

บทที่ 3

การจัดประเภทคณะกรรมการในทางปกครอง

ตามพระราชบัญญัติในประเทศไทย

ความจำเป็นของการจัดประเภทคณะกรรมการ

การจัดประเภทของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติในประเทศไทยเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับการศึกษาระบบคณะกรรมการของฝ่ายปกครองในระดับรายละเอียดต่อไป แต่เมื่อพิจารณาถึงจำนวนพระราชบัญญัติที่กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการที่มีอยู่ในปัจจุบันกว่าร้อยฉบับซึ่งแต่ละฉบับก็มีเจตนารมณ์ในการตราแตกต่างกันไปนั้นก็นับเป็นความยากลำบากประการหนึ่งในการที่จะจัดหมวดหมู่ของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติดังกล่าวให้เป็นประเภทเพื่อความสะดวกในการศึกษา ทั้งนี้ ยังไม่รวมถึงรายละเอียดของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการนี้เองที่มีความแตกต่างกันออกไปอีกส่วนหนึ่ง

ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการแบ่งชนิดหรือประเภทของคณะกรรมการ¹ ก็อาจจะแบ่งได้โดยใช้เกณฑ์ต่างๆ เช่น การแบ่งโดยใช้กำหนดระยะเวลาในการแต่งตั้ง (time scale) เป็นเกณฑ์ซึ่งก็แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ คณะกรรมการประจำ (standing committee) และคณะกรรมการพิเศษเฉพาะกรณี (ad hoc committee) การแบ่งโดยใช้ความมุ่งหมายในการจัดตั้ง (purpose) เป็นเกณฑ์ ก็อาจแบ่งได้เป็น คณะกรรมการบริหาร (an executive committee) หรือคณะกรรมการที่ปรึกษา (an advisory committee) หรือการแบ่งโดยใช้องค์ประกอบของคณะกรรมการ (composition) เป็นเกณฑ์ โดยแบ่งเป็นคณะกรรมการที่ประกอบด้วยบุคคลในกลุ่มผลประโยชน์เดียวกัน คณะกรรมการที่ประกอบด้วยบุคคลต่างกลุ่มที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกัน หรือคณะกรรมการที่ประกอบด้วยบุคคลหลายๆฝ่ายมาทำงานร่วมกัน เหล่านี้เป็นต้น

¹ ปรุทธาน ดงฤทธิศึกษากร, "การใช้ระบบคณะกรรมการในการบริหาร", :

การแบ่งประเภทอย่างง่ายดังกล่าวดังนี้อาจจะนำมาใช้ประกอบในการพิจารณาอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการได้ในบางประการแต่คงจะไม่เป็นการเพียงพอสำหรับนำมาใช้จัดประเภทของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติเพื่อการศึกษามหาวิทยาลัย ปกติ ทั้งนี้ เพราะคณะกรรมการต่างๆ เหล่านี้มีตัวเชื่อมเกี่ยวพันกับองค์กรของรัฐอื่นๆ และมีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกันไปเนื่องจากเป็นการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อรับการขยายตัวของภาระหน้าที่ (function) ของรัฐในฐานะ "รัฐสมัยใหม่" ² (modern state) ซึ่งก้าวเข้ามาคุ้มครองผู้ที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบในสังคมและคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของสาธารณะด้วยในขณะเดียวกัน เช่น ภาระของรัฐในการจัดระเบียบหรือคุ้มครองประชาชนที่ประกอบอาชีพต่างๆ หรือในการคุ้มครองประชาชนในฐานะที่เป็นผู้บริโภค ภาระของรัฐในการจัดการบริหารและรัฐวิสาหกิจ ภาระของรัฐในการจัดระเบียบหรือส่งเสริมทางด้านการศึกษาและศาสนา ภาระของรัฐในการส่งเสริมและการควบคุมกิจการธุรกิจต่างๆ หรือเพื่อรับรองสิทธิในด้านกิจการพิเศษหรือกิจการใหม่ๆ เป็นต้น ³

ฉะนั้น การพิจารณาว่าจะนำเกณฑ์ใดมาเป็นเกณฑ์ในการจัดประเภทของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติเพื่อการศึกษามหาวิทยาลัย ปกติ จึงต้องขึ้นอยู่กับความจำเป็นสำหรับประเด็นที่ต้องการจะศึกษาในระบบคณะกรรมการดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาต่อลักษณะของคณะกรรมการในทางปกครองตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติของประเทศไทยตามที่เป็นอยู่และลักษณะของการบริหารงานในเบื้องต้นแล้ว สิ่งซึ่งควรจะศึกษาก็คือลักษณะของการดำเนินงานอย่างเป็นระบบและการควบคุมคณะกรรมการ

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องแนวทางการพัฒนาคณะกรรมการกฤษฎีกาและการพัฒนาระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2529), หน้า 65.

³ สรุปความจาก อมร จันทรสุมบรณ์, "กฎหมายไทยในรอบ 25 ปี" วารสารกฎหมาย ปีที่ 7 (ฉบับที่ 3, 2526): 98-106 (บันทึกจากการอภิปราย เนื่องในโอกาสฉลองครบรอบ 25 ปี นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

ดังกล่าวโดยองค์กรต่างๆทั้งของฝ่ายบริหารเองและองค์กรทางตุลาการซึ่งประเด็นเหล่านี้มีพื้นฐานมาจากลักษณะของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนั้นเอง ซึ่งกรณีดังกล่าวจะไม่สืบสน หากคณะกรรมการชุดหนึ่งๆมีอำนาจหน้าที่ในลักษณะเดียว⁴ แต่ในทางความเป็นจริงแล้ว คณะกรรมการของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่มักมีอำนาจหน้าที่ในหลายลักษณะ เช่น มีทั้งการออกกฎเกณฑ์ การปฏิบัติการทางปกครอง ตลอดจนวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต่างๆ⁵ ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอเสนอหลักเกณฑ์เพื่อใช้แยกประเภทของคณะกรรมการของฝ่ายปกครองตามความจำเป็นเบื้องต้นคือตามลักษณะของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาสำคัญต่อระบบการดำเนินงานและการควบคุมต่อไป

เนื่องจากคณะกรรมการที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติต่างๆส่วนใหญ่มักมีอำนาจหน้าที่ในหลายลักษณะดังกล่าว ดังนั้น การจะนำคณะกรรมการทั้งหมดมาจัดประเภทแล้วพิจารณารวมกันไปในทุกๆเรื่องทั้งการจัดองค์กรและการควบคุมจึงเป็นการ

⁴เช่น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการยาตาม พรบ.ยา พ.ศ. 2510 ในมาตรา 10 ที่บัญญัติให้ "คณะกรรมการมีหน้าที่ให้คำแนะนำหรือความเห็นในเรื่องต่อไปนี้ ฯลฯ"

⁵เช่น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิบัตร ตามพรบ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ในมาตรา 70 ที่บัญญัติให้ "คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังนี้

(1) ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการตราพระราชกฤษฎีกาและออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้

(2) วินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของอธิบดีตามมาตรา 45 มาตรา 49 มาตรา 50 หรือมาตรา 72

(3) ปฏิบัติการตามมาตรา 41 มาตรา 55 หรือมาตรา 77

(4) พิจารณาเรื่องอื่นๆตามที่รัฐมนตรีมอบหมาย

(และโปรดพิจารณาประกอบกับภาคผนวก ก. และ ข. สำหรับรายละเอียดของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการทั้งหมด)

ยากลำบากในการพิจารณา เพราะในการพิจารณาเรื่องการจัดองค์กระตมคณะกรรมการนั้น จะต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งคณะกรรมการเป็นหลักจากนั้นจึงนำไปสู่ การจัดองค์กระตมคณะกรรมการให้เหมาะสมและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว การ พิจารณาจัดประเภทคณะกรรมการจึงต้องดูจากสาระของกฎหมายจัดตั้งว่ามีวัตถุประสงค์ อย่างไรในการจัดตั้งคณะกรรมการนั้น

ส่วนเรื่องการควบคุมคณะกรรมการจะต่างออกไป การควบคุมคณะกรรมการ เป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมฝ่ายปกครองซึ่งเป็นกลไกหนึ่งของรัฐในอีกที่จะทำให้การ ดำเนินงานของฝ่ายปกครองเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งเพื่อรักษาผลประโยชน์โดย ส่วนรวมของรัฐ และคุ้มครองเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง จาก หลักการควบคุมฝ่ายปกครองจะมุ่งไปที่ตัวการกระทำขององค์การฝ่ายปกครอง การ พิจารณาจึงต้องดูจากบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์การ ซึ่งในที่นี่ก็คือ คณะ กรรมการว่าให้คณะกรรมการกระทำการใดบ้าง และการกระทำนั้นจะถูกควบคุม อย่างไร

จากลักษณะดังกล่าววิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจำเป็นต้องแยกพิจารณาจัดประเภท ของคณะกรรมการออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

1. การจัดประเภทของคณะกรรมการเพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาการ จัดองค์กระตมคณะกรรมการ และ

2. การจัดประเภทของคณะกรรมการเพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณา การควบคุมคณะกรรมการ

การจัดประเภทคณะกรรมการเพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาการจัดองค์กระตม คณะกรรมการ

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการพิจารณาเรื่องการจัดองค์กระตมคณะกรรมการจะต้อง พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งคณะกรรมการ แต่อย่างไรก็ดี การจะค้นหา รูปแบบของคณะกรรมการตามวัตถุประสงค์นั้น เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาในหลายแง่มุม ประกอบกัน เนื่องจากรายละเอียดในการจัดองค์การในแต่ละส่วนไม่ว่าจะเป็นทางด้าน บุคลากร วิธีการดำเนินการ และหน่วยธุรการ นั้นประกอบขึ้นด้วยพื้นฐานทางทฤษฎี

หลายประการทั้งทฤษฎีในทางการจัดองค์กรโดยทั่วไปและทฤษฎีทางด้านกฎหมายปกครอง

สิ่งซึ่งเราจะค้นหาวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งคณะกรรมการได้ประการแรกนั้นก็คือเนื้อหาของสาระของกฎหมายนั้นๆ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้จาก 2 จุด คือจากเนื้อหาของสาระของกฎหมายที่บัญญัติให้มีคณะกรรมการ และจากบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนั้น

การพิจารณาเนื้อหาของสาระของกฎหมายจะทำให้เราได้ทราบถึงสถานะเบื้องต้นขององค์กรคณะกรรมการว่าเป็นคณะกรรมการในทางปกครองในส่วนใดของโครงสร้างฝ่ายปกครองซึ่งอาจนำมาเป็นพื้นฐานการพิจารณาเบื้องต้นได้เช่นว่าองค์ประกอบของคณะกรรมการจะมาจากที่ใด กลไกในการดำเนินงานเป็นอย่างไร เป็นต้น ซึ่งจากกฎหมายที่นำมาวิเคราะห์ทั้งหมดอาจแบ่งกลุ่มพระราชบัญญัติตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งเป็นการแบ่งตามภาระหน้าที่ของรัฐในด้านต่าง ๆ ได้ดังนี้

1. กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานสังคม

ก. สวัสดิการสังคม เช่น พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2500

ข. คุ้มครองแรงงาน เช่น พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528

ค. การสาธารณสุข

- ควบคุมสิ่งแวดล้อม เช่น พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ,
พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518

- คุ้มครองผู้บริโภค

โดยองค์กรกลาง เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

โดยวิธีอื่น ได้แก่

- การควบคุมอาหารและยา เช่น พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510
- การควบคุมการประกอบวิชาชีพอิสระ เช่น พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

- การกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์ เช่นพระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511
- การควบคุมการประกอบอาชีพ เช่น พระราชบัญญัติการประกอบอาชีพงานก่อสร้าง พ.ศ. 2522
- อื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติกำหนดราตาสินค้าและป้องกันกาารผูกขาด พ.ศ. 2522

ง. การศึกษาและศาสนา

- การศึกษา

การศึกษาระดับอุดมศึกษา เช่น พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2522

อื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติกำหนดวิทยฐานะของผู้สำเร็จวิชาการศึกษา พ.ศ. 2497

- การศาสนา เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมกิจการฮัจญ์ พ.ศ. 2524

จ. งานสังคมอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522

II. กฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจ

ก. การเกษตร เช่น พระราชบัญญัติกองทุนสงเคราะห์เกษตรกร พ.ศ. 2517

ข. การใช้ที่ดิน เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน

ค. ธุรกิจการค้า

- ควบคุมเพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ เช่น พระราชบัญญัติการค้าข้าว พุทธศักราช 2489

- ส่งเสริม เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

- ควบคุมธุรกิจ เช่น พระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พุทธศักราช 2499

- ควบคุมการประกอบการ เช่น พระราชบัญญัตินำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2521

ง. ส่งเสริมวิทยาตาสถรและเทคโนโลยี เช่น พระราชบัญญัติพลังงานปรมาณูเพื่อสันติ พ.ศ. 2504

III. กฎหมายเกี่ยวกับการเงินของรัฐ

- ก. ภาษีอากร เช่น ประมวลรัษฎากร
- ข. เงินทดแทน เช่น พระราชบัญญัติชดเชยค่าภาษีอากรสินค้าส่งออกที่ผลิตในราชอาณาจักร พ.ศ. 2524

IV. กฎหมายเกี่ยวกับการบริหาร

- ก. นโยบายระดับชาติ เช่น พระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521
- ข. บริหาร เช่น พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522
- ค. การปกครอง เช่น พระราชบัญญัติเทศบาล พุทธศักราช 2496
- ง. กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เช่น พระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ. 2527
- จ. ความมั่นคง เช่น พระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2522
- ฉ. บริหารงานบุคคล เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518

อย่างไรก็ดี การพิจารณาจากสาระของกฎหมายดังกล่าวอาจเป็นพื้นฐานการพิจารณาได้ในระดับหนึ่งหรืออาจพิจารณาได้ชัดเจนสำหรับคณะกรรมการบางประเภทที่มีรูปแบบค่อนข้างแน่นอนตามกฎหมายจัดตั้ง เช่น กลุ่มคณะกรรมการควบคุมวิชาชีพ อีสระ กลุ่มสภาการศึกษาระดับอุดมศึกษา หรือกลุ่มคณะกรรมการบริหารงานบุคคล แต่ในกลุ่มกฎหมายที่เหลือนี้จะไม่อาจมองเห็นได้ว่าคณะกรรมการตามกฎหมายนั้นมีรูปแบบอย่างไร เพราะในกลไกของกฎหมายอาจจะกำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นมาได้ตามความจำเป็นของเหตุการณ์ เช่น อาจให้เป็นคณะกรรมการที่วางนโยบายให้องค์กร หรือให้เป็นเพียงองค์กรที่ปรึกษาหรือให้เป็นองค์กรปฏิบัติการในทางปกครอง ดังนั้นการจะพิจารณาสังลักษณะเหล่านี้ได้จึงต้องดูที่บทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเป็นเกณฑ์

ฉะนั้น หลักเกณฑ์ที่วิทยานิพนธ์นี้นำมาใช้ในการจัดประเภทคณะกรรมการก็คือหลักเกณฑ์ในทางอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนั่นเอง

การพิจารณาอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนั้น หากจะนำมาใช้จัดประเภทของคณะกรรมการเพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาการจัดองค์กรในด้านต่าง ๆ ของคณะกรรมการแล้ว อาจพิจารณาได้เป็น 2 แง่มุม คือ

1. พิจารณาอำนาจหน้าที่ตามหลักการจัดองค์กรและการบริหารโดยทั่วไป ซึ่งอาจแยกคณะกรรมการได้เป็น

- 1.1 คณะกรรมการนโยบาย
- 1.2 คณะกรรมการที่ปรึกษา
- 1.3 คณะกรรมการบริหาร
- 1.4 คณะกรรมการปฏิบัติการ

การพิจารณาในจุดนี้จะได้นิยามของระดับปฏิสัมพันธ์ของคณะกรรมการกับองค์กรอื่น ๆ ตามกฎหมายว่าองค์กรใดอยู่เหนือองค์กรใด ซึ่งจะนำไปสู่การจัดองค์กรของคณะกรรมการนั้นให้เหมาะสมตามบทบาทของหน้าที่ เช่น องค์กรนโยบายย่อมอยู่เหนือองค์กรปฏิบัติการ ฉะนั้น คุณสมบัติของกรรมการจะต้องอยู่ในระดับสูง เป็นต้น

2. พิจารณาอำนาจหน้าที่ตามหลักกฎหมายปกครอง การพิจารณาในจุดนี้ อาศัยพื้นฐานจากหลักกฎหมายปกครองที่ถือว่าเนื้อหาในกฎหมาย(ในที่นี้หมายถึงพระราชบัญญัติที่นำมาวิเคราะห์)เป็นกฎเกณฑ์ซึ่งแสดงความเกี่ยวพันระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองและประชาชนในรัฐ การที่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองจะมีลักษณะอย่างหนึ่ง และการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเอกชนก็จะมีลักษณะอีกอย่างหนึ่ง ทั้งนี้แล้วแต่แนวทางของรัฐนั้นๆว่าจะมีรูปแบบในการปกครองเช่นไร ในข้อนี้จึงอาจพิจารณาลักษณะของคณะกรรมการได้ดังนี้

2.2.1 คณะกรรมการที่ทำหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ

2.2.2 คณะกรรมการที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก ซึ่งในข้อ

2.2.2 นี้ อาจแยกย่อยได้อีก 2 ลักษณะ คือ

2.2.2.1 คณะกรรมการที่ทำหน้าที่ทางปกครองโดยทั่วไป

2.2.2.2 คณะกรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนหรือระหว่างเอกชนด้วยกัน

การจัดประเภทคณะกรรมการเพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาการควบคุมคณะกรรมการ
 การควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองเป็นกระบวนการสำคัญยิ่งในระบบการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและมีรูปแบบต่างๆกันไปตามลักษณะของการปกครองในแต่ละระบบ⁶ แต่อย่างไรก็มีลักษณะร่วมกันอยู่ประการหนึ่งคือมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์แก่รัฐมากที่สุดและในขณะเดียวกันก็เป็นการคุ้มครองเอกชนที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการดำเนินงานของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน

การพิจารณาจึงมุ่งไปที่ลักษณะการกระทำของฝ่ายองค์กรฝ่ายปกครองเป็นเกณฑ์ และเนื่องจากคณะกรรมการส่วนใหญ่จะมีอำนาจหน้าที่ปะปนกันอยู่ในหลายลักษณะซึ่งบางตรึงก็เป็นความจำเป็นที่จะต้องกำหนดอำนาจหน้าที่ปะปนกันเช่นนั้น เพราะหน้าที่แต่ละหน้าที่จะเป็นส่วนเสริมสร้างซึ่งกันและกัน เช่น การที่คณะกรรมการหนึ่งเป็นทั้งผู้วินิจฉัยปัญหาและเป็นผู้ให้คำแนะนำ อาจมาจากเหตุผลที่ว่า การที่คณะกรรมการชุดนั้นๆ ได้ทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาตามกฎหมายนั้นๆ จะทำให้ได้รับทราบปัญหาต่างๆอย่างกว้างขวางจึงทำให้สามารถให้คำแนะนำที่เหมาะสมมากที่สุดเป็นต้น

ปัญหาที่อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองมีปะปนกันหลายลักษณะนี้เกิดขึ้นกับทุกประเทศไม่ว่าจะมีระบบกฎหมายปกครองอย่างไร และในแต่ละประเทศดังกล่าวต่างได้ติดต้นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในอันที่จะควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองของตนให้สอดคล้องตามระบบการควบคุมที่ยึดถืออยู่ ฉะนั้นเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ลักษณะของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเพื่อศึกษาเรื่องการควบคุมคณะกรรมการต่อไป จึงขอกล่าวถึงแนวคิดในการจัดระบบการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง(ซึ่งก็รวมถึงองค์กรคณะกรรมการด้วย)ของต่างประเทศพอสังเขปทั้ง 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ กลุ่มประเทศที่มีศาลปกครองโดยเฉพาะ และกลุ่มประเทศที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากแม้ว่าประเทศไทยเราปัจจุบันจะอยู่ในกลุ่มที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมฝ่ายปกครองก็ตาม แต่ก็มีความคิดว่าพยายามจะก่อตั้งศาล

⁶ ราชละเอียดโปรดดับทที่ 5 เรื่องการควบคุมฝ่ายปกครอง

ปกครองขึ้นมาเนื่องจากเห็นว่ากลไกในการควบคุมฝ่ายปกครองในปัจจุบันยังไม่เป็นการเพียงพอ⁷ และในฝ่ายปกครองเองก็ยังมีองค์กรและกลไกตาม พรบ.คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ที่คล้ายคลึงกับศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส(ซึ่งเป็นแม่แบบของศาลปกครองที่เป็นอิสระจากศาลยุติธรรมและฝ่ายปกครอง)ในระยะต้น ซึ่งอาจได้รับการพัฒนาไปสู่ระบบศาลปกครองต่อไปได้ ฉะนั้น ในที่นี้จึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องศึกษาแนวคิดของการควบคุมฝ่ายปกครองถึง 2 ระบบดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการที่ประเทศไทยจะได้พิจารณารูปแบบที่เหมาะสมสำหรับการควบคุมฝ่ายปกครองต่อไป

1. แนวคิดที่นำมาประกอบในการพิจารณาแยกลักษณะอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

แนวคิดที่นำมาประกอบการพิจารณานี้โดยเนื้อหาแล้วจะเป็นการพิจารณาลักษณะอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองเมื่อมาสู่ศาลหรือเป็นการวิเคราะห์เพื่อหาเขตอำนาจศาล ซึ่งหากพิจารณาประกอบกับรายละเอียดในบทที่ 5 เรื่องรูปแบบการควบคุมฝ่ายปกครองแล้ว การควบคุมโดยทางศาลเป็นเพียงการควบคุมรูปแบบหนึ่งเท่านั้นและเป็นการควบคุมหลังจากที่เกิดการกระทำขึ้นแล้ว แต่อย่างไรก็ดี การควบคุมส่วนนี้ก็เป็นส่วนที่สำคัญยิ่ง ซึ่งแนวคิดที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาจะเกี่ยวโยงไปถึงการกระทำทั้งหมดของฝ่ายปกครองได้ จึงเป็นความจำเป็นที่ต้องกล่าวถึงแนวคิดเหล่านี้

1.1 แนวคิดการแยกลักษณะอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองเพื่อจัดระบบการควบคุมของกลุ่มประเทศที่มีศาลปกครอง

1.1.1 แนวคิดในประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสถือเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่มีศาลปกครองแยกเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมโดยศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและอาญา ส่วนศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

⁷ จากตัวอย่างการที่ได้มีการเสนอร่าง พรบ.จัดตั้งศาลปกครอง ฯลฯ พ.ศ. . . . ขึ้นมาหลายครั้ง

ซึ่งการจะพิจารณาว่าอย่างไรคือ "คดีปกครอง" นั้น ก็จะต้องพิจารณาไปถึง รายละเอียดทางการกระทำของฝ่ายปกครองในระดับหนึ่ง คือการกระทำใดบ้างของ ฝ่ายปกครองที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อพิพาทที่จะนำมาสู่คดีปกครองได้ และส่วนใดบ้าง ที่ไม่เป็น และเมื่อถือเป็นคดีปกครองแล้วจะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าจะต้องฟ้องคดี ที่ศาลระดับใดและฟ้องคดีแบบใด การพิจารณาเบื้องต้นจำเป็นต้องศึกษาถึงลักษณะ การกระทำของฝ่ายปกครอง ดังนี้

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ "นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif)"⁸

ส่วนที่ 1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น : ความหมายของคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif)"

คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" นั้น เป็นคำที่แปลมาจากคำภาษาฝรั่งเศสที่ว่า "acte administratif" อันประกอบด้วยคำ 2 คำ คือ คำว่า "acte" อันเป็นคำนามกับ คำว่า "administratif" ซึ่งเป็นคำคุณศัพท์

คำว่า "administratif" นั้น ในวงการนิติศาสตร์ของไทยแปลตรงกันว่า "ทางปกครอง" ส่วนคำว่า "acte" นั้น นิกนิติศาสตร์ของไทยบางท่านแปลคำ ๆ นี้ว่า "การกระทำ" และแปลคำว่า "acte administratif" ว่า "การกระทำในทางปกครอง" แต่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จินทรสมบูรณ์ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา มีความ เห็นว่า การแปลคำดังกล่าวเป็นภาษาไทยเช่นนี้ก่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับทฤษฎี นิติกรรมทางปกครองในวงการศึกษากฎหมายของไทย โดยท่านเห็นว่า ควรจะแปล คำดังกล่าวว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ในลักษณะเดียวกันกับการแปลคำว่า "juristic act" ในกฎหมายแพ่งว่า "นิติกรรม" ไม่ใช่แปลว่า "การกระทำ" ในระยะหลังนี้ นิกนิติศาสตร์หลายท่านจึงได้แปลคำดังกล่าวว่า "นิติกรรมทางปกครอง" กันมากขึ้น⁹

⁸สรุปความจากชาญชัย แสวงศักดิ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรม ทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส", เอกสารประกอบการ ฝึกอบรมหลักสูตร "สัญญาทางปกครอง" (โครงการฝึกอบรมนิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) ณ ห้องประชุมใหญ่ สตท. วันที่ 28 กันยายน 2531.

⁹อย่างไรก็ตาม นิกทฤษฎีกฎหมายเยอรมันบางท่านเห็นว่า คำว่า "นิติกรรม"

1. ความหมายของคำว่า "acte" ตามแนวความคิดทางกฎหมายของฝรั่งเศส
ศาสตราจารย์ โยเซ็หมาน ได้อธิบายถึงความหมายของคำว่า "acte" ไว้ว่า
แต่เดิมนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นนิติกฎหมายแพ่งหรือนิติกฎหมายปกครอง
ต่างก็สอนและอธิบายกันมาโดยตลอดว่า "acte" นั้นแบ่งได้เป็น ประเภทใหญ่ ๆ คือ "acte
juridique" กับ "acte matériel"

คำว่า "acte juridique" นั้น นิติกฎหมายแพ่งชั้นนำรุ่นเก่าดังเช่น Planiol
Ripert และ Boulanger ได้ให้คำอธิบายไว้ในตำรากฎหมายแพ่งของตนว่าหมายถึง
"การกระทำที่ได้ทำลงไปโดยมุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายประการหนึ่งหรือหลายประการ
(les actes accomplis pour réaliser un ou plusieurs effets de droit) ส่วนนิ

(ต่อจากเชิงอรรถ 9 หน้า 42)

ที่ใช้อยู่ในกฎหมายแพ่ง เมื่อนำมาใช้ในกฎหมายปกครองก่อให้เกิดปัญหาขึ้นหลายประการ
ประการแรก "นิติกรรมในทางกฎหมายแพ่ง" นั้น เกิดขึ้นจากความสมัครใจของผู้ทำนิติกรรม
ในขณะที่ "นิติกรรมในทางปกครอง" นั้น มิได้เป็นไปด้วยความสมัครใจ แต่เป็นเรื่องของ
การใช้ "อำนาจ" ที่ฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง และประการที่สอง ในขณะที่ฝ่ายปกครอง
ทำนิติกรรมในทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งในขณะที่วิกลจริต กฎหมายเยอรมันถือว่า
นิติกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์หากกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งต่างจากนิติกรรมในทาง
กฎหมายแพ่งที่อาจทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะได้ ดังนั้น การนำคำในทางกฎหมายแพ่ง
มาใช้ในกฎหมายมหาชนจึงเป็นสิ่งที่ควรระมัดระวัง (ดู สมิตติ เลิศไพฑูรย์, "ข้อความคิด
เกี่ยวกับการควบคุมกำกับทางปกครอง", 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์ รวบรวมบทความใน
โอกาสเกษียณอายุราชการ, 2531 หน้า 215.) ในเรื่องนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าความสับสน
ดังกล่าว หากมองในสายตานิติกฎหมายเยอรมันตงจะเห็นเด่นชัดเนื่องจากในภาษาเยอรมัน
นั้นใช้คำว่า *Verwaltungsakt* (การกระทำในทางปกครอง) ต่างจาก *Rechtsgeschäft*
(นิติกรรม) และลักษณะของนิติกรรมทางปกครอง (หรือที่บางท่านใช้ "การกระทำในทาง
ปกครอง") ดังกล่าวของเยอรมันก็มีรายละเอียดแตกต่างจาก ของฝรั่งเศส (ซึ่งจะกล่าว
ต่อไปในหัวข้อแนวคิดของประเทศเยอรมัน) (ดู บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, "คดีปกครองเยอรมัน",
เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.) ฉะนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องระมัดระวังและ
ทำความเข้าใจกับถ้อยคำที่นำมาใช้เสียก่อน

กฎหมายปกครองขึ้นหน้ารุ่นเก่าดังเช่น Duguit ได้ให้คำอธิบายของคำๆ เดียวกันนี้ไว้ว่า หมายถึง "การกระทำที่ได้ทำลงไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิ และหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมาย (les actes qui sont faits en vue de provoquer une modification dans l'ordonnement juridique)"

กรณีจึงอาจสรุปได้ว่าคำว่า "acte juridique" นั้นมีความหมายตรงกับคำว่า "นิติกรรม" นั้นเอง

อย่างไรก็ดี การแยกการกระทำออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหา บางประการ เนื่องจาก "actes matériels" บางอย่าง เช่น การชำระหนี้ (le paiement) แม้ว่าจะเป็นการดำเนินการทางกายภาพ (une opération matérielle) แต่ก็เป็น การกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งถ้าหากถือตามบทนิยามของคำว่า "acte juridique" ตามที่นักกฎหมายแบ่งได้ให้ไว้แล้ว ก็จะต้องถือว่าตัวอย่างดังกล่าว เป็นนิติกรรมด้วยอย่างนั้นหรือ ศาสตราจารย์ไอเซ็นมาน จึงได้เสนอให้แบ่งแยก "actes" ออกเป็น 2 ประเภท คือ "actes normateurs" คือ "actes" ที่ก่อให้เกิด "แบบแผนหรือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (norme juridiques)" และ "actes non normateurs" คือ "actes" ที่ไม่ก่อให้เกิดแบบแผนหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ไอเซ็นมาน อธิบายว่า คำว่า "actes administratifs" นั้น ที่จริงแล้วเป็นคำที่ยืมมาจากคำเต็มที่ว่า "actes juridiques administratifs" หรือ "actes juridiques du droit administratif (นิติกรรมตามกฎหมายปกครอง)"

ดังนั้น จึงน่าจะสรุปได้ว่าการแปลคำว่า "actes administratifs" ว่า "นิติกรรมทางปกครอง" เป็นการแปลที่สื่อความหมายของคำดังกล่าวได้ตรงกว่า การแปลว่า "การกระทำทางปกครอง"

2. ความหมายของคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับคำว่า "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" และคำว่า "นิติกรรมทางตุลาการ"

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแดร์ (De Laubadère) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส ได้อธิบายไว้ว่า รัฐมีอำนาจหน้าที่ทางกฎหมาย (les fonctions juridiques de l'Etat) อยู่ 3 ประเภท คือ อำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ (la fonction législative) มีอำนาจหน้าที่ทางปกครอง (la fonction administrative) และอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ (la fonction juridictionnelle)

นิติกรรม(actes) ที่รัฐกระทำไปในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นนั้นอาจพิจารณาแบ่งแยกกันได้โดยดำเนิ้งถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่หรือโดยดำเนิ้งถึงเนื้อหาสาระของนิติกรรมนั้น

2.1 การใช้ขององค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

การใช้ขององค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาก็คือ การพิจารณาจากลักษณะขององค์กรผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น หากองค์กรใดเป็นองค์กรทางปกครอง (organe administratif) นิติกรรมต่างๆ ที่กระทำโดยองค์กรนั้นก็จะต้องเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" ไปด้วย แต่ถ้าองค์กรนั้นเป็นองค์กรทางนิติบัญญัติเสียแล้วนิติกรรมขององค์กรนั้นก็จะยอมจะเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ"

การใช้ขององค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานี้มีประโยชน์และมีความสำคัญเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เนื่องจากระบบกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับ "นิติกรรมทางปกครอง" แตกต่างจากที่ใช้บังคับกับ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" และอีกประการหนึ่งก็คือ นิติกรรมที่เป็น "นิติกรรมทางปกครอง" ย่อมอยู่ในอำนาจของศาลที่จะตรวจสอบได้ว่านิติกรรมนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากศาลเห็นว่านิติกรรมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็มีอำนาจสั่งเพิกถอนได้ แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบและสั่งเพิกถอน "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" ได้ ในเมื่อเกณฑ์ในการพิจารณาประการแรกนี้ขึ้นอยู่กับองค์กรซึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาเสียก่อนว่าองค์กรทางปกครอง แบ่งแยกจากองค์กรทางนิติบัญญัติและองค์กรทางตุลาการได้อย่างไร

(1) องค์กรทางปกครองและองค์กรทางนิติบัญญัติ

การพิจารณาแบ่งแยกองค์กรทางนิติบัญญัติจากองค์กรทางปกครองนั้นไม่มีปัญหาย่างยากแต่อย่างใด เนื่องจากรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสระบุไว้อย่างชัดเจนแล้วว่า องค์กรทางนิติบัญญัติคือรัฐสภา อันประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ดังนั้น ถ้าหากใช้ขององค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานิติกรรมแล้ว นิติกรรมที่กระทำโดยรัฐสภา หรือสภาหนึ่งสภาใดดังกล่าวย่อมจะมีใช้นิติกรรมทางปกครอง นิติกรรมที่กระทำโดยรัฐสภานั้นได้แก่ รัฐบัญญัติ ข้อบังคับและมติของสภา¹⁰

¹⁰ ซึ่งต่างจาก "นิติกรรมทางรัฐสภา (actes parlementaires)" ที่หมายถึง คำสั่ง หรือมาตรการใด ๆ ที่กระทำลงโดยหน่วยงานธุรการของรัฐสภา

(2) องค์การทางปกครองและองค์การทางตุลาการ(องค์การวินิจฉัยชี้ขาด)

การพิจารณาแบ่งแยกว่าองค์การใดเป็นองค์การทางปกครองหรือองค์การทางตุลาการนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เนื่องจากระบบกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับนิติกรรมขององค์การดังกล่าวมีข้อแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นในด้านวิธีพิจารณา การอุทธรณ์ คำสั่งหรือคำวินิจฉัยขององค์การนั้นจะเป็นที่สุด(autorité de la chose jugée) หรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติ การพิจารณาแยกแยะว่าองค์การใดเป็นองค์การทางปกครองหรือองค์การทางตุลาการนี้อาจกระทำได้ค่อนข้างยาก เนื่องจากองค์การเดียวกันในบางกรณี อาจดำเนินการในฐานะที่เป็นองค์การทางปกครองแต่ในบางกรณีก็อาจดำเนินการในฐานะที่เป็นองค์การทางตุลาการ กรณีจึงจำเป็นต้องพิจารณาจากเนื้อหาสาระของนิติกรรมที่กระทำโดยองค์การนั้นประกอบไปด้วยว่า นิติกรรมนั้นมีเนื้อหาสาระเป็น"นิติกรรมทางปกครอง" หรือ"นิติกรรมทางตุลาการ"

สำหรับเกณฑ์ในการพิจารณาว่าองค์การใดเป็นองค์การทางตุลาการหรือไม่นั้น ศาลของฝรั่งเศสใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลายเกณฑ์ประกอบกันเพื่อเสาะหาเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จัดตั้งองค์การนั้นขึ้นมามุ่งหมายจะให้องค์การนั้นเป็นองค์การทางปกครองหรือองค์การทางตุลาการ (ซึ่งจะได้กล่าวเพิ่มเติมในหัวข้อการพิจารณาองค์การวินิจฉัยชี้ขาดโดยเกณฑ์เนื้อหาสาระต่อไป)

2.2 การใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมนั้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแตร์อธิบายต่อไปว่า หากพิจารณาในแง่ของเนื้อหาสาระกันแล้ว ก็อาจแบ่งแยกนิติกรรมออกได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และนิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย ซึ่งวิธีการแบ่งแยกเช่นนี้อาจนำไปใช้ในการแบ่งแยกระหว่าง "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (actes législatifs)" ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป กับ "นิติกรรมทางปกครอง (actes administratifs)" ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายได้ แต่ไม่อาจนำไปใช้ในการแบ่งแยกระหว่าง "นิติกรรมทางปกครอง" กับ "นิติกรรมทางตุลาการ" ได้ เพราะต่างก็มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายทั่วด้วยกัน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องใช้เกณฑ์ในการพิจารณาอย่างอื่นมาช่วยเสริม

(1) "นิติกรรมทางปกครอง" และ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ"

การพิจารณาแบ่งแยกนิติกรรมทั้งสองประเภทอาจกระทำได้โดยไม่ยากนัก กล่าวคือ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" คือ ข้อกำหนดทุกอย่างที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้นซึ่งมีผลเป็นการทั่วไป โดยไม่เฉพาะเจาะจงต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด ส่วน "นิติกรรมทางปกครอง" คือ คำสั่งหรือดำริวินิจฉัยเฉพาะรายซึ่งกำหนดในรูปของนิติกรรมแบบอัตวิสัย (actes subjectifs) หากพิจารณากันในด้านเนื้อหาสาระแล้ว นิติกรรมที่กระทำหรือกำหนดขึ้นโดยองค์การทางปกครองก็อาจจะมีเนื้อหาสาระเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" ได้ เช่น "règlement administratif" ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารแต่มีข้อกำหนดซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะเดียวกันกับรัฐบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์การนิติบัญญัติ

มีนักกฎหมายฝ่ายทฤษฎี (la doctrine) ของฝรั่งเศสจำนวนไม่น้อยที่ได้โต้แย้งคุณสมบัติของการแบ่งแยกระหว่าง "นิติกรรมทางปกครอง" กับ "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" โดยใช้เกณฑ์ที่ว่านิติกรรมประเภทแรกมีผลใช้บังคับเฉพาะรายและนิติกรรมประเภทหลังมีผลใช้บังคับทั่วไป ศาสตราจารย์ การ์เร เดอ มาลแบร์ก (Carré de Malberg) ซึ่งเป็นผู้นำของนักกฎหมายซึ่งมีความเห็นเช่นนี้ เห็นว่า การแบ่งแยกประเภทของนิติกรรมนั้นจะต้องพิจารณาจากองค์การซึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้นอย่างเดียวกัน และเห็นว่านิติกรรมที่จะเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" ได้ จะต้องเป็นนิติกรรมที่เกิดจากองค์การทางปกครองเท่านั้น โดยนักกฎหมายฝ่ายนี้ยกตัวอย่างว่า ในกรณีของรัฐบัญญัตินั้นไม่มีประโยชน์อะไรที่จะต้องแยกแยะว่ารัฐบัญญัติใดบ้างที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และรัฐบัญญัติฉบับใดบ้างที่ตราขึ้นมาเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐบัญญัติทั้งสองจำพวกต่างก็อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายอย่างเดียวกัน นอกจากนี้จะเกิดประโยชน์อะไรที่จะเรียก "le règlement administratif" (ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร) ว่าเป็นรัฐบัญญัติในแง่ของเนื้อหาสาระ ในเมื่อระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารนี้ก็เป็นระบบเดียวกันกับที่ใช้บังคับกับนิติกรรมต่างๆ ทั้งหมดของฝ่ายปกครอง

แต่ศาสตราจารย์ เดอ โลบาแตร์ ยังคงเห็นว่าการใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาก็ยังคงมีคุณสมบัติอยู่ ดังเช่น ในกรณีของ "นิติกรรมทางปกครอง" "นิติกรรมทางปกครอง" ประเภทที่มีผลใช้บังคับทั่วไป (กฎ กระทรวง ระเบียบ) และ "นิติกรรมทางปกครอง" ประเภทที่มีผลใช้บังคับเฉพาะราย (คำสั่ง หนังสืออนุญาต)

มีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นในด้านกาประกาศโฆษณา หรือในด้านกายกเลิกหรือเพิกถอน "นิติกรรมทางปกครอง" ดังกล่าว

(2) "นิติกรรมทางปกครอง" และ "นิติกรรมทางตุลาการ"

ในการพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็น "นิติกรรมทางตุลาการ(acte juridictionnel)" หรือไม่นั้น หากการพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ทางองค์กรยังไม่ชัดเจน ศาลจะใช้หลักในทางเนื้อหาสาระที่ว่า นิติกรรมนั้นเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือไม่ เป็นสำคัญ

ส่วนศาสตราจารย์ สตาซซีโนบลอสให้คำอธิบายว่า ถึงแม้ว่านิติกรรมทั้งสองประเภทจะคล้ายคลึงกันในแง่ที่ว่าต่างก็เป็นการบังคับใช้กฎหมาย(รัฐบัญญัติ) กับกรณีเฉพาะรายด้วยก็ก็ตาม แต่นิติกรรมทั้งสองประเภทก็มีข้อแตกต่างกันในแง่ของวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมาย(but) กล่าวคือ "นิติกรรมทางปกครอง" มีจุดมุ่งหมายที่จะตอบสนองความต้องการหรือความจำเป็นต่างๆของสาธารณชน แต่ "นิติกรรมทางตุลาการ" มีวัตถุประสงค์แต่เพียงอย่างเดียวคือ รักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองโดยการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทระหว่างคู่ความหรือโดยการลงโทษผู้กระทำผิดต่อกฎหมาย ในเมื่อนิติกรรมทั้งสองประเภทมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันเช่นนี้ สถานภาพทางกฎหมายของนิติกรรมทั้งสองประเภทก็ย่อมจะแตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ "นิติกรรมทางปกครอง" มีจุดมุ่งหมายที่จะตอบสนองความต้องการของสาธารณชนในชีวิตประจำวัน จึงจำเป็นต้องมีความยืดหยุ่นหรือความอ่อนตัวมากโดยสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อให้รับกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตลอดเวลาแต่ "นิติกรรมทางตุลาการ" นั้นต้องการความแน่นอน เมื่อมีการวินิจฉัยคดีถึงที่สุดแล้วก็ต้องเป็นที่ยึดตามนั้น ด้วยเหตุนี้เองกฎหมายจึงกำหนดให้ "นิติกรรมทางตุลาการ" มีอำนาจที่เรียกกันว่า "la force de la chose jugée" (หรือ res judicata) ซึ่งอำนาจนี้เองที่เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างนิติกรรมทั้งสองประเภทได้อย่างแท้จริง

2.3 วิชากฎหมายปกครองของฝรั่งเศสศึกษา "นิติกรรมทางปกครอง" ในความหมายของนิติกรรมที่เป็นขององค์กรทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ไอเซินมาน (Eisenmann) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีสมีความเห็นว่า ในระหว่างเกณฑ์ในการพิจารณาทั้งสองเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น (เกณฑ์ตาม 2.2 และเกณฑ์ตาม 2.3) นั้น เกณฑ์ตาม 2.2 (การใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา) เท่านั้น

ที่สอดคล้องกับขอบเขตของการศึกษาวิชากฎหมายปกครองของฝรั่งเศสกล่าวคือวิชา
กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น ศึกษาถึงนิติกรรมทุกอย่างขององค์กรทางปกครอง
ไม่ว่านิติกรรมนั้นจะมีเนื้อหาระ เป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" หรือ "นิติกรรมทาง
ตุลาการ" หรือไม่ก็ตาม โดยจะไม่จำกัดขอบเขตของการศึกษาอยู่แต่เพียงนิติกรรม
ที่มีเนื้อหาระเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" เท่านั้น

เนื่องจากวิธีพิจารณาของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองนั้นอาจแยกได้เป็น
หลายลักษณะ การกระทำของฝ่ายปกครองที่จะมาสู่สภาแห่งรัฐจะต้องแยกตามลักษณะ
ของการกระทำซึ่งสภาแห่งรัฐจะรับไว้พิจารณาแตกต่างกัน อำนาจหน้าที่ของสภาแห่งรัฐ
ในส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง¹¹ อาจแยกได้ 3 ลักษณะใหญ่ ๆ คือ

1. อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองบางประเภทได้โดยตรงใน
ฐานะศาลชั้นต้นและศาลชั้นที่สุด
 2. อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาด
ข้อโต้แย้งทางปกครองซึ่งวินิจฉัยในฐานะศาลชั้นต้น (โดยพิจารณาได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริง
และปัญหาข้อกฎหมาย)
 3. อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง
ทางปกครองที่เป็นองค์กรวินิจฉัยในชั้นที่สุด โดยพิจารณาเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย
ดังนี้จึงต้องแยกองค์กรและการกระทำของฝ่ายปกครองออกให้ชัดเจน
เพื่อที่จะให้สอดคล้องกับเขตอำนาจของสภาแห่งรัฐ
- เกณฑ์ในการพิจารณาว่าองค์กรหรือสถาบันใดเป็นองค์กรทางปกครองหรือ
องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งทางปกครอง และการกระทำหรือนิติกรรมใดมีลักษณะเป็น
นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) หรือคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยชี้ขาด
ข้อโต้แย้ง (acte juridictionnel) มีดังนี้¹²

¹¹ สภาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่ใน 2 ลักษณะ คือ (1) เป็นที่ปรึกษาของรัฐบาล
และ (2) พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง (โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 5)

¹² ชาญชัย แสงดี, เอกสารทางวิชาการประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับ
คณะกรรมการตามมาตรา 7(2)(ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

1. เกณฑ์ในการพิจารณาว่าองค์กรหรือสถาบันใดเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาด
ข้อโต้แย้งทางปกครอง (jurisdiction administrative) หรือไม่

ในกรณีที่กฎหมายซึ่งจัดตั้งองค์กรนั้นระบุไว้โดยตรงโดยเรียกองค์กรนั้นว่า "jurisdiction" หรือระบุว่าองค์กรนั้นมีลักษณะเป็นเช่นนั้น (ayant le caractère juridictionnel) หรือในกรณีที่กฎหมายมิได้ระบุไว้โดยตรงแต่ใช้ถ้อยคำต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างชัดเจนเพียงพอ เช่น เรียกคำวินิจฉัย (décision) ขององค์กรนั้นว่า "jugement" (คำพิพากษาของศาลชั้นต้น) ก็คงจะไม่มีปัญหาอะไร แต่ในกรณีที่กฎหมายมิได้ระบุไว้อย่างชัดเจนเพียงพอแล้วก็เป็นภาระหน้าที่ของสภาแห่งรัฐที่จะต้องวินิจฉัยว่าองค์กรหรือสถาบันที่เป็นปัญหานั้นมีฐานะเป็นอะไร แต่เนื่องจากองค์กรหรือสถาบันดังกล่าวมักจะมีรูปแบบหรือลักษณะภายนอกที่คล้ายคลึงกันหรือในบางกรณี องค์กรหรือสถาบันเดียวกันอาจจะต้องปฏิบัติหน้าที่หลายอย่าง ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่แต่ละอย่างองค์กรนั้นก็จะมีฐานะที่แตกต่างกัน เช่นกรณีของคณะกรรมการบริหารของสภาวิชาชีพ (Conseils des Orders professionnels) ต่างๆ เช่น คณะกรรมการบริหารของสภาทนายความ ในกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่วินิจฉัยเรื่องทางวินัย(มรรยาท)ของทนายความ ก็จะมีฐานะเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง แต่ในกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาลังรับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนผู้ซึ่งจะขอขึ้นทะเบียนเป็นทนายความ ก็จะมีฐานะเป็นเพียงองค์กรฝ่ายปกครอง(โดยถือว่ารัฐมอบหมายให้เป็นผู้ควบคุมดูแลผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความแทนรัฐ) ด้วยเหตุนี้เอง สภาแห่งรัฐจึงต้องพิจารณาจากการกระทำหรือ "นิติกรรม" (acte) ขององค์กรนั้นเองว่ามีลักษณะเป็น "acte administratif" (นิติกรรมทางปกครอง) หรือเป็น "acte juridictionnel"

2. เกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมใดมีลักษณะเป็นคำพิพากษาหรือ
คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือไม่

ปัญหาที่ว่าอะไรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมใดมีลักษณะเป็นคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง(acte juridictionnel) นั้น เป็นปัญหาที่นักนิติศาสตร์ฝ่ายทฤษฎี(doctrine)ของฝรั่งเศสในแต่ละยุคได้เคยโต้แย้งกันมามากและยังคงมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ในปัจจุบัน ความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการก็ได้มีอิทธิพลต่อแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นศาลปกครองมาพอสมควร

จึงขอกล่าวถึงเกณฑ์ในการพิจารณาตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการก่อน จากนั้น จึงจะกล่าวถึงเกณฑ์ในการพิจารณาที่สภาแห่งรัฐได้ใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยคดี

2.1 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายทฤษฎี

ปรมาจารย์ทางกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสในสมัยต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 หลายท่าน เช่น แบร์เธเลมี(Berthélemy) ไฮริอู (Hauriou) และกาเร่ เดอ มาลแบร์ (Carré de Malberg) ได้เคยแสดงความเห็นไว้ว่าอำนาจหน้าที่(fonctions) ที่สำคัญของรัฐคงมีเพียง 2 อย่างเท่านั้น คือ อำนาจหน้าที่ทางนิติบัญญัติ (fonction législative) คือการวางกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไป และอำนาจหน้าที่ทางปกครอง(fonction administrative) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามกฎหมายที่ทั่วไปที่กำหนดไว้ โดยนำมาใช้บังคับกับกรณีต่างๆที่เกิดขึ้นจริงเป็นการเฉพาะราย ดังนั้น จึงไม่มีข้อแตกต่างอะไรระหว่างนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) และคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง (acte juridictionnel) เพราะนิติกรรมทั้งสองประเภทต่างก็เป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ทั่วไปนี้เอง แต่แนวความเห็นดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากจากนักกฎหมายมหาชนในรุ่นต่อมาซึ่งเห็นว่าที่จริงแล้วคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งนี้มีความเป็นเอกเทศของตนเองต่างหากจากนิติกรรมทางปกครองและเห็นว่านิติกรรมทั้งสองประเภทยังมีข้อแตกต่างกันอยู่ แต่นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการรุ่นต่อมา ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ว่าจะใช้เกณฑ์อะไรในการพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็นคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือไม่

2.1.1 การใช้รูปแบบหรือองค์การเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา (critères formels et organiques)

นักนิติศาสตร์ฝ่ายทฤษฎีบางคนเห็นว่าจะต้องพิจารณาจากองค์การที่เป็นผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น(critère organique) บางคนเห็นว่าจะต้องพิจารณาจากวิธีการปฏิบัติงานหรือวิธีพิจารณาความที่นำไปสู่นิติกรรมนั้น (critère procédural) บางคนเห็นว่าต้องพิจารณาจากผลของนิติกรรมนี้ว่าเป็นที่สุดหรือไม่และบางคนก็เห็นว่าจะต้องอาศัยเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นประกอบกัน

(ก) การใช้องค์การเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

กาเร่ เดอ มาลแบร์(Carré de Malberg) ปรมาจารย์ทางกฎหมายมหาชน

คนหนึ่งของประเทศใน ช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ได้เคยแสดงความคิดเห็นไว้ว่า การพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" หรือไม่นั้นต้องพิจารณาว่า นิติกรรมนั้นเกิดมาจากองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง(jurisdiction)ใช้หรือไม่ กล่าวคือ เกิดจากองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในรูปของคณะกรรมการ(tribunal) ซึ่งมีหลักประกันในด้านความเป็นอิสระและความเป็นกลาง หรือไม่

แต่แนวความเห็นที่ใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาก็ถูกนักนิติศาสตร์ฝ่าย ทฤษฎีคนอื่นวิจารณ์ว่าน่าจะไม่ถูกต้อง โดยวาไลน์(Waline) ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย มหาชนของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้วิจารณ์แนวความเห็นนี้ว่าในปัจจุบันมีการจัดตั้งคณะกรรมการฝ่ายปกครอง(commissions administratives) ต่างๆขึ้นเป็นจำนวนมากจน ไม่ทราบว่าคณะกรรมการใดมีฐานะเป็นอะไรกันแน่ ดังนั้น การใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการ พิจารณาจึงมิได้เป็นการแก้ปัญหา แต่เป็นการเปลี่ยนปัญหาเสียใหม่ กล่าวคือ ถ้าใช้องค์กร เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแล้ว ก็จะต้องตั้งปัญหาขึ้นต่อไปว่าแล้วจะทราบได้อย่างไรว่า องค์กรนั้นเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีสถาบันอีกเป็นจำนวน มากที่มีความเป็นอิสระอย่างเต็มที่แต่คำวินิจฉัยของสถาบันเหล่านั้นมิได้มีลักษณะเป็นคำ วิจัยชี้ขาดข้อโต้แย้งเลย เช่น คณะกรรมการออกธงดำตอสำหรับข้อสอบ(jury d' examens) และประการสุดท้ายก็คือ องค์กรที่ถึงแม้ว่ามีลักษณะเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาด ข้อโต้แย้งก็จริง แต่ก็มิได้หมายความว่านิติกรรมทุกอย่างขององค์กรนั้นจะต้องเป็น คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งไปหมด เช่น การที่สภาแห่งรัฐในสวิตเซอร์แลนด์เป็นที่ปรึกษากฎหมาย ของรัฐบาลได้ให้คำปรึกษาทางกฎหมายและได้ช่วยตรวจหรือร่างกฎหมายให้แก่ รัฐบาล หรือการที่ศาลยุติธรรมได้กำหนดบัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญประจำศาล เป็นต้น การกระทำดังกล่าวมิได้เป็นคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งแต่อย่างใด

(ข) การใช้วิธีการปฏิบัติงานหรือวิธีพิจารณาคความเป็นเกณฑ์ใน การพิจารณา

ความไม่เพียงพอของเกณฑ์ในการพิจารณาตาม (ก) ทำให้นักนิติศาสตร์ฝ่าย ทฤษฎีกลุ่มแรกพยายามที่จะค้นหาเกณฑ์อื่นมาเสริมโดยกาเร่ เดอ มาลแบร์ ได้เสนอความเห็นเพิ่มเติมอีกว่าสิ่งที่ทำให้องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง(Lo jurisdiction)แตกต่างจาก ฝ่ายปกครอง(l'administration) นั้นมิได้ขึ้นอยู่กับว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งคือการ

ซึ่งขาดว่าตามหลักกฎหมายแล้วใดที่เป็นฝ่ายถูก ใดที่เป็นฝ่ายผิด แต่ขึ้นอยู่กับวิธีการโดย เฉพาะที่จะนำมาสู่การชี้ขาดเช่นว่านั้น เช่น มีการเปิดโอกาสให้ผู้กรณีแต่ละฝ่ายได้ชี้แจง ข้ออ้าง ข้อเถียงของตนตลอดจนแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้าง ข้อเถียงของตน หรือไม่ เพียงใด และจะต้องมีการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งนัก นิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการบางคนอย่างลองบูเอ(Lampue) ก็ได้ทักท้วงไว้ว่าการใช้วิธี พิจารณาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานี้เป็นแต่เรื่องบังชี้ที่เป็นประโยชน์ก็จริง แต่ไม่ใช่เกณฑ์ ในการพิจารณาที่เด็ดขาดที่เดียวนัก โดยยกตัวอย่างของ "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการ จังหวัด(Conseils de préfecture)" ซึ่งในโบเลียม โบนาปาร์ต ได้จัดตั้งขึ้นในสมัยเดียวกัน กับสภาแห่งรัฐโดยกำหนดให้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองบางประเภทได้เอง จึงมีฐานะเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง(jurisdiction) มาตั้งแต่แรกแล้ว แต่ในระยะ แรก "สภาที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด" ยังมิได้กำหนดวิธีพิจารณาความอย่างศาลเลย หากแต่ค่อยๆ สร้างวิธีพิจารณาความของตนขึ้นมาทีละเล็กละน้อยในภายหลังต่างหาก

(ค) การใช้ผลของนิติกรรมนี้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

ลักษณะเฉพาะของ "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" ที่นิติกรรมอื่นใดไม่มี ก็คือ "l' autorité de la chose jugée" หรือ "res judicata" ซึ่งหมายความว่าเมื่อผู้ กำหนดเวลาสำหรับอุทธรณ์ฎีกาแล้ว หากไม่มีการอุทธรณ์ฎีกาหรือเมื่อมีการอุทธรณ์ฎีกา แล้ว องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งในชั้นที่สุดวินิจฉัยชี้ขาดอย่างไรกฎหมายกำหนดว่า ให้ถือว่า "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" นั้นเป็นที่สุด คู่ความเดียวกันจะหรือผู้ขึ้นมาฟ้องร้อง ในประเด็นที่ได้วินิจฉัยไว้แล้วโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันอีกไม่ได้แล้ว กฎหมายให้ถือว่าเป็นอันยุติไปตามนั้น ดังนั้น นักนิติศาสตร์ฝ่ายทฤษฎีบางคน เช่น ซาปิโย(Japiot) และ แจ็ซ (Jeze) จึงมีความเห็นว่าลักษณะเฉพาะดังกล่าวนี้เองที่สามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการ พิจารณาว่านิติกรรมนี้เป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" หรือไม่ แต่แนวความเห็นนี้ก็ยังคง นักนิติศาสตร์บางตนหรือพนักวิชาการอีกว่าเป็นการวางเกณฑ์ในการพิจารณาที่ผิดวิธี กล่าวคือ จุดมุ่งหมายสำคัญของการค้นหาว่านิติกรรมขององค์กรหนึ่งองค์กรใดที่เป็นปัญหา นั้นเป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" หรือไม่ ก็เพื่อที่จะได้ทราบว่านิติกรรมนั้นกฎหมายให้ ถือว่าเป็นที่สุดหรือไม่ การใช้ผลของนิติกรรมนี้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาจึงเป็นการ พิจารณาที่ "กลับหัวกลับหางกัน

2.1.2 การใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมนั้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา(critères matériels)

นักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการอีกกลุ่มหนึ่ง เช่น ไฮริยู (Hauriou) และ เอโบร (Hebraud) เห็นว่าลักษณะบ่งเฉพาะของ "acte juridictionnel" นั้นมีได้อยู่ที่รูปแบบหรือลักษณะภายนอกของนิติกรรมนั้น แต่อยู่ที่เนื้อหาสาระของนิติกรรมนั้นโดยเห็นว่า "acte juridictionnel" ก็คือนิติกรรมที่มีจุดมุ่งหมายที่จะชี้ขาด "ข้อโต้แย้ง(contestation)" โดยอาศัยกฎหมายเป็นหลัก แต่คำว่า "ข้อโต้แย้ง" ที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณานั้น อาจมีความหมายได้หลายอย่าง กล่าวคือ ในความหมายสำคัญ "ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาท" นั้นย่อมหมายถึงการที่คู่ความสองฝ่ายเผชิญหน้ากันในศาลโดยแต่ละฝ่ายต่างก็ชี้แจงข้ออ้างข้อเถียงของตนและหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถ้าหากถือเอา "ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาท" ตามความหมายนี้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็นหรือไม่เป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" แล้ว ก็จะทำให้มีความหมายแตกต่างกันไปเพราะจะไม่คลุมถึงกรณีต่างๆ อีกหลายกรณี เช่น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมในคดีที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ซึ่งศาลพิจารณาคดีไปฝ่ายเดียวหรือคำพิพากษาของศาลปกครองในกรณีที่โจทก์ขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir) อันเป็นคดีปกครองประเภทที่สำคัญที่สุดของฝรั่งเศส ซึ่งในคดีประเภทนี้โจทก์กล่าวหาว่านิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีได้เพียงเจ้าหน้าที่หรือองค์กรฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องเป็นจำเลยโดยตรง นักนิติศาสตร์หลายคน เช่น วิซิโอซ (Vizioz) และบอนนาร์ (Bonnard) จึงเห็นว่าน่าจะถือเอา "ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาท" ในความหมายกว้างเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยเห็นว่ากรณีที่สิทธิประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดถูกระทบกระเทือนหรือถูกละเมิดเพราะเหตุที่บุคคลอีกบุคคลหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยผิดเจตหรือไม่ยอมปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของบุคคลนั้น เป็นเหตุให้การใช้สิทธิของบุคคลนั้นต้องหยุดชะงักลง เนื่องจากยังมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความมีอยู่หรือขอบข่ายของสิทธินั้น ก็ถือได้แล้วว่ามิใช่ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว โดยไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการโต้แย้งหรือพิพาทกันอย่างแท้จริงระหว่างคู่ปฏิบัติ

2.1.3 การใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลาย ๆ อย่างประกอบกัน

นักนิติศาสตร์ฝ่ายทฤษฎีบางตนอย่างโซลัสและเปโรต์ (Solus et Perrot) เห็นว่าถึงแม้ว่าการใช้เนื้อหาของระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมนั้นมีจุดมุ่งหมายที่จะชี้ขาดข้อโต้แย้งโดยอาศัยกฎหมายเป็นหลักหรือไม่ จะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาที่ค่อนข้างจะแน่นอนมากที่สุดก็ตาม แต่ก็ไม่น่าจะแน่นอนเสมอไป จึงเห็นว่าน่าจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาหลาย ๆ อย่างดังกล่าวข้างต้นประกอบกันกล่าวคือ ตราจะพิจารณาว่านิติกรรมที่เป็นปัญหานั้นเป็นนิติกรรมขององค์กรซึ่งมีลักษณะต่าง ๆ ขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง (jurisdiction) ที่ชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทโดยอาศัยกฎหมายเป็นหลัก ทั้งนี้ ตามวิธีพิจารณาความที่ให้ตามคุ้มครองประโยชน์ของผู้ความและคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว กฎหมายให้ถือว่าเป็นที่สุดโดยผู้ความไม่อาจหรือผืนขึ้นมาฟ้องร้องกันใหม่ได้อีก (res judicata) ใช้หรือไม่

2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ในการวินิจฉัยว่านิติกรรมขององค์กรใดเป็น "acte juridictionnel" หรือไม่นั้น ในเบื้องต้น สภาแห่งรัฐจะพยายามเสาะหาเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรนั้นขึ้นมาเสียก่อนว่ามีจุดมุ่งหมายที่จะให้นิติกรรมขององค์กรนั้นเป็น "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง" หรือไม่ แต่ในกรณีที่ไม่อาจเสาะหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้ สภาแห่งรัฐก็จำเป็นต้องกำหนดเกณฑ์ในการวินิจฉัยชี้ขาดเองโดยสภาแห่งรัฐได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากจากแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายทฤษฎี ดังนั้น แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในเรื่องนี้จึงเปลี่ยนแปลงไปในแต่ละสมัยตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการด้วย แต่เดิมสภาแห่งรัฐได้เคยใช้ทั้งเกณฑ์ในการพิจารณาด้านรูปแบบและองค์กร (critères formels et organiques) และเกณฑ์ในการพิจารณาด้านเนื้อหาของนิติกรรมนั้น (critères matériels) แล้วแต่กรณี โดยมีแนวโน้มที่จะให้ความสำคัญต่อเกณฑ์ในการพิจารณาด้านรูปแบบและองค์กรมากกว่า เช่น ในคดี Leroux ต.ศ. 1929 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าเนื่องจากแผนกพิจารณาข้อพิพาททางปกครองของสำนักงานประกันภัยขึ้นสูงแห่งจังหวัดลาโมแซล (chambre du contentieux administratif de l'office supérieur de la Moselle) วินิจฉัยข้อพิพาทโดยอาศัยวิธีพิจารณาความอย่างศาล ดังนั้น องค์กรดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาด

ข้อโต้แย้งทางปกครอง ในคดี Moineau ค.ศ. 1945 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าแพนทรีนียของ
 คณะกรรมการบริหารของแพทยสภาระดับชาติของฝรั่งเศส (Chambre de discipline du
 Conseil supérieur de l' Ordre national des Médecins) เป็นองค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อ
 โต้แย้งทางปกครองเนื่องจากมีเจ้าหน้าที่ของสภาแห่งรัฐระดับ conseiller d'Etat เป็น
 ประธานและมีวิธีพิจารณาความที่เปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาว่าประพฤตินิยัตยบรรณ
 แพทย์ได้รับแจ้งข้อกล่าวหาและชี้แจงข้อกล่าวหาได้ตามสมควร แต่ในบางคดี สภาแห่งรัฐ
 ก็ใช้เกณฑ์ในการพิจารณาตามเนื้อหาสาระของนิติกรรมนั้นโดยดูว่ามีจุดมุ่งหมายที่จะ
 วินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งหรือไม่และองค์การนั้นมีอำนาจเด็ดขาดที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง
 ใดเองหรือไม่ ดังเช่นในคดี Bugnet ค.ศ. 1943 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าแพนทรีนียของ
 สภาบัญชีรับระบัญชีซึ่งได้รับการอนุมัติจากศาลอุทธรณ์กรุงปารีสให้เป็นผู้เชี่ยวชาญศาล
 (la Chambre de discipline de la compagnie des commissaires aux comptes
 agréés par la Cour d' appel de Paris) มีฐานะเป็นองค์การวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง
 และในคดี Union commerciale de Bordeaux Bassens ค.ศ. 1951 สภาแห่งรัฐวินิจฉัย
 ว่าคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับอุบัติเหตุอันเกิดจากการทำงานแห่งชาติ
 (la Commission nationale des accidents du travail) เป็นองค์การวินิจฉัยชี้ขาด
 ข้อโต้แย้ง แต่ในคดี Falco et Vidailiac ค.ศ. 1953 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าคณะ
 กรรมการควบคุมการเลือกตั้งกรรมการตุลาการ (le bureau de vérification des
 élections au Conseil supérieur de la Magistrature) ไม่มีฐานะเป็นองค์การวินิจฉัย
 ชี้ขาดข้อโต้แย้งเพราะเป็นเพียงองค์กรที่จัดระเบียบโครงสร้างของบริการสาธารณะเท่านั้น
 แต่นับตั้งแต่วินิจฉัยคดี Bayo ค.ศ. 1953 เป็นต้นมา สภาแห่งรัฐได้หันมาเน้นหนักในเนื้อหา
 สาระของนิติกรรมขององค์กรที่เป็นปัญหามากยิ่งขึ้น ดังเช่นในคดี de Bayo ค.ศ. 1953
 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่ามติหรือคำวินิจฉัย (décisions) ของสภาสัตวแพทย์ (l' Ordre des
 vétérinaires) เกี่ยวกับการรับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนผู้ซึ่งขอจดทะเบียนเป็นสัตวแพทย์นั้น
 ไม่ว่าจะมีความเป็นอย่างไรก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาสาระของเรื่องแล้ว มติหรือ
 คำวินิจฉัยดังกล่าวไม่มีลักษณะของคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง และในคดี L' Etang ค.ศ.
 1969 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าคณะกรรมการตุลาการของฝรั่งเศส (le Conseil supérieur

de la magistrature) ซึ่งวินิจฉัยในเรื่องวินัย เป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งโดยสภาแห่งรัฐดำเนินถึงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการในเรื่องนี้เป็นสำคัญโดยถือว่าองค์ประกอบและวิธีพิจารณาของคณะกรรมการตุลาการไม่ใช่สิ่งสำคัญ

โดยสรุป ในปัจจุบัน สภาแห่งรัฐใช้เกณฑ์ในการพิจารณาตามเนื้อหาสาระของนิติกรรมขององค์กรนี้เป็นเกณฑ์หลัก และใช้เกณฑ์ในการพิจารณาตามรูปแบบและองค์กรเป็นเกณฑ์รอง

ประเภทของนิติกรรมทางปกครอง¹³ ที่นำมาประกอบการวิเคราะห์ลักษณะอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง อาจแบ่งได้ดังนี้

1. การสั่งการที่เป็นกฎทั่วไป (acte réglementaire) เช่น การออกระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ เป็นต้น และ
2. การสั่งการที่มีผลเฉพาะบุคคล (acte individuel) เช่น การให้อนุญาตหรือยกเลิก เพิกถอนการอนุญาตต่าง ๆ เป็นต้น

¹³ในที่นี้หมายถึง "นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว" (acte administratif unilatéral) เนื่องจากนักทฤษฎีบางท่านของฝรั่งเศสมีการแยกพิจารณานิติกรรมทางปกครองเป็น "นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว" และ "นิติกรรมทางปกครองหลายฝ่าย" (acte administratif plurilatéral) แต่อย่างไรก็ดี นักทฤษฎีหลายท่านเห็นว่าพื้นฐานของนิติกรรมทางปกครองนั้นเกิดจากอำนาจสั่งการฝ่ายเดียวของรัฐ จึงเห็นว่า "นิติกรรมทางปกครอง" นี้หน้าจะได้แก่ "นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว" เสมอไป และสมถวิลแยกหลัก "สัญญาทางปกครอง" (contrat administratif) เพื่อพิจารณาเรื่อง "นิติกรรมทางปกครองหลายฝ่าย" ออกเป็นเอกเทศ (ดู อมร จินทรสมบูรณ์, นิติกรรมทางแพ่ง-นิติกรรมทางปกครอง - สัญญาทางปกครอง", เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตร "สัญญาทางปกครอง" (โครงการฝึกอบรมนิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) ณ ห้องประชุมใหญ่ สดก. วันที่ 28 กันยายน 2531, หน้า 2 และ ชาลูนชัย แสงตีกดี, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส" หน้า 20-23.)

1.1.2 แนวคิดในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน¹⁴

แม้ว่าประเทศเยอรมันจะมีระบบศาลปกครอง แต่ระบบศาลดังกล่าวก็ไม่ได้มีลักษณะเหมือนกับของประเทศฝรั่งเศสที่ศาลปกครองเป็นศาลอิสระแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม หากแต่ศาลปกครองของเยอรมันเป็นศาลที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมเดียวกันกับศาลยุติธรรมแต่มีเขตอำนาจแยกกันอย่างเด็ดขาด¹⁵

อย่างไรก็ดี แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองของประเทศเยอรมัน ก็เป็นที่น่าสนใจในลักษณะเด่นที่มีการใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีการดำเนินการปกครอง¹⁶ หรือศึกษากฎหมายบางท่านเรียกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง¹⁷ (*Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*) เป็นการควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำ ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวได้ให้ความหมายของ "การกระทำในทางปกครอง"¹⁸ หรือ "นิติกรรมทางปกครอง"¹⁹ ไว้ในมาตรา 35 ว่า "การกระทำทางปกครอง(นิติกรรมทางปกครอง) คือ คำสั่งคำตัดสินหรือมาตรการอื่นของทางราชการในทุกเรื่อง ที่หน่วยราชการหนึ่งหน่วยราชการใดออกไปเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์บังคับกรณีใดกรณีหนึ่ง ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนและเป็นมาตรการที่เจาะจงให้มีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อภายนอก"

จากความหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่าความหมายของ "การกระทำทางปกครอง (นิติกรรมทางปกครอง)" ของเยอรมันนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับความ

¹⁴ในที่นี้ขอกล่าวโดยสังเขป เนื่องจากในทางปฏิบัติองค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทยมีแนวโน้มจะใช้แนวคิดของประเทศฝรั่งเศสมากกว่า.

¹⁵โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 5 เรื่องระบบการควบคุมฝ่ายปกครอง

¹⁶บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, "คดีปกครองเยอรมัน", : 168.

¹⁷กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "องค์ประกอบของ"นิติกรรมทางปกครอง" ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน", วารสารนิติศาสตร์ 17(3, กย. 2530) : 37.

¹⁸บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, "คดีปกครองเยอรมัน", : 168.

¹⁹กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "องค์ประกอบของ"นิติกรรมทางปกครอง" ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน", : 37.

หมายของนิติกรรมทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส คือ มุ่งถึงลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบ หรือ ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิและหน้าที่ของเอกชน แต่อย่างไรก็ดี กระทำทางปกครอง(นิติกรรมทางปกครอง) ของเยอรมันจะมีความหมายที่แตกต่างของฝรั่งเศส คือ การกระทำทางปกครอง(นิติกรรมทางปกครอง) ของเยอรมันนั้นจะมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นข้อกำหนดเฉพาะราย อันมีผลทางกฎหมายเท่านั้น

ซึ่งกรณีดังกล่าว เป็นเพราะแนวคิดในประเทศเยอรมันมุ่งพิจารณาที่เนื้อหาของสาระของการกระทำเป็นเกณฑ์ ดังนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับโดยทั่วไป ก็ได้รับการพิจารณาเป็นเช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยองค์กรในทางนิติบัญญัติ ซึ่งต่างจากแนวคิดในประเทศฝรั่งเศสที่ใช้หลักเกณฑ์ในทางองค์กรเป็นหลัก และการพิจารณากำหนดความหมายของนิติกรรมทางปกครองของประเทศเยอรมันดังกล่าวนี้ ก็เป็นไปเพื่อการใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการที่เหมาะสมตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมากกว่าที่จะใช้เพื่อการพิจารณาเขตอำนาจศาลปกครองเช่นในฝรั่งเศส

1.2 แนวคิดในกลุ่มประเทศที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมฝ่ายปกครอง (ประเทศอังกฤษ)

ประเทศที่ใช้ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมฝ่ายปกครองหรือที่เรียกว่า "ระบบศาลเดี่ยว" นั้น แม้แบบที่สำคัญคือประเทศอังกฤษ ในที่นี้จึงขอกล่าวถึงแนวคิดในการแบ่งลักษณะอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายปกครองเพื่อจัดเข้าสู่ระบบการควบคุมโดยศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษดังนี้

ในประเทศอังกฤษนอกจากศาลยุติธรรมแล้ว ยังได้มีการจัดตั้ง Administrative Tribunals ขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐและเอกชนขึ้นมาเป็นจำนวนมากโดยใช้วิธีพิจารณาแบบกึ่งพิพาท(quasi-judicial) ซึ่งในระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมของอังกฤษนั้น หากเป็นเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในเรื่องสัญญาและละเมิดนั้น ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีโดยใช้หลักกฎหมายแพ่งเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป และในส่วการปฏิบัติงานโดยทั่วไปของฝ่ายปกครองนั้น ศาลมีอำนาจทบทวนการปฏิบัติงานดังกล่าวว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (judicial review)

และในส่วน judicial review นี้ ศาลจะกระทำโดยการออกคำสั่ง(order)ต่างๆ บังคับต่อฝ่ายปกครอง ซึ่งคำสั่งแต่ละคำสั่งนั้นจะแยกใช้กับการกระทำของฝ่ายปกครองที่แตกต่างกัน²⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสั่ง certiorari จะใช้ทบทวนการกระทำที่ถือเป็นการกระทำกึ่งพิพาท (quasi-judicial) หรือการวินิจฉัยข้อพิพาท (judicial) ฉะนั้น ตั้งแต่เมื่อได้มีการสร้าง Administrative Tribunals ขึ้นมาเป็นจำนวนมากโดยใช้วิธีพิจารณาแบบกึ่งพิพาท (quasi-judicial) จึงได้มีผู้พยายามให้คำนิยามความแตกต่างระหว่างคำว่า "judicial" "quasi-judicial" และ "administrative decision" ไว้ดังนี้²¹

"judicial decision" สิ่งที่จะเป็น judicial decision โดยแท้ันั้นต้องเป็น เรื่องข้อพิพาทระหว่างคู่ความตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปโดยมีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ

1. มีการเสนอคดีของคู่ความที่พิพาท
2. ถ้าข้อพิพาทระหว่างคู่ความเป็นปัญหาข้อเท็จจริง จะต้องมีการค้นหาข้อเท็จจริง โดยอาศัยพยานหลักฐานที่อ้างโดยคู่ความที่พิพาท และปกติการค้นหาข้อเท็จจริง จะสะดวกขึ้นด้วยอาศัยข้อโต้แย้งเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่เสนอโดยคู่ความ
3. ถ้าข้อพิพาทระหว่างคู่ความเป็นปัญหาข้อกฎหมาย จะต้องมีการเสนอข้อโต้แย้งทางกฎหมายโดยคู่ความ
4. คำพิพากษา(decision) จะต้องกล่าวถึงเรื่องราวทั้งหมดโดยมีการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่พิพาทและมีการนำเอากฎหมายของแผ่นดินมาปรับแก้ข้อเท็จจริงที่พิพาทรวมทั้งจะต้องมีคำวินิจฉัยข้อพิพาทในปัญหากฎหมายด้วยถ้ามีการยกขึ้นมา

²⁰ และในส่วนสาระที่ศาลจะเข้าทบทวนการกระทำแต่ละประเภทก็ยังมีความแตกต่างกัน เช่น ศาลจะทบทวนว่าในการกระทำประเภทที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหรือการกระทำกึ่งพิพาท องค์การที่ใช้อำนาจนั้นมีอำนาจบงการทางด้านวิธีพิจารณาโดยมิได้นำหลัก "natural justice" มาใช้หรือไม่ (รายละเอียดโปรดดูในบทที่ 5 เรื่องการทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมในประเทศอังกฤษ)

²¹ สรุปรวมจาก โทดิน ผลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : มธ., 2525), Garner, J.F., Administrative Law, 5th ed., (London : Butterworths, 1982), pp.122-123.

"quasi-judicial decision" เป็นเรื่องข้อพิพาทระหว่างคู่ความ ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเช่นกัน โดยมีองค์ประกอบดังนี้ คือ ต้องมีข้อ 1 และ 2 ของ judicial decision แต่ไม่จำเป็นต้องมีข้อ 3 และจะไม่มีข้อ 4 เลย เพราะ decision ตามข้อ 4 จะเป็นของฝ่ายปกครองในลักษณะที่ถูกกำหนดโดยการเลือกอย่างอิสระของรัฐมนตรี

"administrative decision" ที่จะเรียกว่าเป็น "administrative decision" อย่างแท้จริงนั้น กรณีนี้ผู้มีหน้าที่ทำคำสั่ง(decision) ไม่มีหน้าที่ทางกฎหมายต่อบุคคล ผู้ถูกกล่าวหาในอันจะต้องพิจารณาหรือชี้หน้าหนักข้อพิพาท หรือรวบรวมฟังพยานหลักฐาน หรือหาทางออกให้แก่ปัญหา เหตุผลที่ผู้มีหน้าที่ทำคำสั่งกระทำลงไป และวิธีการที่เขาแจ้งแก่ตัวเองก่อนกระทำกร เป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจของเขาโดยแท้

นอกจากนี้รายงานของ Committee on Ministers' Powers ยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า judicial decision จะต้องเป็นของศาล ในขณะที่ quasi-decision และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง administrative decision ตราบจะเป็นของรัฐมนตรี

สรุปแล้วในความเห็นของคณะกรรมการที่ได้พยายามความแตกต่างระหว่างคำสั่งสามคำนี้ไว้เห็นว่า ข้อแตกต่างสำคัญระหว่าง judicial function และ quasi-judicial function คือกรณี judicial decision ไม่มีเรื่องของดุลพินิจเกี่ยวข้องเลย ในขณะที่กฎหมายฉบับต่างๆที่จัดให้มี quasi-judicial decision อนุญาตให้มีการใช้ดุลพินิจได้ แต่ทั้ง judicial และ quasi-judicial functions ต่างกับ administrative decision ตรงที่สองกรณีแรกแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของข้อพิพาทและคู่ความที่พิพาท

คณะกรรมการได้ชี้ต่อไปอีกว่าหน้าที่ของศาลนั้นมีลักษณะแบบกลไก(mechanical) ไม่สร้างสรรค์และไม่มิลักษณะเป็นดุลพินิจ จริงอยู่แม้ศาลจะใช้ดุลพินิจเช่นในกรณีคำพิพากษาคดีอาญา หรือในทางกฎหมายมหาชนที่ศาลใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง เช่น ถ้าบุคคลหนึ่งได้รับความเสียหายจากคำสั่งของสภา borough ให้จ่ายเงินนอกเหนือจากอัตราที่กำหนด บุคคลนั้นย่อมอุทธรณ์ไปยัง High Court ได้ และ High Court "สามารถที่จะกำหนดเกี่ยวกับการจ่ายเงินในกรณีดังกล่าวได้ตามที่เห็นสมควร" แต่ดุลพินิจที่ศาลใช้จะมีระดับน้อยกว่า และไม่มิลักษณะเปิดเท่ากับของฝ่ายปกครอง

ผู้ที่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการ เช่น ศาสตราจารย์ WADE ก็กล่าวว่า "ดุลพินิจเป็นเรื่องความดีในการดำเนินการให้สะดวกรวดเร็วของฝ่ายปกครองเองแท้ๆ"

ตุลฉินฉินไม่อาจถูกเจ้าหน้าที่ชั้นสูงกว่าตนใดแสดงว่าผิดในข้อกฎหมายได้"

นักกฎหมายอีกท่านหนึ่งคือ D.M. GORDON ก็แสดงความคิดเห็นได้ว่า "ศาลยุติธรรม (judicial tribunals) จะต้องปฏิบัติต่อสิทธิและความรับผิดชอบตามกฎหมายประหนึ่งว่าสิทธิและความรับผิดชอบนั้นดำรงอยู่ก่อนแล้ว เพราะศาลประกาศว่าตนผูกพันอยู่กับมาตรฐานทั่วไป (objective standard) ที่กำหนดไว้ นั่นคือ ศาลยอมรับที่จะไม่ให้สิทธิหรือกำหนดความรับผิดชอบด้วยตนเอง หากทั่วไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แต่ administrative tribunals ซึ่งทำหน้าที่ไปโดยขึ้นอยู่กับนโยบายและความสะดวกรวดเร็วเป็นผู้กำหนดว่าอะไรคือนโยบายและความสะดวกรวดเร็ว นั่นคือ administrative tribunals จะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับสิทธิหรือความรับผิดชอบที่ดำรงอยู่ก่อนแล้ว หากตนเองจะเป็นผู้สร้างสิทธิและความรับผิดชอบที่ตนดำเนินการบังคับศาลยุติธรรมจะพิจารณากฎหมายและใช้กฎหมาย ในขณะที่ administrative tribunals ตีกฎหมายในตัวเองทั้งนี้ภายใต้บริบทของตน"

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ GRIFFITH และศาสตราจารย์ STREET ไม่เห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการและของศาสตราจารย์ทั้งสองท่านที่กล่าวมาแล้วโดยแสดงเหตุผลว่า ถ้าเห็นว่า judicial decision และ administrative decision แตกต่างกันในลักษณะที่กล่าวมาแล้ว จะอธิบายได้อย่างไรว่า ทรัมสกา ซุนนาง (House of Lords) จึงมีปากษาว่าการจ่ายเงินของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายที่จะจ่ายค่าจ้างนั้นได้ "ตามที่ตนเห็นสมควร" โดยได้จ่ายค่าจ้างเป็นจำนวนสี่ปอนด์ต่อสัปดาห์ให้แก่ลูกจ้างเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้ง ๆ ที่การกระทำของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นไม่มีลักษณะเป็น judicial เลย ดั้งนี้จึงแสดงอยู่เต็มตัวว่าศาลสามารถทบทวน (review) การกระทำที่มีลักษณะเป็น administrative ตามความหมายที่คณะกรรมการและผู้สนับสนุนให้ไว้ข้างต้นได้

ความแตกต่างในเรื่องตุลฉินฉินเป็นเพียงจุดหนึ่งของความหนักเบาเท่านั้น นั่นคือศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่าในกรณีที่เกิดขึ้นนั้น การใช้ตุลฉินฉินของฝ่ายปกครองได้ออกไปนอกขอบเขตที่ตนต้องผูกพันอยู่หรือไม่

ศาสตราจารย์ GRIFFITH และศาสตราจารย์ STREET กล่าวต่อไปอีกว่าความหมายของคำว่า "Judicial" อาจถูกกำหนดได้โดยหลายสิ่ง (contexts) เช่น คำสั่ง certiorari จะผูกพันองค์กรศาลยุติธรรม (judicial bodies) องค์กรศาลยุติธรรมจะต้องเคารพหลัก

natural justice ความคุ้มกัน (immunity) สำหรับการกระทำที่เข้าไปในหน้าที่ของผู้พิพากษา เอกสิทธิของหนังสือพิมพ์ที่จะรายงานกระบวนการพิจารณาของศาล โดยไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท ฯลฯ จึงเห็นว่าไม่อาจให้คำจำกัดความเพียงอันหนึ่งสำหรับคำว่า judicial โดยที่คำนี้แสดงถึงหลายสิ่งได้ ตัวอย่างเช่น บรรดา courts of referees ที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายว่าด้วยการประกันการจ้างงานก็อยู่ภายใต้ certiorari ทั้ๆ ที่สมาชิกของ courts เหล่านี้ไม่ได้ได้รับความคุ้มกันในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเช่นผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเลย ดังนั้น การที่ศาลควบคุมองค์กร เช่น courts of referees ซึ่งเป็น administrative bodies จึงเป็นเรื่องที่ศาลต้องการดูแลและจำกัดเอกสิทธิต่างๆ ของ administrative bodies ให้มากที่สุดที่จะทำได้

สรุปแล้วก็คือ Committee on the Ministers' Powers ศาสตราจารย์ WADE และศาสตราจารย์ GORDON พยายามที่จะแยกให้เห็นถึงความแตกต่างของ Judicial decision, quasi-judicial decision และ administrative decision ซึ่งค่อนข้างเป็นเรื่องของแนวความคิด แต่ก็ไม่อาจเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ ดังที่ศาสตราจารย์ GRIFFITH และศาสตราจารย์ STREET แสดงเหตุผลโต้แย้งไว้ ซึ่งเราจะเห็นว่าเป็นเรื่องการอธิบายและโต้แย้งในระบบของอังกฤษโดยเฉพาะ จึงยากที่จะเปรียบเทียบกับแนวความคิดของฝรั่งเศสซึ่งก็เป็นเรื่องของฝรั่งเศสโดยเฉพาะเช่นกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วให้ชัดเจนได้

อย่างไรก็ตามมีจุดหนึ่งที่เรารวพิจารณาให้ดี ก็คือสิ่งที่ฝรั่งเศสเรียกว่า "การกระทำที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาด (acte juridictionnel)" และสิ่งที่อังกฤษเรียกว่า "การกระทำที่มีลักษณะกึ่งพิพากษา (quasi-judicial act)" นั้นคือฝรั่งเศสมองว่าไม่แต่เฉพาะองค์กรศาลยุติธรรมเท่านั้นที่สามารถมีการกระทำที่มีลักษณะเป็น juridictionnel ได้ องค์กรของฝ่ายบริหารก็สามารถทำได้เช่นกัน ส่วนอังกฤษนั้น การแก้ปัญหาความขัดแย้งอันเกิดจากการขยายเติบโตของระบบเศรษฐกิจและสังคมด้วยการสร้าง Administrative Tribunals ต่างๆ ขึ้นเป็นอันมาก โดยให้มีอำนาจหน้าที่และองค์ประกอบแตกต่างกันออกไปตามกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นในแต่ละเรื่อง ทำให้เกิดความยากลำบากในการจะพิจารณา Tribunals เหล่านี้เป็นองค์กรลักษณะใดกันแน่ คือเป็น judicial bodies หรือ administrative bodies เพราะตามลักษณะและโครงสร้างแล้ว Administrative Tribunals เป็น administrative bodies แต่ศาลกลับควบคุม Administrative

Tribunals ด้วยคำสั่ง prohibition²² และ certiorari ซึ่งศาลจะไม่ใช้กับเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่สมาชิกของ Administrative Tribunals เลย

2. การพิจารณาแยกลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาการควบคุมคณะกรรมการในประเทศไทย

แนวคิดโดยสังเขปของแต่ละระบบดังกล่าวนี้ หากจะนำมาเทียบเคียงพิจารณากับกรณีของประเทศไทยอย่างตรงไปตรงมาแล้วก็คงจะเป็นไปไม่ได้ เนื่องจากระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทยแตกต่างจากระบบสากล แต่อย่างไรก็ดี ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทยก็เป็นผลมาจากการผสมผสานแนวคิดของระบบของต่างประเทศ คือโดยหลักแล้ว ในปัจจุบันประเทศไทยก็ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมฝ่ายปกครองเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่หากพิจารณาตามการแบ่งลักษณะการกระทำตามหลักกฎหมายอังกฤษก็จะมีผลในการปฏิบัติของประเทศไทยสักเพราะแม้ว่าประเทศไทยจะใช้ระบบศาลยุติธรรมควบคุมฝ่ายปกครองเช่นเดียวกับอังกฤษก็ตาม แต่ระบบศาลไทยไม่มีระบบการออกคำสั่งต่างๆเพื่อควบคุมฝ่ายปกครอง และในทางปฏิบัติศาลก็จะไม่พิจารณาแยกการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองเหมือนของอังกฤษ แต่อย่างไรก็ดี ก็อาจจะใช้หลักกฎหมายอังกฤษ ประกอบในกรณีอื่น ๆ ที่เหมาะสม เช่น หลักวิธีพิจารณาต่าง ๆ ซึ่งการแยกลักษณะการกระทำจะมีประโยชน์ในกรณีที่ทำให้ทราบว่ากรณีใดควรจะมีวิธีพิจารณาโดยใช้หลัก natural justice ต่างๆ หรือเพื่อพิจารณาขอบเขตการตรวจสอบของศาลไทยว่า ในปัจจุบันศาลไทยมีบทบาทในการเข้าไปตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองบางลักษณะ เช่น การใช้ดุลพินิจพอเพียงหรือไม่²³ เป็นต้น

²²Prohibition เป็นคำสั่งแบบเดียวกับ certiorari แต่เป็นการที่ศาลสูงห้ามไม่ให้ศาลล่างกระทำการนอกเหนืออำนาจต่อไป คำสั่งที่ศาลมักใช้กับฝ่ายปกครองคือ mandamus ซึ่งเป็นคำสั่งที่สั่งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ศาลหรือองค์กรอื่นใดปฏิบัติหน้าที่สาธารณะ (public duty) (ดูโกดิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 123.

²³โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 5 เรื่องขอบเขตการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม (หน้า 146)

ส่วนการแบ่งลักษณะการกระทำของฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน
นั้น แม้ว่าปัจจุบันประเทศไทยจะยังไม่มีศาลปกครอง แต่ก็อาจสามารถนำแนวคิดของ
ประเทศฝรั่งเศสมาวิเคราะห์เทียบเคียงลักษณะอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในประเทศไทย
ได้ สำหรับกรณีการร้องทุกข์ตามพรบ.คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งมี
โครงสร้างเช่นเดียวกับสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสในระยะต้น และก็อาจเป็นพื้นฐานสำหรับ
การจะพัฒนาองค์การดังกล่าวไปสู่ระบบศาลปกครองแบบฝรั่งเศสได้ และแนวคิดในระบบ
ของประเทศเยอรมัน ก็อาจจะนำมาใช้พิจารณาประกอบเป็นพื้นฐานของการมีองค์การ
ควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมเดียวกับศาลยุติธรรม
หรือในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมก่อนเกิดการกระทำโดยการกำหนดวิธีพิจารณาสำหรับ
ฝ่ายปกครองได้ เป็นต้น

ฉะนั้น ต่อไปในการนิยามนิพนธ์ฉบับนี้จึงจะอาศัยแนวคิดในการควบคุมการกระทำ
ของฝ่ายปกครองของระบบสากลดังกล่าว มาใช้เพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาแบบ
การควบคุมคณะกรรมการอเนกประสงค์ฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง ในรูปแบบต่าง ๆ
ดังที่จะได้กล่าวในบทที่ 5 ต่อไป