



ในรัฐสมัยใหม่(modern state) ภารกิจของรัฐ(ฝ่ายปกครอง)ได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างมากมาอย่างรวดเร็ว ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ทันกับสภาพสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงและมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นนั่นเอง และภายใต้แนวความคิดของหลักนิติรัฐ(L'Etat de droit หรือ Legal state) รัฐ(ฝ่ายปกครอง) ได้อาศัย"กฎหมาย"เป็นเครื่องมือในการดำเนินภารกิจต่าง ๆ โดยมีหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น"กลไก"ในการดำเนินงาน สภาพการณ์เช่นนี้ปรากฏเป็นความจริงอย่างแน่ชัดดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศต่าง ๆ ได้ตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาบังคับใช้้อย่างมากมาย

ความข้องเกี่ยวระหว่างฝ่ายปกครองและประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครองอันเป็นผลมาจากการดำเนินภารกิจเหล่านี้ หากพิจารณาในภาพรวมอาจมองเห็นได้ว่าการกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองมีอยู่มากมายหลากหลาย นับตั้งแต่การออกกฎหมายลำดับรอง(กฎหมายของฝ่ายบริหาร) ระเบียบ คำสั่ง ประกาศ การให้อนุญาต การให้สัมปทาน สัญญาจัดซื้อพัสดุ หนังสือเวียน เครื่องหมายจราจร การให้คำแนะนำ ตลอดจนการชูดซ่อมถนน วางท่อระบายน้ำ ฯลฯ เป็นต้น

สภาพการณ์ที่กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นสภาพการณ์ที่กำลังเกิดขึ้นในประเทศไทยของเราเช่นกัน

### วัตถุประสงค์ในการศึกษา

สิ่งหนึ่งที่เกิดขึ้น(โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้)ควบคู่ไปกับสภาพการณ์ตามที่กล่าวข้างต้นนั้น ก็คือปัญหาความขัดแย้งกันระหว่างสิทธิและประโยชน์ของสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งได้แก่ ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนหรือประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง กับอีกฝ่ายหนึ่งได้แก่ประโยชน์ส่วนรวมของสาธารณะหรือฝ่ายปกครอง ปัญหาประการนี้เองที่ในอดีตได้เป็นที่มาของแนวความคิดในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ(โดยเฉพาะ

อย่างยิ่งฝ่ายปกครอง) ให้อยู่ในขอบเขตของ "กฎหมาย" (ซึ่งก็ได้เกิดเป็นแนวความคิดหลักนิติรัฐ) และ "กฎหมาย" ในที่นี้ก็คือ "กฎหมายปกครอง" นั้นเอง

ประเทศต่าง ๆ ได้คิดค้นและพัฒนาแนวทางการควบคุมฝ่ายปกครองทั้งในด้านหลักกฎหมายและในด้านรูปแบบหรือวิธีการในการควบคุม

ประสบการณ์ของต่างประเทศที่ใคร่นำมากล่าวเพียงคร่าว ๆ เพื่อขยายให้เกิดความเข้าใจชัดเจนยิ่งขึ้นในที่นี้ พอมิตัวอย่างเช่น กรณีของประเทศอังกฤษซึ่งใช้หลัก Natural Justice และหลัก Ultra Vires เป็นหลักกฎหมายสำคัญในการควบคุม และมีวิธีการควบคุมที่เป็นทั้งการดำเนินคดีทาง ศาลยุติธรรม การร้องเรียนต่อ คณะกรรมการทางบริหาร (administrative tribunal) การอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรี หรือการร้องขอความเป็นธรรมต่อข้าหลวงรัฐสภาด้านการปกครอง (the Parliamentary Commissioner for Administration หรือ P.C.A.) เป็นต้น กรณีของประเทศเยอรมันซึ่งมีหลักกฎหมายปกครองดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz 1976) และมีรูปแบบการควบคุมเช่นการฟ้องต่อศาลปกครอง ฯลฯ เป็นต้น หรือกรณีของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีการสร้างหลักกฎหมายปกครอง (droit administratif) เป็นพิเศษต่างหากจากหลักกฎหมายปกติ และมีรูปแบบในการควบคุม เช่น การฟ้องต่อศาลปกครอง และสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) หรือการร้องเรียนต่อ Médiateur ฯลฯ เหล่านี้เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ความสำเร็จในการบริหารราชการแผ่นดิน (การควบคุมฝ่ายปกครอง) คงมิใช่แต่เพียงการจัดตั้ง "องค์กร (หรือสถาบัน) "ใด ๆ ขึ้นมาเพื่อควบคุมเท่านั้น หากแต่ความสำเร็จจะอยู่ที่การสร้างและพัฒนา "หลักกฎหมายปกครอง" ขึ้นอย่างเป็นระบบ โดยหลักกฎหมายปกครองที่ดีจะต้องเป็นหลักกฎหมายที่สามารถทำให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารและขณะเดียวกันจะต้องเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม แต่ "หลักกฎหมายปกครอง" จะสามารถพัฒนาขึ้นได้หรือไม่อย่างไรนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ "แนวความคิดหรือปรัชญา" ของตัวบุคคลที่เกี่ยวข้อง (เจ้าหน้าที่ คณะกรรมการ ผู้พิพากษา ฯลฯ) ว่ามี "แนวความคิดหรือปรัชญา" ที่เหมาะสมกับสภาพการณ์ทางบริหารมากน้อยเพียงใด

เพราะ"แนวความคิดหรือปรัชญา"จะเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นว่า"หลักกฎหมายปกครอง" อยู่ในสภาพใด

นักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งได้เสนอแนะไว้ว่า ในการศึกษาและพัฒนากฎหมายปกครองของไทยนั้น การปฏิรูปการศึกษาวิชานิติศาสตร์และการส่งเสริมการวิจัยทางนิติศาสตร์ถือเป็น"เงื่อนไขบังคับก่อน"ที่พึงกระทำ และเป็นสิ่งที่ต้องกระทำภายในระยะเวลาอันเร็วที่สุด ผู้เขียนในฐานะที่เป็นนักศึกษามีความเห็นพ้องด้วยเป็นอย่างยิ่ง จึงได้อาศัยโอกาสในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำการศึกษาในเรื่องที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองของไทย

นักนิติศาสตร์บางท่านกล่าวไว้ว่า"คดีปกครองและกฎหมายปกครองมีอยู่คู่ประเทศไทยมาช้านานแล้ว" ผู้เขียนมีความคิดเห็นเพิ่มเติมว่า ความสำคัญในเรื่องนี้คงมิใช่อยู่ที่"การมีอยู่"หรือ"ความช้านาน(หรือเพิ่งเกิดขึ้น)"ของหลักกฎหมายปกครองของไทย แต่ความสำคัญน่าจะอยู่ที่ว่าหลักกฎหมายปกครองของไทยอยู่ในสภาพใด เพราะเหตุว่า แม้หลักกฎหมายปกครองของไทยจะได้มีอยู่จริงและได้มีมาเป็นเวลาช้านานเพียงใดแล้วก็ตาม แต่ถ้าหลักกฎหมายปกครองดังกล่าวไม่มีความเหมาะสมหลักกฎหมายปกครองดังกล่าวนั้นก็คงมีอาจถือว่าเป็น"หลักกฎหมายปกครองที่ดี"ไปได้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีความมุ่งหมายที่สำคัญอยู่ 2 ประการ ดังนี้

(1) ศึกษาและรวบรวมสิ่งที่เป็นแนวทางในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในประเทศไทย

(2) ประเมิน"แนวความคิดหรือปรัชญาทางกฎหมาย"ของนักกฎหมายไทยว่ามีแนวความคิดหรือปรัชญาทางกฎหมายปกครองหรือไม่ อย่างไร

ทั้งนี้ โดยประสงค์ที่จะให้เป็นพื้นฐานในการศึกษาและการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทยต่อไป

#### ปัญหาและความสำคัญของปัญหา

(1) ปัญหา

อันที่จริง ปัญหาที่ว่า"หลักกฎหมายปกครองของไทย"อยู่ในสภาพใด



นั้น เป็นปัญหาที่ตระหนักกันมาเป็นเวลานานแล้ว โดยหากจะย้อนไปในอดีต ก็จะพบว่า ปัญหานี้ได้รับการตระหนักถึงด้วยความรอบคอบเป็นอย่างดี ดังจะเห็นได้ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 ซึ่งกำหนดให้ "คณะกรรมการกฤษฎีกา" มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง (มาตรา 5) นั้นได้ กำหนดเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับ "ประเภทของคดีปกครอง" ที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกาเอาไว้ด้วย โดยกำหนดให้ต้องมีการตรากฎหมายกำหนดประเภทของคดีปกครองกันในภายหลัง หรือเห็นได้จากบันทึกเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติการร้องทุกข์ พ.ศ. .... (ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ยกวางขึ้นเพื่อเตรียมดำเนินการจัดตั้งศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517) ก็ปรากฏข้อความที่แสดงให้เห็นถึงการตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวเอาไว้เช่นกันว่า "2. องค์การที่ควบคุมฝ่ายปกครองต้องมีความรู้ในการปกครองและกฎหมายเป็นอย่างดี ..... และใช้หลักการอันเป็นเหตุผลของการวินิจฉัยให้เหมาะสมแก่สภาพของปัญหาโดยมีเป้าหมาย คือ การพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง"

แต่ปัญหาที่ว่า "หลักกฎหมายปกครองของไทย" อยู่ในสภาพใดนั้น คงเป็น "ปัญหา" ที่มีอยู่ต่อมาแม้กระทั่งในปัจจุบัน และดูเป็นปัญหาที่ยากแก่การให้คำตอบอันที่จริง การตั้งปัญหาว่า "หลักกฎหมายปกครองของไทย" อยู่ในสภาพใด อาจเป็นการตั้งปัญหาที่ออกจะกว้างเกินไปในขณะนี้ เพราะปัญหานี้จะสามารถให้คำตอบได้ก็ต่อเมื่อได้ทราบถึง "แนวความคิดหรือปรัชญาของนักกฎหมายไทย" เสียก่อนนั่นเอง

ดังนั้น เพื่อเป็นจุดเริ่มต้นของ "การให้คำตอบ" จึงอาจเปลี่ยนปัญหาเสียใหม่ให้มีขอบเขตที่ชัดเจนขึ้น โดยเริ่มต้นด้วยปัญหาที่ว่า ในสภาพเช่นนี้ ประเทศไทยมีหลักกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อย่างไร

ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับการยอมรับว่ามีระบบกฎหมายปกครองที่พัฒนาอย่างสมบูรณ์ที่สุดประเทศหนึ่งนั้น สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้พัฒนาหลักกฎหมายปกครองเป็นพิเศษต่างไปจากกฎหมายเอกชนขึ้นหลายหลักด้วยกัน เป็นต้นว่าหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง หลักสัญญาทางปกครอง (contrats



administratifs) หลักการว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (contentieux administratif) ฯลฯ และในบรรดาหลักทั้งหลายที่ได้พัฒนาขึ้นนั้นก็มีหลักที่สำคัญอีกหลักหนึ่งซึ่งเป็นหลักที่สำคัญที่สุดที่ใช้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง เป็นหลักพื้นฐานที่ช่วยให้หลักกฎหมายปกครองเรื่องอื่น ๆ สามารถพัฒนาขึ้นได้ และเป็นหลักที่วิชานิติพนธ์นี้มุ่งจะนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทย หลักดังกล่าวนี้ก็คือ "หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (principe de légalité des actes administratifs)"

ประเด็นสำคัญของหลักนี้อาจพิจารณาได้ 2 ประเด็น คือ

ประเด็นแรก โดยที่การควบคุม "ความชอบด้วยกฎหมาย" ตามหลักนี้เป็นการควบคุม "นิติกรรมทางปกครอง" ให้ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ประเด็นสำคัญจึงมีว่านิติกรรมทางปกครองคืออะไร ซึ่งเป็นประเด็นที่จะต้องหาคำอธิบายเกี่ยวกับ "ความหมาย" ของนิติกรรมทางปกครอง

ประเด็นที่สอง การควบคุมนิติกรรมทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายนั้น เมื่อนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะต้องยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว ดังนั้น ประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งจึงมีว่า กรณีอย่างใดจึงจะถือว่านิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การพิจารณา "เหตุเพิกถอน" นิติกรรมทางปกครองว่ามีเหตุอย่างใดบ้าง

ดังนั้น ปัญหาที่วิชานิติพนธ์นี้มุ่งศึกษาซึ่งได้แก่ปัญหาในเรื่องหลักกฎหมายของไทยว่าด้วยการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย นั้นจึงอาจแยกพิจารณาประเด็นปัญหาได้เป็น 2 ประเด็น เช่นเดียวกันกับที่กล่าวข้างต้น คือ

ประเด็นปัญหาแรก การกระทำทางปกครองของไทยอย่างใดที่ถูกควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประเด็นปัญหานี้จะเป็นการศึกษาความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ประเด็นปัญหาที่สอง เมื่อการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว แนวทางของประเทศไทยได้ใช้ "เหตุเพิกถอน" ประการใดมาอ้างเป็นเหตุเพิกถอนการกระทำทางปกครอง

## (2) ความสำคัญของปัญหา

การศึกษาปัญหาเกี่ยวกับหลักนิติกรรมทางปกครองนี้ มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะโดยปกติแล้ว การดำเนินงานของฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการออกนิติกรรมทางปกครองเสียเป็นส่วนใหญ่ ทั้งการฟ้องคดีปกครองจะต้องมีนิติกรรมทางปกครองเป็นฐานอยู่เสมอ และในประเทศฝรั่งเศส การควบคุมฝ่ายปกครองโดยวิธีการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นวิธีการที่ใช้กันมากที่สุดและถือเป็นวิธีการควบคุมที่ได้ผลมากที่สุดด้วย ยิ่งไปกว่านั้น หากการควบคุมฝ่ายปกครองได้กระทำไปโดยไม่ทราบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองอย่างใดที่จะอยู่ภายใต้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ทราบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองนั้นมีระบบกฎหมาย (régime juridique) เป็นเอกเทศอย่างไร และโดยไม่ทราบว่าจะต้องใช้อำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็คงพอมองเห็นได้ว่า การควบคุมฝ่ายปกครองคงไม่อาจประสบความสำเร็จได้ และการสร้างหลักกฎหมายปกครองก็คงเป็นเรื่องที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน

นอกจากนั้น หากจะพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในทางแพ่งแล้วก็จะทำให้มองเห็นความสำคัญของปัญหานี้ได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น ทั้งนี้ โดยลองพิจารณาว่า ในการทำความเข้าใจหลักกฎหมายแพ่งนั้น หากมิได้ศึกษาทำความเข้าใจหลัก "นิติกรรม (ทางแพ่ง)" เสียก่อนแล้ว การทำความเข้าใจหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องอื่น ๆ ก็คงดูเป็นเรื่องยากอย่างแน่นอน

วิธีวิจัยและขอบเขตการศึกษา

## (1) วิธีวิจัย

การทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (document reserch) โดยแยกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นข้อมูลของไทย กับส่วนที่เป็นข้อมูลเปรียบเทียบของต่างประเทศ

ในส่วนของไทยนั้น โดยที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งทดสอบและประเมิน "แนวความคิดของนักกฎหมายไทย" ฉะนั้น เพื่อให้เนื้อหาสาระสามารถครอบคลุม

"แนวความคิด" ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ การทดสอบและประเมินแนวความคิดจึงต้องกระทำโดยพิจารณาแนวความคิดของฝ่ายต่าง ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง มิใช่พิจารณาแนวความคิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงด้านเดียว ทั้งนี้ โดยแยกพิจารณาเป็น 3 ส่วน ดังนี้

ในส่วนแรก จะเป็นการประเมินแนวความคิดของไทย โดยการวิจัยจากร่างกฎหมายที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เสนอ

ในส่วนสอง จะเป็นการประเมินแนวความคิดของไทย โดยการวิจัยจากกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำวินิจฉัยหรือความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ในส่วนที่สาม จะเป็นการประเมินแนวความคิดของไทย โดยการวิจัยจากกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และคำพิพากษาศาลฎีกา

สำหรับในส่วนข้อมูลเปรียบเทียบของต่างประเทศ ก็จะเป็นการวิจัยจากเอกสารทั้งที่เขียนเป็นภาษาไทยและที่เป็นภาษาต่างประเทศ

## (2) ขอบเขตการศึกษา

### (2.1) ขอบเขตทั่วไป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นปัญหาทั้งสองประการที่กล่าวข้างต้น

### (2.2) ขอบจำกัด

การทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อที่จำเป็นต้องขอสงวนเอาไว้เป็นข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ ในการเปรียบเทียบกับข้อมูลต่างประเทศนั้น ผู้เขียนจะทำการเปรียบเทียบกับแนวทางของประเทศฝรั่งเศส เพียงประเทศเดียวเท่านั้น (อาจมีการกล่าวถึงแนวทางของประเทศอื่น ๆ บ้างก็เฉพาะในบางส่วน) ทั้งนี้ โดยผู้เขียนมีเหตุผลสำคัญ ดังนี้

1) โดยที่วัตถุประสงค์ของการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงส่วนที่เป็นของประเทศไทยเป็นสำคัญ การกล่าวถึงหลักของต่างประเทศจึงมีความสำคัญแต่เพียงให้มีแนวทางในการเปรียบเทียบกับกันเท่านั้น ฉะนั้น จึงไม่มี



ความจำเป็นต้องกล่าวถึงแนวทางของต่างประเทศหลาย ๆ ประเทศแต่อย่างใด

2) โดยที่หลักกฎหมายปกครองของประเทศต่าง ๆ ย่อมมีความแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับปัจจัยทางสังคม การปกครอง ฯลฯ ของแต่ละประเทศ ฉะนั้น การนำเอาหลักกฎหมายปกครองของหลาย ๆ ประเทศมากล่าวไว้ก็มิได้เป็นการแน่นอนว่าจะทำให้เกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ขึ้นได้เสมอไป ตรงกันข้ามอาจจะกลับทำให้เกิดความสับสนได้ว่าจะใช้แนวทางของประเทศใดเป็นข้อเปรียบเทียบ

3) เฉพาะ "หลักนิติกรรมทางปกครอง" นั้น เป็นหลักที่มีในประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น ฝรั่งเศส หรือเยอรมัน เท่านั้น ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตธรรม (Common law system) จะไม่มีหลักดังกล่าว (หมายเหตุ : ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตธรรม นั้น หลักกฎหมายเอกชนจะไม่มีแม้กระทั่งหลัก "นิติกรรม" ทางแพ่ง)

4) โดยที่หลักกฎหมายปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้เกิดขึ้นจากประเทศที่มีเงื่อนไขทางสังคมและกฎหมายคล้ายคลึงกับประเทศไทยหลายประการ กล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่เป็นรัฐเดี่ยว ใช้ระบบประมวลกฎหมาย มีฝ่ายปกครองที่จัดระบบอยู่ภายใต้การควบคุม และเป็นประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภา ซึ่งประเทศไทยก็มีเงื่อนไขดังกล่าวมานี้เช่นกัน ดังนั้น การนำเอาหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการศึกษาเปรียบเทียบ จึงดูจะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษากฎหมายปกครองของไทยได้มาก

#### ประโยชน์ที่จะได้รับ

โดยที่การพัฒนาหลักกฎหมายปกครองย่อมขึ้นอยู่กับ "แนวความคิดหรือปรัชญาของบุคคล" ดังนั้น การที่วิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาและประเมิน "แนวความคิด" ของนักกฎหมายไทยจึงทำให้เราทราบว่า "แนวความคิด" ของเราเป็นอย่างไร ซึ่งสามารถนำมาเป็นพื้นฐานในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทยได้ต่อไป



หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง  
(Principe de légalité des actes administratifs)

(1) รากฐานของแนวความคิด

แนวความคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง อาจพิจารณารากฐานของแนวความคิด โดยแยกออกเป็น 3 ระดับ ดังนี้

(1.1) รากฐานของแนวความคิดในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ รัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal-Democratic State) ต่างก็ยึดมั่นในหลักนิติรัฐ (Legal State หรือ L'Etat de droit) ซึ่งถือเป็นเอกลักษณ์อย่างหนึ่งของรัฐสมัยใหม่ โดยมีแนวความคิดว่า กิจกรรมของรัฐ ทั้งปวงต้องเคารพและอยู่ภายใต้กฎหมาย ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหลักความชอบด้วยกฎหมาย (principe de légalité) ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ<sup>1</sup>

โดยขอบเขตเช่นนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทั้งปวงเช่นกัน ทั้งกิจกรรมในด้านนิติบัญญัติ ในด้านบริหารและในด้านตุลาการ

(1.2) รากฐานของแนวความคิดในด้านความสัมพันธ์ของรัฐที่มีต่อประชาชน

---

<sup>1</sup> ประยูร กาญจนดูล, คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ  
(กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 20.

จริงอยู่ที่ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายครอบคลุมกิจกรรมของรัฐ ทั้งปวง ทั้งในด้านนิติบัญญัติ ในด้านบริหาร และในด้านตุลาการ แต่โดยที่ระดับ ความสัมพันธ์ที่มีต่อประชาชนในระหว่างกิจกรรมของรัฐในแต่ละด้าน จะมีระดับที่ ต่างกัน กล่าวคือ กิจกรรมของรัฐในด้านนิติบัญญัตินั้น ความสัมพันธ์ต่อประชาชนจะ ปรากฏออกมาในลักษณะการตรากฎหมายออกใช้บังคับ ส่วนกิจกรรมของรัฐใน ด้านตุลาการจะปรากฏออกมาในลักษณะการปรับใช้กฎหมายเป็นรายกรณีในการ พิจารณาพิพากษาคดีความ ฉะนั้น ขอบเขตความสัมพันธ์ต่อประชาชนในด้านนิติบัญญัติ และในด้านตุลาการจึงมีขอบเขตที่ชัดเจน และดังนั้น แนวความคิดของหลักความชอบ ด้วยกฎหมายเกี่ยวกับกิจกรรมของรัฐในด้านนิติบัญญัติและในด้านตุลาการจึงมีขอบเขต ที่ชัดเจนไปด้วย กล่าวคือ กิจกรรมในด้านนิติบัญญัตินั้น รัฐเคารพหลักความชอบ ด้วยกฎหมาย ด้วยการตรากฎหมาย (พระราชบัญญัติ) มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การควบคุมให้เป็นไปตามหลักนี้จึงอยู่ในขอบเขตที่ว่ากฎหมาย (พระราชบัญญัติ) จะต้อง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สำหรับกิจกรรมในด้านตุลาการ รัฐเคารพหลักความชอบ ด้วยกฎหมาย ด้วยการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมาย การควบคุม ให้เป็นไปตามหลักนี้ จึงอยู่ในขอบเขตที่ว่าคำพิพากษาจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจ ถูกควบคุมได้โดยระบบอุทธรณ์ต่อศาลในระดับที่สูงกว่าขึ้นไป<sup>2</sup>

แต่ความสัมพันธ์ของรัฐที่มีต่อประชาชนในกิจกรรมด้านบริหารมิได้ เป็นเช่นนั้น รัฐและประชาชนสร้างความสัมพันธ์ในกิจกรรมด้านบริหารต่อกันและกัน อย่างกว้างขวางมากมาย กิจกรรมด้านบริหารจึงเป็นไปอย่างหลากหลายและซับซ้อน มากกว่ากิจกรรมด้านนิติบัญญัติหรือด้านตุลาการ การให้รัฐเคารพหลักความชอบด้วย กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ยุ่งยากซับซ้อนมากขึ้น ด้วยเหตุนี้ รากฐานของแนวความคิดของ หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงให้ความสนใจเป็นพิเศษต่อกิจกรรมในด้านบริหาร หรือ กล่าวได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายเจาะจงต่อกิจกรรมของฝ่ายบริหาร (ฝ่ายปกครอง)

<sup>2</sup> ชวิญชัย สันตสว่าง, "หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้อง ชอบด้วยกฎหมาย," บทบัญญัติ 44 (ตุลาคม 2529) : 3.



## (1.3) รากฐานของแนวความคิดในด้านวิธีการที่ฝ่ายบริหารใช้

รากฐานของแนวความคิดที่ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายจะจูงต่อกิจกรรมของฝ่ายบริหาร(ฝ่ายปกครอง) นั้น โดยนัยนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายย่อมใช้บังคับกับการกระทำของฝ่ายปกครองทุกประเภท ไม่ว่าจะการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ๆ จะเป็น "ปฏิบัติการทางปกครอง" (acte matériel) หรือจะเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" (acte administratif) ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี โดยหลักการ องค์การของรัฐฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายจะใช้กฎหมายบังคับกับเอกชนโดยเริ่มด้วยวิธีการออกนิติกรรมทางปกครอง จากนั้นจึงค่อยลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามข้อกำหนดของนิติกรรมทางปกครองต่อไป ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงใช้บังคับโดยตรง (Immediately) กับนิติกรรมทางปกครอง และจะใช้บังคับกับปฏิบัติการทางปกครองก็แต่โดยทางอ้อมเท่านั้น<sup>3</sup>

(2) ความหมายของหลัก

หลักนี้มีความหมายว่า องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรแต่ละคนอย่างเท่าเทียมกันได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย<sup>4</sup> หรือถ้าจะให้

<sup>3</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์การตุลาการ." ในรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร : พ.เค. พรินติ้งเฮ้าส์, 2531), หน้า 190.

<sup>4</sup> R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat (Paris : CNRS, 1962). 1 : 489.

คำจำกัดความอย่างสั้นที่สุดก็คือ "การที่ให้ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย" (La soumission de l'administration au droit)<sup>5</sup>

โดยที่ความหมายของ "หลักความชอบด้วยกฎหมาย" หมายถึงว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำ โดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย โดยนัยนี้ "กฎหมาย" ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายฯ จึงมีบทบาทอยู่ 2 ด้านด้วยกัน กล่าวคือ ในด้านหนึ่ง "กฎหมาย" เป็น "ที่มา" (source) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรฝ่ายปกครอง และในอีกด้านหนึ่ง "กฎหมาย" เป็น "ข้อจำกัด" (limitation) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรฝ่ายปกครองเช่นกัน<sup>6</sup> ด้วยเหตุนี้ เมื่อฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ หรือกระทำการใด ๆ เกินไปกว่าที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็เป็นเหตุให้ถูกเพิกถอนได้ ด้วยเหตุนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายฯ จึงมีความสัมพันธ์กับ "เหตุเพิกถอน" จนยากที่จะแยกออกจากกันได้

### (3) ความหมายของ "กฎหมาย" ในหลักความชอบด้วยกฎหมายฯ<sup>7</sup>

"กฎหมาย" ในหลักความชอบด้วยกฎหมายฯ ในที่นี้ได้แก่การอธิบายถึง "ที่มา" ของความชอบด้วยกฎหมาย (source de légalité) ซึ่งมีทั้งกรณีที่เป็นลายลักษณ์อักษรและกรณีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

<sup>5</sup> วิชาญชัย สันตสว่าง, "หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย," หน้า 2.

<sup>6</sup> Michel Stassinopoulos, Traité des actes administratifs (Paris : L.G.D.J., 1973), pp. 18-19.

<sup>7</sup> สรุปความจากมนตรี รุประเสริฐ, "หลักการว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย, "วารสารกฎหมายปกครอง 6 (ธันวาคม 2530) : 574-585.

### 3.1 กรณีที่เป็นลายลักษณ์อักษร

"กฎหมาย" ในกรณีที่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ ได้แก่ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและคำปรารภของรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญา ระหว่างประเทศ รัฐบัญญัติ และกฎข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป

#### 3.1.1 บทบัญญัติและหลักรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ(Lois Constitutionnelles) ถือเป็น"ที่มา"ของความชอบด้วยกฎหมายทั้งปวง ดังนั้น จึงมีผลว่ากรณีที่ฝ่ายปกครอง ทำนิติกรรมทางปกครองโดยขัดแย้งกับ"บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ" ผู้พิพากษาสามารถ อ้างอิง "บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ" เพื่อเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้

นอกจากนั้น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน(Déclaration des Droits)และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ(Préambules constitutionnels) สภาแห่งรัฐก็ถือว่าเป็น "ที่มา" ของความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเมื่อนิติกรรมทางปกครอง ขัดแย้งกับกรณีนี้ ก็ถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ที่จะถือว่าเป็น "ที่มา" ของความชอบด้วยกฎหมายได้นั้น จำกัดเฉพาะส่วนที่เป็น บทบัญญัติที่มีลักษณะชัดเจนเพียงพอถึงกับที่จะให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

#### 3.1.2 สนธิสัญญาระหว่างประเทศ

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 มาตรา 26 ได้ยอมรับว่าสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ(traités internationaux) ที่ได้รับการให้สัตยาบัน มีผลบังคับสูงกว่ากฎหมาย และตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) มาตรา 55 ได้ยอมรับผลบังคับดังกล่าวเช่นกัน สภาแห่งรัฐ ได้ถือว่าสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวเป็น "ที่มา" ของความ ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อนิติกรรมทางปกครองใดขัดแย้งต่อสนธิสัญญาหรือข้อตกลง ระหว่างประเทศ นิติกรรมดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

#### 3.1.3 รัฐบัญญัติ

กฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้นหรือที่เรียกว่า"รัฐบัญญัติ" (loi) นั้น ถือว่าเป็นกฎหมาย ดังนั้น จึงเป็น"ที่มา"ของความชอบด้วยกฎหมายด้วย



และดังนั้น เมื่อนิติกรรมทางปกครองขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 3.1.4 กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป

กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป (Règlement) มีความหมายรวมถึงนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่รัฐเป็นผู้ออก (acte-règle d'origine étatique) และถือว่าเป็น "ที่มา" ของความชอบด้วยกฎหมายในลักษณะที่ว่า เมื่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ออกโดยถูกต้องแล้ว มาตรการที่ใช้บังคับเฉพาะราย (mesure individuelle d'application) จะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวด้วย โดยในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส หลักดังกล่าวนี้จะนำมาใช้ใน 3 รูปแบบ กล่าวคือ

- คำสั่งที่มีผลเฉพาะรายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป ในกรณีที่กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไปนั้นได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า
- คำสั่งที่มีผลเฉพาะรายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป ในกรณีที่กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไปนั้นได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ในลำดับชั้นเดียวกัน
- คำสั่งที่มีผลเฉพาะรายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป ในกรณีที่กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไปนั้นได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า ทั้งนี้ ภายในขอบอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวนั้น

## 3.2 กรณีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

### 3.2.1 จารีตประเพณี

จารีตประเพณี (Coutume) ถือเป็นที่มาของกฎหมายปกครอง และในขณะเดียวกันจารีตประเพณีก็ถือเป็น "ที่มา" ของความชอบด้วยกฎหมาย เช่นกัน ดังนั้น เมื่อนิติกรรมทางปกครองฝ่าฝืนจารีตประเพณี ก็จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 3.2.2 หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป

หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป (les principes généraux du droit public) ถือเป็น "ที่มา" ของความชอบด้วยกฎหมายที่สำคัญที่สุด ฝ่ายปกครองต้องถือปฏิบัติตามหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปด้วย ถ้าฝ่าฝืน นิติกรรมทางปกครองนั้น ก็ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรผู้มิบทบาทอื่นสำคัญในการคิดค้นและการสร้าง "หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" ได้แก่สภาแห่งรัฐ ซึ่งคดีแรกที่ได้มีการอ้าง "หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" ได้แก่ คดี Aramu อย่างไรก็ตาม แม้ที่ "สภาแห่งรัฐ" จะเป็นผู้คิดค้นทฤษฎีของหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป แต่ในปัจจุบัน สภาแห่งรัฐไม่ได้เป็นผู้สร้างและผู้ใช้แต่เพียงผู้เดียว ตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยอมรับในทฤษฎีนี้ด้วย และในปัจจุบันก็มีหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปอยู่เป็นจำนวนมาก แต่ก็กล่าวได้ยากว่ามีอยู่เท่าใด และมีหลักอะไรบ้าง เพราะสภาแห่งรัฐได้สร้างหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปขึ้นมาใหม่ อยู่เสมอ

มีปัญหาน่าสนใจเกี่ยวกับ "หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" กล่าวคือ "หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" อยู่ในลำดับศักดิ์ชั้นใดของกฎหมาย ในปัญหานี้ แต่เดิมก่อน ค.ศ. 1958 เป็นที่ยอมรับกันว่า "หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" อยู่ในระดับเดียวกับรัฐบัญญัติ (lois) แต่เมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ซึ่งมาตรา 37 ได้ให้อำนาจฝ่ายบริหารที่จะออกกฎข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไปแบบเอกเทศ (règlements autonomes) ซึ่งกฎดังกล่าวนี้อยู่ในลำดับเดียวกับรัฐบัญญัติ ดังนั้นกฎดังกล่าวนี้จึงไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปก็ได้ ในทางวิชาการ ศาสตราจารย์ซาปूसเห็นว่าเป็นที่ "หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป" อยู่ในลำดับระหว่างรัฐบัญญัติ (loi) และกฎข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไป (règlement) หรือที่เรียกว่า "Infralégislatif et supradécrétal" ที่เป็นเช่นนี้ เพราะรัฐสภาอาจตรารัฐบัญญัติให้ขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปได้ แต่ฝ่ายบริหารไม่อาจออกกฎข้อบังคับที่มีลักษณะทั่วไปให้ขัดต่อ "หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป"<sup>๕</sup> ส่วนศาสตราจารย์โอบางแดร์ เห็นว่า "หลัก

<sup>๕</sup> René Chapus, Droit administratif générale, 3<sup>e</sup> édition. (Paris : Montchrestien, 1987), pp.76-80.

กฎหมายมหาชนทั่วไป" อยู่ในลำดับชั้นเดียวกับรัฐบัญญัติ (loi)<sup>9</sup>

กล่าวโดยสรุป คำว่า "กฎหมาย" ในหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ มีความหมายอย่างกว้าง โดยมีได้มีความหมายจำกัดเฉพาะกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ ที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่ยังหมายถึง "สิ่งที่รวมกันเป็นภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมาย (L' ensemble des sources de la légalité)" ทั้งหมด ซึ่งอาจนิยามโดยย่อว่า "กฎหมายในที่นี้หมายถึง "กฎหมาย (ในความหมายอย่างกว้าง) และนิติกรรมทางปกครอง (les actes juridiques) ทั้งปวงที่มีผลบังคับต่อฝ่ายปกครอง"<sup>10</sup>

(4) เนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

(4.1) หลักนี้ใช้บังคับกับการกระทำทางปกครองทุกประเภท ทั้งที่เป็น "ปฏิบัติการทางปกครอง" (Administrative Real Act) และที่เป็น "นิติกรรมทางปกครอง" (Administrative Juristic Act) แม้ว่าหลักนี้ใช้บังคับโดยตรง (immediately) กับนิติกรรมทางปกครอง ตามที่กล่าวแล้วข้างต้น

(4.2) หลักนี้ผูกพันกิจกรรมของฝ่ายปกครองทั้งที่เป็นกิจกรรมในทางบวก (action positive) และที่เป็นการละเว้นไม่ปฏิบัติการ (absentions) ด้วย<sup>11</sup>

(4.3) หลักนี้ใช้บังคับกับกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ทั้งที่มีลักษณะเป็นคำสั่งที่มีผลเฉพาะบุคคล (les décisions administratives individuelles)

<sup>9</sup> Andre de Laubadère, Droit administratif, 10<sup>e</sup> édition. (Paris : L.G.d.J., 1988), 1 : 509.

<sup>10</sup> ชวิญชัย สันตาสว่าง, "หลักการว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หน้า 3.

<sup>11</sup> มนตรี รูปสุวรรณ, "หลักว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย," หน้า 585.



และที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีผลบังคับทั่วไป (les actes administratifs réglementaires)<sup>12</sup>

(5) ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย การพิจารณาขอบเขตของหลักนี้จึงต้องพิจารณาจากขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง

ในทางทฤษฎี อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งต่าง ๆ นั้น อาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (compétence liée) และอำนาจดุลพินิจ (pouvoir discrétionnaire)

ก. อำนาจผูกพัน (compétence liée)

อำนาจผูกพัน คืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นตามที่ได้กำหนดไว้ ฝ่ายปกครองจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้<sup>13</sup> อำนาจผูกพันนี้จึงมีลักษณะเป็นอำนาจที่ผู้มีอำนาจถูกบังคับหรือถูกผูกพันไว้เป็นการล่วงหน้าว่าจะต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ บางท่านถึงกับมีความเห็นว่า แท้จริงแล้วอำนาจผูกพันก็คือ "หน้าที่" นั่นเอง แต่ที่ยังเรียกกันว่าเป็น "อำนาจผูกพัน" ก็ด้วยเหตุผลแต่เพียงว่า คำวินิจฉัยสั่งการที่เป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่นี้ เป็นสิ่งที่กฎหมายให้การยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เท่านั้นเอง<sup>14</sup>

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 586.

<sup>13</sup> Jean Rivero, droit administratif, 9 édition. (Paris : Dalloz, 1980), p.83.

<sup>14</sup> Charles Eisenmann, Cours de Droit administratif. (Paris : L.G.D.J., 1983) p.292, 658.

ข. อำนาจดุลพินิจ (pouvoir discrétionnaire)

อำนาจดุลพินิจ มีความหมายอย่างไร นั้น มีผู้ให้คำนิยามเอาไว้หลายท่าน เป็นต้นว่า

L. Michoud ได้กล่าวไว้ว่า "อำนาจดุลพินิจย่อมปรากฏขึ้นทุกครั้งที่องค์การของรัฐฝ่ายปกครองกระทำการอย่างอิสระโดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดการอันตนจักต้องกระทำไว้ล่วงหน้า"<sup>15</sup>

Marcel Waline ได้กล่าวไว้ว่า "อำนาจดุลพินิจมิใช่อะไรอื่นหากแต่เป็นความสามารถอันกฎหมายให้แก่องค์การของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะเลือกว่าในบรรดาคำสั่งสองหรือหลายคำสั่งซึ่งตามกฎหมายแล้วล้วนแต่ออกได้ทั้งสิ้นนั้น คำสั่งใดที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายแห่งอำนาจหน้าที่ของตนได้ดีที่สุด"<sup>16</sup>

Alfred Fischer ได้กล่าวถึงอำนาจดุลพินิจไว้เช่นกันว่า "อำนาจดุลพินิจ คือเสรีภาพที่กฎหมายให้แก่องค์การของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งสมควรเลือกคำสั่งใดในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างที่แตกต่างกันออกไป และออกคำสั่งตามที่ได้ตกลงใจเลือกไว้"<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup>L. Michoud, "Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l' Administration," rev. Gen. d' Administration (1914) : 9, อ้างถึงในวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง . . .," หน้า 199.

<sup>16</sup>Marcel Waline, "Plaidoyer pour le pouvoir discretionnaire", Estudios de derecho administrativo, Tome I, Montevideo, 1979, p.520, อ้างถึงในวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง . . .," หน้า 200.

<sup>17</sup>วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง . . .," หน้า 200.

จากคำนิยามที่นักกฎหมายท่านต่าง ๆ ทั่วไปข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่า แม้จะมีการใช้ถ้อยคำแตกต่างกันไปบ้าง แต่สาระของความคิดก็คงเป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ อำนาจดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใด อย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ฝ่ายปกครองสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และ สมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร<sup>18</sup>

อันที่จริง (ตามหลักการของหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่า นอกจากหลักดังกล่าวจะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและภายในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้นแล้ว หลักดังกล่าวยังเรียกร้องให้กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองต้องมีความชัดเจนพอที่จะเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถคาดหมายการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองสนองตอบต่อตนได้เป็นการล่วงหน้าด้วย<sup>19</sup> เพราะเมื่อกฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนแล้ว อำนาจของฝ่ายปกครองก็จะมีลักษณะเป็นเพียง "อำนาจผูกพัน" เท่านั้น อันจะเป็นการขจัดอำนาจดุลพินิจให้หมดสิ้นไป /

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับว่า การใช้หลักความชอบด้วยกฎหมาย<sup>20</sup> นี้มีอาจเคร่งครัดถึงขนาดที่จะเป็นการปฏิเสธความมีอยู่ของดุลพินิจทางปกครองได้<sup>20</sup> ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

#### 1) ความต้องการของประโยชน์สาธารณะ

การให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ นั้น ก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะ แต่เนื่องจากความต้องการของประโยชน์สาธารณะ มีความเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะการณ์ทางสังคมอยู่เสมอ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่อยู่ในวิสัยที่จะตรากฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 200.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 196.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 196-198.



เพื่อให้ตอบสนองความต้องการของประชาชนในทุกสภาวะการณ์ได้ ด้วยเหตุนี้ องค์กรนิติบัญญัติจึงต้องเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมี "ดุลพินิจ" ได้

2) ความรู้และความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับกรณีเฉพาะเรื่อง จึงอยู่ในฐานะที่จะใช้สติปัญญาและเหตุผล ตลอดจนความสันัดัดจัดเจนของตนแสวงหาวิธีการที่เหมาะสมแก่กรณีได้ดีกว่าองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งไม่อยู่ในฐานะที่จะเล็งเห็นหรือคาดการณ์วิธีการที่เหมาะสมแก่กรณีปัญหาเรื่องใดได้เป็นการล่วงหน้า ฉะนั้น จึงสมควรมอบความไว้วางใจให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ

3) บทบาทหน้าที่ของรัฐในรัฐสมัยใหม่

เมื่อรัฐแบบดั้งเดิมได้ก้าวเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ ในรูปของรัฐสวัสดิการ (welfare state) บทบาทหน้าที่ของรัฐได้มีเพิ่มขึ้นอย่างมากมาในทางที่จะแทรกแซงเข้าไปในวิถีชีวิตของราษฎรทั้งทางสังคม เศรษฐกิจ ฯลฯ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) ขึ้น ด้วยบทบาทหน้าที่ของรัฐเช่นนี้ จึงถือเป็นการจำเป็นที่กฎหมายจะต้องให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ

ดังนั้น อำนาจดุลพินิจจึงเป็นอำนาจที่มีอาจขจัดให้หมดสิ้นไปได้ และยังเป็นอำนาจที่จำเป็นแก่การดำเนินภารกิจของรัฐสวัสดิการอีกด้วย กล่าวกันว่าอำนาจดุลพินิจ "เป็นสารัตถะของรัฐสมัยใหม่"<sup>21</sup> เป็น "โลหิตหล่อเลี้ยงกระบวนการทางปกครองทั้งหมด หากปราศจากความเกื้อกูลของอำนาจนี้แล้ว กลไกการทำงานของรัฐบาลก็จะเป็นอำนาจที่ปราศจากพลังใด ๆ ไว้ทั้งความมุ่งหมายและทิศทาง"<sup>22</sup>

<sup>21</sup>Harold J. Lashi, "The Growth of Administrative Discretion," Journal of Public Administration, 1 (1923) : 92, อ้างถึงในวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง...", หน้า 198.

<sup>22</sup>Robert M. Cooper, "Administrative Justice and the Role of Discretion", Yale Law Journal, 47 (1938) : 588, อ้างถึงในวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง...", หน้า 198.

เมื่อพิจารณาขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า  
กรณี "อำนาจผูกพัน" ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายย่อมครอบคลุมอำนาจ  
ของฝ่ายปกครองได้ทั้งหมด เพราะอำนาจผูกพันเป็นกรณีที่บังคับให้ต้องกระทำตาม  
ที่กฎหมายกำหนดไว้ การไม่กระทำตามหรือกระทำโดยไม่ถูกต้องตามที่กฎหมาย  
กำหนดจึงเห็นได้ชัดว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สำหรับ "กรณีอำนาจดุลพินิจ"  
นั้น เนื่องจากกฎหมายกำหนดอำนาจให้ฝ่ายปกครองโดยเปิดช่องให้ตัดสินใจได้  
โดยอิสระ ในที่นี้จึงเกิดปัญหาขึ้นว่า ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมาย  
ในกรณี "อำนาจดุลพินิจ" มีขอบเขตอย่างไร หรืออีกนัยหนึ่ง เขตแดนของหลัก  
ความชอบด้วยกฎหมายขีดเส้นตรงจุดใด

ปัญหาดังกล่าวนี้อันในหลักการเป็นที่ยอมรับกันว่า โดยที่หลักความ  
ชอบด้วยกฎหมายมีขึ้นเพื่อตรวจสอบ "ความชอบด้วยกฎหมาย" (légalité) แต่  
กรณีอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ประกอบด้วยส่วนที่เป็น "ความชอบ  
ด้วยกฎหมาย" และส่วนที่เป็น "ความเหมาะสม" (opportunité) ฉะนั้น  
จุดต่อเนื่องระหว่าง "ความชอบด้วยกฎหมาย" กับ "ความเหมาะสม" อยู่ ณ ที่ใด  
เส้นเขตแดนของหลักความชอบด้วยกฎหมายก็สามารถขีดเส้นลงได้ตรงจุดนั้น

อย่างไรก็ดี การหาขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมาย  
ในกรณีอำนาจดุลพินิจเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก เพราะ "ความเหมาะสม" กับ  
"ความอำเภอใจ" (Arbitraire) ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น  
หากข้ามเลย "ความเหมาะสม" แม้แต่เพียงน้อยนิด กรณีนี้ก็ถือเป็น "ความอำเภอใจ"  
ได้ ในการนิยามวิชากฎหมายปกครอง ท่าน Marcel walline ถึงกับกล่าวไว้ว่า  
"สาระสำคัญของวิชากฎหมายปกครอง ได้แก่ การศึกษาอำนาจดุลพินิจขององค์กร  
ของรัฐและข้อจำกัดอำนาจดุลพินิจ" นั้นเอง

(6) ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

โดยที่หากพิจารณากันในแง่การปกครองแล้ว ย่อมเห็นได้ว่า หลัก  
ความชอบด้วยกฎหมายฯ ทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองเกิดความเคร่งครัด

ซึ่งน่าจะ เป็นอุปสรรคในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง<sup>23</sup> ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น ในทุกกรณีแล้ว ก็อาจไม่เป็นผลดีต่อประโยชน์ส่วนรวมได้ ฉะนั้น นอกเหนือจาก อำนาจดุลพินิจ ในขอบเขตที่เป็นการพิจารณา "ความเหมาะสม" ซึ่งอยู่นอกขอบเขต ของหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังมีกรณีที่ช่วยผ่อนคลายความเคร่งครัดของ หลักความชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย อยู่อีก 2 กรณีที่สำคัญ คือ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล และทฤษฎีว่าด้วย สถานการณ์พิเศษ

(6.1) ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) เป็น ปัญหาใหญ่ที่ยุ่งยากที่สุดอันหนึ่งในคดีปกครองฝรั่งเศส<sup>24</sup> ปัญหาดังกล่าวนี้เป็น เรื่องที่เกี่ยวข้องเนื่องมาจากการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐบาลกับฝ่ายปกครอง เพราะฝ่ายบริหารนั้นหมายรวมถึงรัฐบาลและฝ่ายปกครองรวมกัน<sup>25</sup>

"การกระทำของรัฐบาล" ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือ การควบคุมทางศาล (le contrôle juridictionnel)<sup>26</sup> โดยสิ้นเชิง<sup>27</sup> ด้วยเหตุนี้ จึงปรากฏว่า กฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงไม่พยายามกำหนดนิยาม การกระทำนั้นเอาไว้ เพราะเกรงว่าหากมีการกำหนดนิยามไว้แล้วก็อาจจะมีการ

<sup>23</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 30.

<sup>24</sup> โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 34.

<sup>25</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 31.

<sup>26</sup> โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741..., หน้า 34.

<sup>27</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 32.



ตีความขยายขอบเขตของนิติกรรมทางปกครองให้กลายเป็นการกระทำของรัฐบาล  
ได้มากขึ้น<sup>28</sup> อันจะทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุม  
ของศาล ฉะนั้น กรณีอย่างใดถือว่่าเป็น "การกระทำของรัฐบาล" นั้น จึงเป็น  
เรื่องของศาลที่จะพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาลเพราะเหตุ  
แห่งความเหมาะสม โดยคำพิพากษาจะมีลักษณะ Empirical<sup>29</sup> นักนิติศาสตร์  
ฝ่ายวิชาการบางท่าน กล่าวไว้ว่า การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็น "การ  
กระทำของรัฐบาล" จึงพิจารณาได้แต่เฉพาะตามรายการลำดับคำพิพากษาเท่านั้น<sup>30</sup>

อย่างไรก็ดี ในทางตรงข้าม การที่ไม่นิยามความหมายเอา  
เสียเลย หรือให้นิยามแต่เพียงว่า เป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุม  
ทางศาล ยังเป็นอันตรายที่จะไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เลย<sup>31</sup> นักนิติศาสตร์  
บางท่านเช่น ศาสตราจารย์ Chapus จึงพยายามให้คำนิยามความหมายของ  
การกระทำของรัฐบาลไว้ว่า "การกระทำของรัฐบาล คือการกระทำที่เกี่ยวกับ  
"การปฏิบัติหน้าที่รัฐบาล"ซึ่งต่างจาก"การปฏิบัติหน้าที่ทางปกครอง"อันเป็นหน้าที่  
อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร"<sup>32</sup>

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 36

<sup>29</sup> โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชา น.741..., หน้า 36.

<sup>30</sup> André de Laubadère, Traité de droit administratif,  
6 édition. (Paris : L.G.D.J., 1973), 1 : 274.

<sup>31</sup> พูนศักดิ์ ไวสำรวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส,"  
4 (สิงหาคม 2528) : 278.

<sup>32</sup> Chapus, Encyclopedié Dalloz, Droit administratif,  
V. Acte de Gouvernement. อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, เอกสารการบรรยาย  
วิชา น.741..., หน้า 36.

จากแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสนั้น การกระทำของรัฐบาล อาจแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

ก. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เช่น การดำเนินการเบื้องต้นเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา การมีส่วนร่วม ในกระบวนการบัญญัติกฎหมาย การประกาศใช้พระราชบัญญัติ และการกระทำของ ประธานาธิบดีในบางกรณี<sup>33</sup> เป็นต้น

ข. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การกระทำของ ผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ การกระทำเกี่ยวกับการ ดำเนินคดียังศาลโลก และการกระทำเกี่ยวกับสงคราม เป็นต้น<sup>34</sup>

อย่างไรก็ดี แม้การกระทำของรัฐบาลจะถูกถือว่าไม่อยู่ภายใต้ การควบคุมทางศาล แต่ก็มิได้หมายความว่า จะปราศจากการควบคุมใด ๆ เสียเลย การกระทำของรัฐบาลอาจถูกควบคุมได้ตามวิถีทางทางการเมือง นั่นคือ ฝ่าย นิติบัญญัติอาจควบคุมความรับผิดชอบในทางการเมืองได้ เพียงแต่การควบคุมทาง การเมืองนี้เป็นส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ หาได้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ปกครองแต่อย่างใด<sup>35</sup>

(6.2) ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles)

โดยหลักการ เนื้อหาสาระของกฎหมายและการบังคับใช้ กฎหมาย เป็นเรื่องที่อยู่บนพื้นฐานของสถานการณ์ปกติ (circonstances normales) ฉะนั้น ในสถานการณ์พิเศษ จึงเป็นที่เห็นได้ว่า เนื้อหาสาระของ

<sup>33</sup> โภคิน พลกุล, "เอกสารคำบรรยายวิชา น. 741...", หน้า 37.

<sup>34</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

<sup>35</sup> โภคเมศ ขวัญเมือง, "การควบคุมฝ่ายปกครอง," เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง "การจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทในการปกครอง" .  
เสนอที่คณะกรรมการการปกครอง สภาผู้แทนราษฎร 3-4 กรกฎาคม 2532, หน้า 2.

กฎหมายดังกล่าวจึงไม่อาจสนองตอบได้อย่างเหมาะสม และการบังคับใช้กฎหมายก็ไม่สามารถทำได้เช่นอย่างในสถานการณ์ปกติ ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ตระหนักถึงความ เป็นจริงข้อนี้ จึงได้ตรากฎหมายพิเศษเพื่อใช้บังคับในสถานการณ์พิเศษขึ้นด้วย ซึ่งมีชื่อเรียกต่าง ๆ กัน เช่น สภาวะวิกฤต (état de crise) สภาวะอัยการศึก (état de siège) และภาวะฉุกเฉิน (état d'urgence)

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์พิเศษที่จะกล่าวในที่นี้ มิใช่ กรณีที่เป็นกฎหมายพิเศษที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามที่กล่าวไว้ข้างต้น แต่เป็นหลักที่ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างขึ้น โดยสภาแห่งรัฐมีแนวความคิดว่า ในสถานการณ์ พิเศษ ฝ่ายปกครองอาจฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญซึ่งตนจะต้องปฏิบัติตามในสถานการณ์ปกติได้ แต่การกระทำทั้งหลายในสถานการณ์พิเศษจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายพิเศษ (droit special) ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้บังคับในสถานการณ์ปกติ

สถานการณ์พิเศษ หมายถึงสถานการณ์บางอย่างทางด้านพฤติกรรม ซึ่งยังผลให้มีการพักการบังคับใช้กฎหมายธรรมดา (règles ordinaires) แก่การดำเนินงานในทางปกครอง และบังคับใช้ "ความชอบด้วยกฎหมายพิเศษ (légalité particulière)" แก่การกระทำดังกล่าว โดยศาลจะเป็น ผู้ชี้ว่ามีความจำเป็นในสถานการณ์เช่นนั้นหรือไม่<sup>๖๖</sup> สถานการณ์พิเศษจะต้อง มีองค์ประกอบคือ ต้องเป็นสถานการณ์ที่ผิดปกติ (situation anormale) และสถานการณ์นั้นต้องไม่เอื้ออำนวยให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมายธรรมดาได้

กล่าวโดยสรุป ในสถานการณ์พิเศษ ฝ่ายปกครองได้รับการ ยกเว้นจากหลักความชอบด้วยกฎหมายฯ แต่ยังคงต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วย กฎหมายในสถานการณ์พิเศษ (légalité des circonstances exceptionnelles) ซึ่งศาลปกครองเป็นผู้สร้างขึ้นเช่นเดียวกัน นอกจากนั้น ในเรื่องของความรับผิดชอบ

<sup>๖๖</sup> อีสสระ นิติศัพท์ประภาส, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ 5.

(กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษา มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2529), หน้า 112.



(responsabilité) นั้น ในสถานการณ์พิเศษฝ่ายปกครองก็ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่หากได้กระทำในสถานการณ์ปกติแล้วฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ และการกระทำผิดอย่างร้ายแรงในสถานการณ์ปกติ (la voie de fait) และอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมนั้น ในสถานการณ์พิเศษจะไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวถึงขั้นร้ายแรง และถือว่าอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง