วย

ก. ผู้ก่อความเสียหายมีความสัมพันธ์หรืออาจถูกตำหนิกับผลแห่งการกระทำนั้น  
(Imputabilité)

หลักก็คือ ความเสียหายที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้ นั้น จะต้องเป็นเพราะเรา  
อาจตำหนิฝ่ายปกครองได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

ข. ลักษณะความเสียหายโดยตรงและแน่นอน กล่าวคือ จะให้เกิดความรับผิดชอบได้  
ความเสียหายจะต้องมี "ความสัมพันธ์โดยตรงและแน่นอน" กับการกระทำที่ถูกกล่าวหา



ค. ความเสียหายต้องมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ มีผลกระทบต่อเอกชนหรือกลุ่มคนบางกลุ่มโดยเฉพาะ

ง. ความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเลขได้กับความเสียหายทางจิตใจ

สำหรับความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นเงินได้นั้นไม่มีปัญหายุ่งยากแต่อย่างใด แต่ความเสียหายทางจิตใจนั้น แต่เดิมต่างประเทศยังไม่ยอมตัดสินคดีชี้ให้ แต่ต่อมาแนวคำพิพากษาได้เปลี่ยนแปลงไป และยอมรับที่จะพิพากษาคดีชี้ให้แก่ความเสียหายทางจิตใจได้ (C.E., 24 novembre 1962, *Letisserand*)

(3) ลักษณะโดยสภาพของหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

กิจกรรมสาธารณะอาจจำแนกออกได้ตามหน้าที่ของรัฐ 3 ประการ คือ

ก. กิจกรรมในทางปกครอง

ข. กิจกรรมในทางนิติบัญญัติ

ค. กิจกรรมในทางตุลาการ

ปัญหาจึงมีว่าความรับผิดของรัฐอาจเกิดขึ้นจากกิจกรรมแต่ละอย่างนี้ได้เพียงใดหรือไม่

ก. กิจกรรมในทางปกครอง ความรับผิดของรัฐอันเกิดจากกิจกรรมในทางปกครองนั้นยอมมีอยู่อย่างเต็มที่ และในปัจจุบันหลักเดิมที่ถือว่ารัฐไม่ต้องรับผิดนั้นก็ไม่ได้นำมาใช้บังคับแล้ว ตามหลักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส ยังมีข้อยกเว้นอยู่บ้าง ก็แต่ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐบาล (*L'Acte de gouvernement*) หรือการปฏิบัติตามกฎหมายพิเศษ ซึ่งจะได้อธิบายกันต่อไปในภายหลัง

ข. กิจกรรมในทางนิติบัญญัติ ความรับผิดของรัฐเกี่ยวกับผลแห่งการออกกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนนั้น ยอมรับกันเป็นหลักทั่วไปว่ารัฐไม่ต้องรับผิด เพราะเป็นภาระหน้าที่ของพลเมืองที่จะต้องยอมรับนับถือและปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่ว่าบทกฎหมายนั้นจะทำให้ตนต้องเสื่อมสิทธิหรือได้รับความเสียหาย และเนื่องจากในฝรั่งเศสไม่ยอมรับหลักที่ว่าบทกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ความรับผิดของรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ หลักที่ถือว่ารัฐไม่ต้องรับผิดในกิจกรรมทางนิติบัญญัติ จึงเป็นหลักที่ใช้บังคับอย่างเด็ดขาดตลอดมา จนกระทั่งเมื่อปี ค.ศ. 1938 ศาลปกครองสูงสุดจึงได้ผ่อนคลายนัยหนึ่งไปบ้าง โดยตัดสินให้รัฐให้ค่าทดแทนแก่บริษัท

เอกชนที่ต้องเสียหายเนื่องจากการห้ามมิให้ผลิตสินค้าซึ่งบริษัทนั้นเคยผลิตอยู่แต่เดิม แต่การที่จะให้รัฐรับผิดชอบในกรณีเช่นนี้ ความเสียหายนั้นต้องมีลักษณะพิเศษและมีความสำคัญถึงขนาด นอกจากนั้น กิจกรรมที่กฎหมายห้ามมิให้ทำนั้นต้องไม่เป็นการกระทำที่เป็นการฉ้อฉล หรือมีลักษณะอันมิชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น ในการออกบทกฎหมายที่ห้ามกิจกรรมดังกล่าวนี้ จึงมีหลักปฏิบัติเป็นทางแยกด้วยวิธีให้คาดแทนแก่ผู้ที่ถูกห้ามโดยกำหนดไว้ในบทกฎหมายนั่นเอง เช่น กฎหมายที่ห้ามขายเหล้า บางประเภทโดยยอมให้คาดแทนแก่ผู้ผลิตเหล้าเหล้านั้น เป็นต้น

ค. กิจกรรมในทางตุลาการ สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐในทางตุลาการ ย่อมถือเป็นหลักแน่นอนและตายตัวว่ารัฐไม่ต้องการรับผิดชอบ และหลักนี้มีได้ใช้เฉพาะแต่กรณีที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลเท่านั้น แต่ยังคงรวมถึงการกระทำต่าง ๆ ตามกระบวนการวิธีพิจารณาและการบังคับตามคำพิพากษาด้วย นอกจากนี้ ยังให้ความคุ้มครองไปถึงเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจตุลาการด้วย หนึ่งในเรื่องนี้มีหลักในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสถือว่า "การกระทำของฝ่ายตุลาการนั้นจะนำมาฟ้องร้องยังศาลปกครองมิได้" แต่อย่างไรก็ดี เมื่อเกิดการผิดพลาดเกี่ยวแก่การพิพากษาคดีนั้นก็ยังมิ "กฎหมาย" ของฝรั่งเศสที่ยอมให้คาดแทนเป็นค่าทำขวัญ เช่น ในกรณีที่ปรากฏว่าศาลพิพากษาลงโทษทางอาญาแก่บุคคลผิดตัวไปโดยปรากฏตัวผู้กระทำผิดขึ้นภายหลัง เป็นต้น

## 2. การดำเนินการเพื่อให้ได้รับชดเชยค่าเสียหาย

(La mise en oeuvre de la responsabilité)

ในกรณีที่เงื่อนไขต่าง ๆ ที่จะทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบนั้นมีครบถ้วน การดำเนินการขั้นตอนต่อไปเพื่อให้ได้รับชดเชยค่าเสียหายนั้นทำให้เกิดปัญหาต่อมาในกรณีต่อไปนี้ คือ

(1) ผู้เสียหายควรจะทำเนิการฟ้องคดียังศาลใด,

(2) ททรัพย์สินส่วนตัวของฝ่ายปกครองที่จะสามารถนำมาชดเชยค่าเสียหายที่เกิดแก่เอกชนได้ ผู้เสียหายจะเรียกร้องจากองค์กรที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน องค์กรใดให้ชดเชยค่าเสียหายแก่ตน, และศาลจะคำนวณชดเชยค่าเสียหายโดยอาศัยหลักเกณฑ์ใด

(1) อำนาจศาล (La compétence contentieuse)

ตามหลักทั่วไปที่ถือกันในประเทศ ศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคดีที่ฟ้องร้องให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบเกี่ยวกับความเสียหายอันเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะ นอกจาก

บริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมหรือการค้า ซึ่งตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เพราะเห็นว่าเป็นกิจการที่ฝ่ายปกครองกระทำไปในลักษณะอย่างเดียวกับเอกชน

### (2) การชดเชยค่าเสียหาย (La réparation)

หลักทั่วไปในการชดเชยค่าเสียหายนั้น มีว่า จะต้องเป็นการชดเชยค่าเสียหายโดยสิ้นเชิง แต่ถึงกระนั้นก็ยังมีความแตกต่างกันอยู่บ้างในการประเมินค่าเสียหาย ซึ่งศาลปกครองมักประเมินไม่เท่าศาลยุติธรรม กล่าวคือ ศาลปกครองฝรั่งเศสถือหลักปฏิบัติว่าจะประเมินค่าเสียหายในวันที่เกิดความเสียหายขึ้น ไม่ใช่ในวันที่ศาลมีคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ดี ต่อมาศาลปกครองก็ได้ออมรับที่จะพิจารณาเมื่อมีความแตกต่างกันในเรื่องราคาหรือจำนวนเงินระหว่างวันที่เกิดความเสียหายกับวันที่มีคำพิพากษา หลักปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้อาจมีผลสำคัญเกี่ยวกับการประเมินค่าเสียหายของทรัพย์สินและการกำหนดค่าสินไหมทดแทน แต่ตามกฎหมายกำหนดอัตราค่าเสียหายไว้โดยตรงแล้ว ผู้เสียหายจะขอให้ศาลพิจารณากำหนดสินไหมนอกเหนือไปจากนั้นมิได้

### 3. ความรับผิดชอบในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

#### (Les régimes législatifs particuliers)

หลักว่าด้วยความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองตามที่ได้อธิบายมาแล้วนั้น เป็นเหตุซึ่งผู้ใดกำหนดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส เป็นส่วนใหญ่ แต่ก็มีกฎหมายหลายฉบับที่ได้สร้างระบบกฎหมายขึ้นโดยเฉพาะในกรณีบางเรื่อง กล่าวคือ ในบางกรณีมีกฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐ ในบางกรณีก็ขยายความรับผิดชอบของรัฐให้มากขึ้นกว่าความรับผิดชอบทั่วไป และในบางกรณีก็ให้รัฐรับผิดชอบแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น

#### (1) ระบบที่ยกเว้นความรับผิดชอบของรัฐ

ในฝรั่งเศสได้มีกฎหมายหลายฉบับที่ยกเว้นความรับผิดชอบของการไปรษณีย์โทรเลขในด้านต่าง ๆ เกี่ยวกับการไปรษณีย์โทรเลข เว้นแต่ความรับผิดชอบในกรณีมีข้อผูกพันพิเศษ เช่น การส่งพัสดุไปรษณีย์โดยมีประกัน เป็นต้น

#### (2) ระบบที่ขยายความรับผิดชอบของรัฐให้มากขึ้น

การขยายความรับผิดชอบของรัฐหรือฝ่ายปกครองให้มากขึ้นนั้น ได้แก่ กรณีที่มีการกำหนดความรับผิดชอบในเรื่องที่ไม่เคยมีการกำหนดให้ต้องรับผิดชอบมาก่อน เช่น มีการคำนวณให้รัฐ

ต้องรับผิดชอบในกิจกรรมทางนิติบัญญัติหรือตุลาการ เช่น การกำหนดให้ค่าทดแทนหรือค่าทำขวัญโดย  
ตัวบทกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้ ยังได้มีตัวบทกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบของรัฐมากขึ้นในกรณี  
ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในเขตนันตรายที่เกิดขึ้น เช่น การให้บำนาญในกรณีทุพพลภาพ เนื่อง  
จากอุบัติเหตุที่เกิดจากการทำงาน การให้ค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากสงคราม ซึ่งได้มีบท  
กฎหมายหลายฉบับ อันมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ให้ความสงเคราะห์มากกว่าที่จะเป็นกฎหมายที่กำหนด  
ค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้ เพื่อช่วยเหลือพลเมืองที่ได้รับ ความเสียหายเนื่องจากภัยสงคราม ทั้ง ๆ  
ที่ยังคงถือหลักว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะเป็นการกระทำ ของรัฐบาล ผู้ใดจะฟ้องร้องให้รัฐชดเชย  
เสียหายมิได้

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่มีการจลาจลเกิดขึ้น ซึ่งฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบเนื่องจากมีตัวบท  
กฎหมายพิเศษขึ้น เกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอันเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำผิดอาญาของ  
ผู้ก่อการจลาจล โดยให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหายได้รับค่าทำขวัญจากเทศบาลหรือจากรัฐ

กรณีต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น เป็นเรื่องของความรับผิดชอบที่เกิดจากเหตุอันตราย ไม่ใช่  
เกิดจากการกระทำผิดของฝ่ายปกครอง และในบางครั้งก็มีการแบ่งความรับผิดชอบกันระหว่างรัฐกับ  
เทศบาล แต่ความรับผิดชอบของรัฐและเทศบาลจะมีส่วนมากน้อยเพียงใดนั้น ต้องพิจารณาถึงการกระทำ  
ของรัฐกับเทศบาลประกอบด้วย เช่น ถ้าปรากฏว่าเทศบาลบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ระงับการ  
จลาจลหรือมีส่วนรู้เห็นกับผู้ก่อการจลาจล ส่วนที่เทศบาลจะต้องชดเชยค่าทำขวัญก็มีมากขึ้น และเป็น  
ระบบพิเศษอีกอย่างหนึ่งของกฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องนี้ก็คือ การให้อำนาจศาลยุติธรรมเป็นผู้  
พิจารณาในกรณีดังกล่าวนี้

### (3) ระบบที่ให้รัฐรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในบางกรณีกฎหมายบัญญัติให้รัฐรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ในทางปกครอง ที่กระทำ  
ความผิดส่วนตัวโดยอัตโนมัติ

ได้มีกฎหมายลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1937 บัญญัติว่าในกรณีที่เกิดความเสียหาย  
เกิดขึ้นแก่นักเรียน หรือความเสียหายที่เกิดจากนักเรียน และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบ  
ของครู เช่น ไม่ดูแลควบคุมตามควรแล้วรัฐต้องเป็นผู้รับผิดชอบแทนครู แต่ก็มีสิทธิที่จะไปไล่เบี้ยเอา  
กับครูได้ การที่ให้รัฐรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐนี้มีลักษณะแตกต่างกับการให้รับผิดชอบร่วมกันระหว่างรัฐ  
กับข้าราชการ เพราะในกรณีนั้น รัฐเองก็มีส่วนต้องรับผิดชอบในความเสียหายด้วย แต่กรณีนี้รัฐต้อง

รับผิดชอบหรือไม่ใช่เพราะเหตุที่ถือว่ารัฐกระทำผิดเพียงแต่เป็นการเข้ารับผิดแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น และการรับผิดชอบนี้มีผลให้รัฐเสียหายฟ้องรัฐโดยตรงได้โดยไม่ต้องฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้นั้น และคดีเช่นนั้น ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคดีเพราะไม่ถือว่าเป็นความผิดของฝ่ายปกครอง แต่เป็นความผิดส่วนตัวของครู จึงใช้หลักกฎหมายแพ่งในการพิจารณาคดีสินคดีเช่นนั้น การที่ฝ่ายปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นเพียงการเข้ามารับผิดแทนเท่านั้น

แต่ปัญหาอาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีความผิดของครูไม่ใช่ความผิดส่วนตัว แต่เป็นความผิดของหน่วยงาน ซึ่งในกรณีเช่นนั้น จะเกี่ยวข้องกับความรับผิดของรัฐโดยตรง เพื่อเป็นการให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำผิดของครูนี้ง่ายเข้า ศาลยุติธรรมจึงพิจารณาในความผิดที่ครูก่อขึ้นทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นความผิดส่วนตัวหรือความผิดของหน่วยงานก็ตาม อันเป็นกรณียกเว้นเป็นพิเศษที่ไม่ต้องไปฟ้องยังศาลปกครอง

แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีอื่น ๆ เช่น ความผิดอันเกิดจากการจัดบริการสาธารณะเกี่ยวกับโรงเรียนปกครอง ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นต่าง ๆ เหล่านี้ก็ยังต้องไปฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลปกครองเช่นตามปกติ (T.C., 31 mars 1950, GAvillet. D. 1950. J. 331. conel. Dupuich)

นอกจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ก็มีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1957 ซึ่งให้อำนาจศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าเสียหายไม่ว่าจะเป็นในรูปใด อันเกิดจากยานพาหนะ (Un vehicule) ไม่ว่าจะเป็นประเภทใดก็ตาม (เว้นแต่ความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นแก่สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน) ซึ่งในกรณี เช่นนี้ ฝ่ายปกครองจะเข้ามารับผิดแทนที่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของตนนั้นได้ และความหมายของยานพาหนะได้รับการตีความที่กว้างขวางมาก โดยรวมไปถึงรถเข็นด้วย และยังรวมไปถึงความเสียหายที่เกิดจากยานพาหนะที่ปฏิบัติงานโยธาสาธารณะด้วย เป็นต้น

ในกฎหมายฉบับนี้เองได้ให้เหตุผลว่าการฟ้องคดีเกี่ยวกับอุบัติเหตุอันเกิดจากยานพาหนะและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้น ศาลยุติธรรมมีใช้หลักกฎหมายแพ่งในการพิจารณาวินิจฉัย ส่วนความรับผิดของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้น เป็นเพียงเข้ามารับผิดแทนที่เจ้าหน้าที่ของตนที่ได้กระทำความผิดในระหว่างปฏิบัติหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่เอกชนเท่านั้น