

บทที่ 3

หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองในต่างประเทศ

ในต่างประเทศข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งถือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐอย่างหนึ่ง ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสการที่ข้าราชการถูกตัดชื่อออกจากทะเบียนการเลื่อนตำแหน่งหรือการเลื่อนระดับ หรือการลดตำแหน่ง เป็นโทษทางวินัยของข้าราชการ อันเป็นคำสั่งลงโทษทางวินัย ที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถบังคับได้ทันที¹³³ คำสั่งเกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งจึงเป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการโดยตรง มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ถือว่าการเลื่อนตำแหน่ง (Beförderung) เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งแต่งตั้ง (Ernennung)¹³⁴ ที่มีผลเป็นการก่อหรือเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นข้าราชการและมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งในฐานะปัจเจกบุคคล กระทบต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและข้าราชการ ข้าราชการผู้ได้รับผลกระทบจึงสามารถอุทธรณ์คำสั่งที่เกี่ยวกับการเลื่อนตำแหน่งได้ดังเช่นคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน¹³⁵ เมื่อคำสั่งที่เกี่ยวกับการเลื่อนระดับตำแหน่งมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวจึงมีหลักการเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง ในชั้นนี้จึงจะทำการศึกษาถึงหลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสเป็นหลัก

¹³³ แนวทางการพัฒนาการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐ โดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและศาลปกครอง (น. 53-59). เล่มเดิม.

¹³⁴ มาตรา 10 Bundesbeamtengesetz อ้างใน การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน, โดย คนันท์ ชัยชนะ, 2554, สืบค้นเมื่อ 8 พฤษภาคม 2555 จาก <http://www.pub-law.net>.

¹³⁵ Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, S. 612; vgl. Auch BVerwGE 14, 84; 41, 253. อ้างใน แหล่งเดิม.

3.1 หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรา 35¹³⁶ แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ได้ให้ความหมายของคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt-VA) ไว้ว่า คำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่งใดๆ คำวินิจฉัย หรือมาตรการของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีอำนาจกระทำการเฉพาะเรื่องในแต่ละกรณี ภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงให้เกิดผลทางกฎหมายออกสู่ภายนอก และในส่วนของคำสั่งทั่วไปที่จะถือเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องมิผลโดยตรงต่อบุคคล หรือมีลักษณะเป็นการทั่วไป หรือเกี่ยวเนื่องกับเรื่องทางกฎหมายมหาชนและเป็นการใช้อำนาจที่มีผลต่อมหาชนในวงกว้าง¹³⁷ ซึ่งคำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมีการจำแนกออกเป็นหลายประเภทด้วยกัน

3.1.1 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง¹³⁸

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถจำแนกประเภทของคำสั่งทางปกครองตามลักษณะของคำสั่งทางปกครองได้ ดังนี้

- (1) คำสั่งที่มีผลเป็นการร้องขอให้กระทำการ ให้ยับยั้งการกระทำ (befehlend) เช่น คำสั่งของตำรวจ (Polizeiliche Verführenbescheid) หรือการเรียกให้ชำระภาษี (Steuerbescheid)
- (2) คำสั่งที่มีผลเป็นการก่อกำเนิดสัมพันธ์ เช่น การโอนสัญชาติ (Einbürgerung) การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง (Ernennung)
- (3) คำสั่งที่เป็นผลมาจากประกาศอันเนื่องมาจากสถานการณ์พิเศษ (feststellend) เช่น ผลของการให้สถานภาพ เช่น ผลของการให้สัญชาติ (Staatsangehörigkeit) หรือผลของการให้สิทธิ
- (4) คำสั่งที่มีผลเป็นการให้สิทธิประโยชน์ตามคำร้องขอ (begünstigend) เช่น การอนุญาต (Erlaubnis) หรือการให้สิทธิ (Konzession)
- (5) คำสั่งที่มีผลเป็นการเพิกถอนสิทธิประโยชน์ (belastend) เช่น การปฏิเสธ หรือการยกเลิกเพิกถอนการอนุญาต หรือการให้สิทธิ

¹³⁶§ 35 Begriff des Verwaltungsaktes

Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.

¹³⁷ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง (น. 56). เล่มเดิม.

¹³⁸แหล่งเดิม. (น. 57).

(6) คำสั่งที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก เช่น การอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร (Baugenehmigung) ย่อมมีผลกระทบต่อผู้อยู่อาศัยข้างเคียง เป็นต้น

คำสั่งทางปกครองในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝ่ายปกครองในฐานะองค์กรผู้ออกคำสั่งทางปกครอง จะออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ตัวบทกฎหมาย หรือพระราชบัญญัติต่างๆ ที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายจะประกอบด้วยสองส่วนสำคัญ คือ ส่วนที่เป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชน หรือก่อให้เกิดอำนาจแก่ฝ่ายปกครอง เรียกว่า องค์ประกอบ (Tatbestand) และส่วนที่เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะสั่งการเมื่อครบเงื่อนไขในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ เรียกว่า ผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge) ซึ่งทั้งสองส่วนมีความสัมพันธ์กัน ดังนั้นในการพิจารณาส่วนหนึ่งก็ต้องคำนึงถึงเนื้อหาของอีกส่วนหนึ่งด้วย¹³⁹ และเมื่อคำสั่งทางปกครองเป็นผลิตผลจากฝ่ายปกครอง จึงเป็นสิ่งที่จะต้องกระทำภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองประเภทอื่น แต่ก็อาจเกิดข้อบกพร่องในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองจนทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

3.1.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง¹⁴⁰

ระบบกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) ได้บัญญัติผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ ซึ่งอาจแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ ซึ่งตามหลักกฎหมายดังกล่าวทำให้ทราบว่ามีเหตุใดบ้างที่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (Nichtige Verwaltungsakte)

คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย โดยคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นโมฆะของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ

1.1) กรณีตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 44 วรรคแรก¹⁴¹ ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นโมฆะต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

¹³⁹ *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น. 254), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2544, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁴⁰ *ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย* (น. 23-24), โดย ปัญญา จันสกุล, 2550, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

¹⁴¹ § 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

มีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรง ที่แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้ศึกษาทางด้านกฎหมายพิจารณาแล้ว ก็เห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองนั้นผิดพลาดอย่างชัดเจน โดยคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

1.2) กรณีตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสอง¹⁴² ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองหากเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 6 ประการดังต่อไปนี้ คำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นโมฆะ

- (1) คำสั่งทางปกครองที่ต้องทำเป็นหนังสือแต่ไม่ปรากฏว่าคำสั่งนั้นได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐคนใด
- (2) คำสั่งทางปกครองที่จะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้มอบเอกสารสำคัญให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้แก่ผู้รับคำสั่ง
- (3) คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเขตพื้นที่ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐคนนั้น
- (4) คำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งไม่สามารถกระทำการหรือปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้

(1) Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

¹⁴² § 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

(2) Ohne Rücksicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Absatzes 1 ist ein Verwaltungsakt nichtig,

1. der schriftlich oder elektronisch erlassen worden ist, die erlassende Behörde aber nicht erkennen lässt;

2. der nach einer Rechtsvorschrift nur durch die Aushändigung einer Urkunde erlassen werden kann, aber dieser Form nicht genügt;

3. den eine Behörde außerhalb ihrer durch § 3 Abs. 1 Nr. 1 begründeten Zuständigkeit erlassen hat, ohne dazu ermächtigt zu sein;

4. den aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann;

5. der die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangt, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht;

6. der gegen die guten Sitten verstößt.

(5) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งไม่สามารถกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หากการกระทำนั้นส่งผลให้ผู้รับคำสั่งซึ่งจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งอาจต้องรับโทษทางอาญา

(6) คำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.3) กรณีตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสาม (2)¹⁴³ บทบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงแต่สามารถแปลความได้ว่าหากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นคู่กรณีเองแล้ว คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นนั้นจะมีผลเป็นโมฆะ นอกจากนี้ ศาลปกครองเยอรมนีได้มีแนวการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะอย่างอื่นอีก เช่น คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระไม่ชัดเจนว่าฝ่ายปกครองประสงค์จะให้เอกชนผู้รับคำสั่งปฏิบัติตามอย่างไร ก็จะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นโมฆะเช่นกัน

2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ (Anfechtbare Verwaltungsakte)

คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องไม่ได้ร้ายแรงถึงระดับโมฆะ จึงยังมีผลในทางกฎหมายต่อไปจนกว่าจะทำให้สิ้นผล ซึ่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสาม¹⁴⁴ ได้บัญญัติถึงเหตุแห่งโมฆียะกรรมในบางกรณีไว้ ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่ไม่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ได้มีอำนาจหน้าที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น

กรณีที่สอง คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ญาติพี่น้องของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่ง

¹⁴³ § 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

(3) Ein Verwaltungsakt ist nicht schon deshalb nichtig, weil

2. eine nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 6 ausgeschlossene Person mit-gewirkt hat;

¹⁴⁴ § 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

(3) Ein Verwaltungsakt ist nicht schon deshalb nichtig, weil

1. Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit nicht eingehalten worden sind, außer wenn ein Fall des Absatzes 2 Nr. 3 vorliegt;

2. eine nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 6 ausgeschlossene Person mit-gewirkt hat;

3. ein durch Rechtsvorschrift zur Mitwirkung berufener Ausschuss den für den Erlass des Verwaltungsaktes vorgeschriebenen Beschluss nicht gefasst hat oder nicht beschlussfähig war;

4. die nach einer Rechtsvorschrift erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde unterblieben ist.

กรณีที่สาม คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในการออกคำสั่งนั้นมีการเรียกประชุมหรือมีองค์ประชุมที่ผิดพลาดหรืออาจมีบุคคลที่ไม่ได้เป็นกรรมการเข้าร่วมประชุม

กรณีที่สี่ คำสั่งทางปกครองที่มีกฎหมายกำหนดให้ส่วนราชการอื่นต้องมีส่วนร่วมในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งนั้นได้ออกโดยปราศจากการมีส่วนร่วมของหน่วยงานดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังต่อไปนี้ก็ถือว่าเป็นเหตุที่ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆียะกรรม¹⁴⁵

(1) การรับฟังข้อเท็จจริงไม่เพียงพอ หรือฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด รวมถึงการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

(2) การไม่ปฏิบัติตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณา เช่น การรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นญาติพี่น้องของผู้รับคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองโดยไม่เข้าข้อยกเว้น หรือการไม่ให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสียในการตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้อง

(3) การกระทำการ โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ในการออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินของผู้รับคำสั่งทางปกครอง (Eingriffsverwaltung)

(4) การใช้กฎหมายผิดพลาดไม่ว่าจะเป็นการตีความกฎหมาย (Auslegung) การปรับบทกฎหมาย (Subsumtion) หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย

(5) การกระทำผิดรูปแบบในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรแต่กลับทำด้วยวาจา

(6) การกระทำนอกเขตพื้นที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนในกิจการที่ไม่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์

(7) ความบกพร่องในเรื่องเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของที่มาของการใช้อำนาจทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องยื่นคำร้องแต่ได้ออกคำสั่งทางปกครองโดยผู้ร้องขอไม่ได้ยื่นคำร้องขอ

(8) การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เกินขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือใช้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ หรือสั่งการโดยที่ยังมิได้ใช้ดุลพินิจ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจดุลพินิจ การบิดเบือนการใช้อำนาจดุลพินิจ โดยการ

¹⁴⁵ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 174-176). เล่มเดิม.

กลับแก่งผู้รับคำสั่งทางปกครอง หรือผู้ออกคำสั่งทางปกครองมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น แต่ไม่ได้เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

(9) การวินิจฉัยสั่งการที่ขัดกับหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งของหลักนิติรัฐ (rechtsstaatliches Übermaßverbot)

(10) การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้การบังคับนั้นในตัวเองจะเป็นคำสั่งทางปกครองอันเป็นอุปกรณ์ที่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายทุกประการ แต่ถ้าคำสั่งทางปกครองอันเป็นประธาณนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การบังคับนั้นก็ย่อมต้องตกไปเสมือนหนึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการออกคำสั่งทางปกครองย่อมอาจเกิดความบกพร่องจนส่งผลให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่จะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะย่อมขึ้นอยู่กับเหตุที่ทำให้คำสั่งนั้นบกพร่องตามหลักกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งการใช้ดุลพินิจหากไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายแล้วก็ย่อมเป็นเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน ในที่นี้จึงจะต้องทำการศึกษาเกี่ยวกับดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองต่อไป

3.1.3 ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการ ในทางปกครองด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตน ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายในซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นภายในขอบเขตหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดุลพินิจถือเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง โดยการใช้ดุลพินิจอาจจะอยู่ในรูปของการกระทำหรืองดเว้นกระทำก็ได้¹⁴⁶

กฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ ฝ่ายปกครองจึงต้องให้เหตุผลและชี้แจงถึงการชั่งน้ำหนักเหตุผลต่างๆ อันเป็นที่มาของการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นๆ¹⁴⁷ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงเกิดขึ้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองอยู่ในวิสัยที่จะเลือกวินิจฉัยและกระทำการได้หลายอย่างในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดผลทางกฎหมาย ซึ่งกฎหมายอาจจะกำหนดให้เลือกกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดจากสองอย่างหรือมากกว่านั้น หรือจะให้เลือกกระทำการภายในขอบเขตที่กำหนดได้ ดุลพินิจจึงเป็นการเลือกวินิจฉัย

¹⁴⁶ แหล่งเดิม. (น. 259).

¹⁴⁷ แหล่งเดิม. (น. 159).

ของฝ่ายปกครองระหว่างการกระทำหลายอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ ให้ฝ่ายปกครองในการกระทำการเรื่องใดเรื่องหนึ่ง¹⁴⁸ ซึ่งหากเรานำเรื่องดุลพินิจมาเป็นหลักในการ แบ่งประเภทคำสั่งทางปกครองเราอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ¹⁴⁹

(1) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ ในกรณีนี้ฝ่ายปกครองต้อง ปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายโดยไม่มีอิสระในการเลือกปฏิบัติ กล่าวคือ เมื่อข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็นองค์ประกอบ ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งอาจจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองหรือ ห้ามไม่ให้ออกคำสั่งทางปกครอง แต่ถ้าข้อเท็จจริงไม่ครบตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในส่วนที่เป็น องค์ประกอบ เช่น ผู้ยื่นคำร้องมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วน เจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะต้องปฏิเสธคำร้องไป การออกคำสั่งทางปกครองประเภทนี้จึงอาจเป็นคุณแก่ผู้ยื่นคำร้อง เช่น การออกใบอนุญาตต่างๆ แต่ก็อาจไม่เป็นคุณแก่ผู้ที่ต้องปฏิบัติตาม เช่น กฎหมายภาษีอากรมีหลักทั่วไปว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้รับผิดชอบจะต้องมีคำสั่งให้ประชาชนเสียภาษีอากรเสมอ

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่สามารถตรากฎหมายให้ละเอียดได้ทุกเรื่อง จึงต้องบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติ และตัดสินใจด้วยตนเองภายในขอบเขตของกฎหมาย ที่อาจจะมีการปฏิบัติและการตัดสินใจ ได้หลายอย่าง และแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการกระทำเช่นนี้ จึงเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจ

(3) คำสั่งทางปกครองที่ปราศจากตัวบทกฎหมาย คำสั่งทางปกครองประเภทนี้จะพบ ในการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นคุณแก่ประชาชนฝ่ายเดียวเท่านั้น

บทบัญญัติของกฎหมายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีประกอบด้วยสองส่วนที่สำคัญ คือ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบ (Tatbestand) และส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge)¹⁵⁰ แต่ตาม หลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝ่ายปกครองไม่อาจมีดุลพินิจในส่วนที่เป็น องค์ประกอบ (Tatbestand) โดยต้องผูกพันกับบทบัญญัติกฎหมายและไม่อาจตัดสินใจได้อย่างอิสระ ดังเช่นดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge) ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีดุลพินิจใน

¹⁴⁸ แห่ลงเดิม. (น. 259).

¹⁴⁹ “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2532, วารสารกฎหมายปกครอง, 8, น. 4-6. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้าของ ลิขสิทธิ์.

¹⁵⁰ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 254). เล่มเดิม.

ส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายเท่านั้น¹⁵¹ และอาจแยกการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ¹⁵²

ประการที่หนึ่ง การใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะราย ในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละกรณีเพื่อหาทางแก้ไขปัญหาในเรื่องนั้นๆ ให้เป็นไปอย่างเหมาะสม

ประการที่สอง การใช้ดุลพินิจทั่วไป ในเบื้องต้นดุลพินิจของฝ่ายปกครองมุ่งที่จะใช้กับกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย แต่ผู้บังคับบัญชาที่ชอบที่จะออกแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้อยู่ได้บังคับบัญชาเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองไม่อาจจะกระทำตามอำเภอใจได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองและรัฐธรรมนูญ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงไม่ได้เป็นไปอย่างไร้ขอบเขต แต่เป็นไปตามหน้าที่ ตามขอบเขตความชอบด้วยกฎหมาย สิ่งเหล่านี้จึงเป็นข้อจำกัดในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ชี้นำ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นขอบเขตทางภววิสัยของการใช้ดุลพินิจ และจะต้องชั่งน้ำหนักของเหตุผลหลายๆ ด้าน การใช้ดุลพินิจโดยไม่สอดคล้องถูกต้องตามรัฐธรรมนูญจึงย่อมส่งผลให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการใช้ดุลพินิจที่บกพร่อง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจจะควบคุมตรวจสอบได้¹⁵³

3.1.4 ความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่ได้คำนึงถึงขอบเขตหรือความผูกพันทางกฎหมาย ตามหลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบกฎหมาย (Gebot der Gesetz-mäßigkeit der Verwaltung) ดุลพินิจของฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจโดยบกพร่องหรือไม่ ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาก่อนว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้องโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และจะต้องพิจารณาด้วยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้พิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ ครบถ้วนไขในส่วนองค์ประกอบที่จะก่อให้เกิดอำนาจในการใช้ดุลพินิจ (Tatbestandsvoraussetzung der Ermessensnorm) และฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้น¹⁵⁴

¹⁵¹ แหล่งเดิม. (น. 260).

¹⁵² แหล่งเดิม. (น. 262).

¹⁵³ แหล่งเดิม. (น. 263).

¹⁵⁴ แหล่งเดิม. (น. 265-266).

เมื่อเงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบของกฎหมายครบถ้วนแล้ว จึงพิจารณาดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมายว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจโดยบกพร่องหรือไม่ ซึ่งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือว่าการใช้ดุลพินิจลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้¹⁵⁵ เป็นการใช้อดุลพินิจผิดพลาด

(1) การใช้อดุลพินิจเกินขอบเขตหรือเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด (Ermessensüberschreitung) คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐตัดสินใจเลือกมาตรการทางกฎหมายเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้

(2) การใช้อดุลพินิจบกพร่อง (Ermessensmangel) หรือการไม่ใช้อดุลพินิจ (Ermessensnichtsgebrauch, Ermessensunterschreitung) เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ใช้โอกาสเลือกตัดสินใจให้เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง ซึ่งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อ หรือสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจผูกพันที่จะวินิจฉัยสั่งการโดยไม่มีอำนาจดุลพินิจ เช่น¹⁵⁶ ผู้ที่อาศัยอยู่ใกล้กับโบสถ์ ร้องขอให้เจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการกับหอนาฬิกาของโบสถ์ เพราะเสียงระฆังดังก่อนเวลาเสมออันเป็นการรบกวน และเป็นเหตุเดือดร้อนรำคาญ แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้มีอำนาจไม่เข้าดำเนินการหรือเชื่อโดยสำคัญผิดว่าตนไม่มีอำนาจที่จะไปออกคำสั่งในเรื่องนี้กับโบสถ์ดังกล่าว

(3) การใช้อดุลพินิจโดยมิชอบหรือในทางที่ผิดหรือโดยบิดเบือน (Ermessensnichtsgebrauch, Ermessensmißbrauch) กรณีนี้เป็นกรณีการใช้อดุลพินิจผิดพลาดที่เกิดขึ้นมากที่สุด คือ กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่คำนึงถึงประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ เช่น¹⁵⁷ การเรียกบุคคลผู้ซึ่งเคยผิดกฎจราจรเพียงครั้งเดียวและเป็นกรณีเล็กๆ น้อยๆ หรือบุคคลที่ไม่เคยก่อให้เกิดอุบัติเหตุมานานแล้ว มาเข้ารับการอบรมกฎจราจร

ความบกพร่องในการใช้อดุลพินิจนี้ เป็นการพิจารณาการใช้อดุลพินิจในด้านอัตวิสัยของผู้ใช้ ซึ่งจะสัมพันธ์กับหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้วินิจฉัยอาศัยความรู้สึกส่วนตัวเป็นมูลเหตุซึ่งจงใจมาเกี่ยวข้องกับการใช้อดุลพินิจ¹⁵⁸

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อดุลพินิจบกพร่องย่อมมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเพิกถอนคำสั่งวินิจฉัยแล้วให้เจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาเรื่องนั้นใหม่โดยใช้อดุลพินิจให้ถูกต้อง ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่

¹⁵⁵ หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (น. 248-249), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2555, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

¹⁵⁶ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 266-267), เล่มเดิม.

¹⁵⁷ แหล่งเดิม. (น. 267).

¹⁵⁸ แหล่งเดิม.

ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้หากยังไม่มีคำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลงย่อมมีผลใช้บังคับ ต่างจากกรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ เช่น กรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรง ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกรณีที่มีการปฏิบัติตามจะเป็นความผิดทางอาญา เป็นต้น¹⁵⁹ ที่จะไม่ใช้บังคับในทันที

3.1.5 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

เมื่อฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องผูกพันกับหลักสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นการจำกัดการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (als ermessens-begrenzende Faktoren) ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ผิดพลาด (Ermessensfehlerfreiheit)¹⁶⁰ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจภายในขอบเขตและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และจะต้องไม่ใช่อย่างบิดเบือน¹⁶¹ จึงต้องมีองค์การที่ควบคุมการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองแบ่งออกเป็น การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์การภายนอกฝ่ายปกครอง

การควบคุมโดยองค์การภายในฝ่ายปกครอง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องให้เหตุผลประกอบการออกคำสั่งดังกล่าว ซึ่งหากประชาชนไม่เห็นด้วยก็สามารถโต้แย้งคัดค้านในประเด็นที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้แสดงไว้ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐในชั้นอุทธรณ์จะตรวจสอบว่าการชั่งน้ำหนักในการตัดสินใจวินิจฉัยสั่งการนั้นเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยบิดเบือนหรือตามอำเภอใจหรือไม่ ขั้นตอนการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้าน จึงเกิดขึ้นเพื่อให้องค์กรฝ่ายปกครองในระดับที่สูงขึ้นมีโอกาสตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของผู้ได้บังคับบัญชา¹⁶²

การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองโดยองค์การภายในตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น หรือการอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านภายในองค์กร

¹⁵⁹ แหล่งเดิม. (น. 271).

¹⁶⁰ “ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2532, วารสารกฎหมายปกครอง, 8, น. 1-32. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้าของลิขสิทธิ์.

¹⁶¹ หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 164). เล่มเดิม.

¹⁶² แหล่งเดิม. (น. 211).

ฝ่ายปกครอง เรียกว่า Widerspruch หรือ Vorverfahren กำหนดให้ต้องใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในระยะเวลาหนึ่งเดือน นับแต่วันที่ได้มีการแจ้งหรือประกาศคำสั่งทางปกครองให้ทราบ โดยต้องยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในขั้นนี้คำสั่งทางปกครองอาจถูกตรวจสอบได้ทั้งประเด็นความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmässigkeit) และเนื้อหาของการใช้อำนาจดุลพินิจ (ประเด็นความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย) โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งมีหน้าที่ต้องตรวจสอบคำสั่งที่ตนเป็นผู้ออกอีกครั้งหนึ่ง ถ้าเห็นว่าคำร้องอุทธรณ์ของผู้รับคำสั่งมีเหตุผลที่รับฟังได้ ก็มีหน้าที่บอกล้างหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้อง แต่ถ้ากรณีเป็นอย่างอื่น เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นก็จะต้องส่งคำร้องอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านคำสั่งไปยังเจ้าหน้าที่ของรัฐในลำดับสายบังคับบัญชาลำดับสูงขึ้น ไป ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐลำดับสายบังคับบัญชาลำดับสูงขึ้นไปก็ต้องวินิจฉัยทั้งเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการยื่นอุทธรณ์และในส่วนของเนื้อหาของการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการและใช้อำนาจดุลพินิจว่าคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยออกเป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ในกรณีที่คำร้องอุทธรณ์มีเหตุผลที่รับฟังได้ คำสั่งจะถูกบอกล้างหรือยกเลิกโดยคำวินิจฉัยอุทธรณ์ แต่ในกรณีที่คำร้องอุทธรณ์ไม่มีเหตุผลที่รับฟังได้ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ก็จะยืนตามคำสั่งนั้น แต่หากการยื่นอุทธรณ์ไม่ได้กระทำให้ถูกต้องตามเงื่อนไขของการยื่นอุทธรณ์เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของคำสั่ง แต่ก็มีอำนาจที่จะพิจารณาในเนื้อหาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นได้¹⁶³

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีอาจไม่จำเป็นต้องมีขั้นตอนการอุทธรณ์โต้แย้งภายในองค์กรฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ผู้รับคำสั่งอาจยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองได้เลย ถ้าผู้ออกคำสั่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงหรือผู้ถูกกระทำความผิดจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น โดยตรง และอาจกล่าวได้ว่าการโต้แย้งคัดค้านคำสั่งดังกล่าวนี้ เป็นวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่เป็นขั้นตอนการพิจารณาก่อนจะนำคดีขึ้นสู่ศาล เพราะเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งที่ผู้รับคำสั่งจะต้องปฏิบัติก่อนจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง¹⁶⁴

สำหรับการควบคุมโดยองค์กรภายนอก การควบคุมในกรณีนี้ เป็นการควบคุมโดยศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรตุลาการ อันเป็นการควบคุมภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง (verwaltungsexterne Kontrolle) ซึ่งหากผู้รับคำสั่งไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ก็ย่อมมีสิทธิที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัย

¹⁶³ แหล่งเดิม. (น. 193-194).

¹⁶⁴ แหล่งเดิม. (น. 194-195).

อุทธรณ์โดยปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การนำคดีมาฟ้องศาลปกครอง โดยศาลปกครองจะทำหน้าที่ตรวจสอบเฉพาะประเด็นเรื่องกฎหมายหรือขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเท่านั้น¹⁶⁵

3.1.6 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองเยอรมนี

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกตัดสินใจวินิจฉัยในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย หรือมีดุลพินิจในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ความผูกพันตามกฎหมายของฝ่ายปกครองก็จะมีลักษณะยืดหยุ่น การควบคุมโดยศาลปกครองจึงมีลักษณะทำนองเดียวกัน เพราะศาลปกครองจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เมื่อฝ่ายปกครองมีดุลพินิจอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างนี้¹⁶⁶ ศาลจึงจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบ

1) การควบคุมดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย¹⁶⁷ แนวคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายเกิดขึ้นในกรณีที่บทบัญญัติในส่วนที่เป็นองค์ประกอบใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงในการนำบทบัญญัตินี้ไปปรับใช้จึงต้องมีการตีความให้มีความชัดเจน ซึ่งในบางกรณีก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงอรรถวิสัยของผู้ตีความได้ โดยเฉพาะถ้อยคำที่ไม่เจาะจงที่ต้องอาศัยการตีความเพื่อให้ความหมายเพิ่มเติมพิเศษทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกันในการตีความ

ตามแนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้และการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายได้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องภายใต้ถ้อยคำของบทบัญญัติที่มีลักษณะชัดเจน หรือถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงก็ตาม ทั้งนี้ เพราะเป็นการให้เหตุผลในเรื่องหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิโดยศาลสามารถตรวจสอบการใช้และการตีความกฎหมายในส่วนดังกล่าวของฝ่ายปกครองได้ โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย¹⁶⁸

ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายโดยใช้ “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” ศาลก็มีอำนาจตีความถ้อยคำทางกฎหมายดังกล่าวได้ กล่าวคือ ไม่ได้ยอมรับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

¹⁶⁵ แหล่งเดิม. (น. 195).

¹⁶⁶ แหล่งเดิม. (น. 256).

¹⁶⁷ แหล่งเดิม. (น. 272-275).

¹⁶⁸ รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 14), โดย วิษณุ วรรุญญ และคณะ, 2547, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

ในส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ แต่ระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็สร้างข้อยกเว้นที่ไม่ให้ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบการตีความของฝ่ายปกครองบางประการ โดยเรียกกรณีดังกล่าวว่าเป็น “แดนวินิจฉัย” (Beurteilungsspielraum ; margin of judgement) อันเป็นอำนาจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยแท้ ซึ่งอำนาจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยแท้ที่สำคัญที่ปรากฏในคำพิพากษาได้แก่ การตรวจสอบข้อสอบและการประเมินผลการสอบ¹⁶⁹ การประเมินผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹⁷⁰ การวินิจฉัยอันมีลักษณะเป็นการประเมินคุณค่าที่กระทำโดยคณะกรรมการอิสระซึ่งประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้แทนกลุ่มผลประโยชน์¹⁷¹ การวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพยากรณ์หรือการประเมินความเสี่ยงในกฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายเศรษฐกิจ¹⁷² เป็นต้น

2) การควบคุมดุลพินิจในส่วนของการเลือกใช้ผลของกฎหมาย¹⁷³ โดยทั่วไปการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในขั้นตอนที่อยู่ในส่วนของผลของกฎหมาย เป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น และอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่หรือความสามารถแก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายนั้น

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ว่า “การใช้ดุลพินิจอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย” ซึ่งปรากฏชัดเจนในมาตรา 40¹⁷⁴ แห่งกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองปฏิบัติภารกิจของตนตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจไว้ กรณีจึงมีผลทำให้ดุลพินิจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองนั้น ต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจดุลพินิจนั้น และนอกจากนี้ยังต้องจำกัดการตีความของการใช้ดุลพินิจภายใต้วัตถุประสงค์ฉบับนั้นๆ อีกด้วย ดังนั้น หากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวของกฎหมายจะมีผลให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวผิดพลาดหรือบกพร่อง (Ermessensfehlerhaft) ส่งผลให้การกระทำที่มาจากการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้

¹⁶⁹ กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (น. 84). เล่มเดิม.

¹⁷⁰ แหล่งเดิม.

¹⁷¹ แหล่งเดิม. (น. 85).

¹⁷² แหล่งเดิม.

¹⁷³ ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง (น. 61-63). เล่มเดิม.

¹⁷⁴ § 40 Ermessen

Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung aus-zuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

ศาลปกครองสามารถควบคุมการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองให้เคารพต่อขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของตนได้

การใช้อำนาจดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องดังกล่าวไม่ได้มีความหมายเพียงแต่การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยไม่คำนึงถึงขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น แต่หากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีเหตุมาจากการเลือกปฏิบัติ หรือมีการตัดสินใจอย่างอื่นที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่า ซึ่งไม่เกินขอบเขตของกฎหมายนั้น ก็ถือว่า เป็นการใช้อำนาจโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายและถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องเช่นกัน เพียงแต่กรณีไม่อยู่ภายใต้การควบคุมโดยศาลปกครอง ในทางตรงกันข้ามการควบคุมการใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย โดยควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการเลือกสิ่งที่ดีกว่า หรือมีเหตุผลมากกว่าภายใต้หลายสิ่งที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่สามารถเลือกสิ่งไหนก็ได้ล้วนเป็นการใช้ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตของกฎหมายทั้งสิ้น เป็นอำนาจการควบคุมของฝ่ายปกครองก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาควบคุมของศาลปกครอง ศาลปกครองจึงทำหน้าที่เพียงตรวจสอบและควบคุมให้การกระทำทางปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายในแต่ละกรณี (Zweckmäßigkeit) โดยในส่วนของ การควบคุมการใช้ดุลพินิจ โดยเลือกสิ่งที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่าดังกล่าวอยู่ในขอบเขตและเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องตรวจสอบและเพิกถอนก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองไม่ได้ปฏิเสธการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเลือกสิ่งที่มีเหตุผลมากกว่าหรือดีกว่า เพียงแต่ให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องควบคุมและเพิกถอนก่อนที่จะเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล

3.1.7 แนวคิดและทฤษฎีที่ศาลปกครองเยอรมนีนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

ศาลปกครองเยอรมนีได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายทางกฎหมายกับมาตรการของรัฐที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่มีบทบาทมากในกฎหมายมหาชนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ หลักความได้สัดส่วนนี้กำหนดให้วิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะนำมาใช้กระทำการใดในทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายจะต้องเหมาะสมและจำเป็น คือเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์และเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อีกทั้งต้องเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วนกับเป้าหมายที่จะได้รับ จากการที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกกระทบ

(in einem angemessenen Verhältnis stehen)¹⁷⁵ โดยหลักความได้สัดส่วนตามที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ให้นิยามและกำหนดองค์ประกอบไว้ หมายความว่าถึงหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งในแต่ละหลักมีรายละเอียด ดังนี้¹⁷⁶

1) หลักความเหมาะสม (Geeignetheit)

หลักความเหมาะสม หมายถึง ความเหมาะสมของวิธีการหรือมาตรการของการกระทำใดการกระทำหนึ่งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายประสงค์ไว้ มาตรการใดที่ไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายสามารถบรรลุผลสำเร็จได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์นั้นเป็นไปได้ยาก ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการที่เป็นไปตามหลักความเหมาะสม ส่วนความเหมาะสม หมายถึง สภาพการณ์ที่ฝ่ายปกครองได้ทำการแทรกแซง และภายในสภาพการณ์นั้น จะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยมาตรการนั้นต้องตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่จะสามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงได้เท่านั้น

2) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit)

หลักความจำเป็น เป็นหนึ่งในสามองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน โดยศาลได้กล่าวถึงหลักความจำเป็นว่า ในการพิจารณาถึงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้สอดคล้องกับหลักความจำเป็นจะต้องพิจารณาจากมาตรการที่ใช้บังคับ กล่าวคือ มาตรการที่เหมาะสมอาจไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นที่ควรจะนำมาใช้บังคับ โดยหลักความจำเป็นเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลจะนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีมาตรการหลายมาตรการที่เหมาะสม และมาตรการต่างๆ เหล่านี้ล้วนเป็นมาตรการที่ทำให้การกระทำนั้นๆ บรรลุวัตถุประสงค์ด้วยกันทั้งสิ้น หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการใดจะเป็นมาตรการตามหลักความจำเป็นต่อเมื่อไม่สามารถที่จะเลือกได้อีกทั้ง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด ดังนั้น ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในกรณีที่มีมาตรการให้ฝ่ายปกครองเลือกตัดสินใจ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่มีความจำเป็นที่สุด ซึ่งมาตรการที่จำเป็นที่สุด ได้แก่ มาตรการเพียงมาตรการเดียวที่มีผลกระทบต่อประชาชนและประโยชน์สาธารณะน้อยที่สุด แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุด และหลักความจำเป็นยังเป็นข้อจำกัดที่ห้ามไม่ให้

¹⁷⁵“ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2532, วารสารกฎหมายปกครอง, 8, น. 11-12. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เจ้าของลิขสิทธิ์.

¹⁷⁶หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย (น. 17-28), โดย วรคุณ วิจารณ์ันท์, 2548, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ฝ่ายปกครองออกมาตรการที่มีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเกินขอบเขต

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Proportionalität หรือ Verhältnismässigkeit im engeren Sinne)

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นมาตรฐานในการกำหนดระดับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ได้สัดส่วนหรือพอเหมาะสมกับทุกฝ่าย หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ควบคุมและจำกัดให้ฝ่ายปกครองต้องออกมาตรการที่ใช้บังคับแล้วจะเกิดผลเสียแก่ประชาชนและประโยชน์ส่วนรวมซึ่งการเลือกใช้มาตรการหรือวิธีการที่มีลักษณะสัมพันธ์และสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้มีขอบเขตของความผูกพันอยู่ในระดับที่แตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะในแต่ละกรณี

ตามหลักกฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จากการศึกษาพบว่า ในการออกคำสั่งทางปกครองอาจเกิดความผิดพลาดหรือบกพร่องจนส่งผลให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่คำสั่งทางปกครองนั้นจะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะก็แล้วแต่เหตุความบกพร่องที่เกิดขึ้น ซึ่งการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุใช้ดุลพินิจมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด (Ermessensüberschreitung) การไม่ใช้ดุลพินิจ (Ermessensnichtsgebrauch, Ermessensunterschreitung) หรือการใช้ดุลพินิจอย่างมิชอบ หรืออย่างบิดเบือน (Ermessensnichtsgebrauch, Ermessensmißbrauch) ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองสามารถทำการควบคุมตรวจสอบได้ โดยหลักที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพื่อควบคุมให้การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองเป็นไปอย่างสมดุลระหว่างประโยชน์ของรัฐและประโยชน์ของเอกชนผู้ได้รับผลกระทบ

3.2 หลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะกระทำได้อาศัย “เครื่องมือทางกฎหมาย” และ “การปฏิบัติการ” ซึ่งการปฏิบัติการของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในเครื่องมือทางกฎหมายที่มีอยู่สองประเภท คือ นิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง (les actes unilatéraux de l'administration) และสัญญาทางปกครอง แต่ในที่นี้จะขออธิบายถึงนิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองเป็นหลัก เพราะเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดผล

ทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อเอกชน โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ได้รับผลกระทบ โดยแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ กฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร และนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว¹⁷⁷

กฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร ถือเป็นอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (le pouvoir réglementaire) หรือที่เรียกว่า “กฎ” นั้นเอง¹⁷⁸

ส่วนนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (les actes administratifs unilatéraux) เป็นเอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่มีอยู่เหนือผู้อยู่ใต้ปกครอง เอกสิทธิ์หรืออำนาจพิเศษนี้จึงเป็นสิ่งที่ทำให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินกิจกรรมต่างๆ ที่มีผลทางกฎหมายได้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน หรือที่เรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง”¹⁷⁹

ตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส นิติกรรมฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองจึงหมายรวมถึง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ที่มีรูปแบบการกระทำที่หลากหลาย และก็มีหลายกรณีที่มีการกระทำนั้นถูกโต้แย้งจากเอกชนถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในการศึกษาถึงหลักการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส เบื้องต้นจึงต้องทำการศึกษเกี่ยวกับเหตุแห่งความไม่ชอบของคำสั่งทางปกครองก่อน เพื่อให้เกิดความเข้าใจว่า เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกรณีที่เกิดจากความบกพร่องอื่น และที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้น มีกรณีใดบ้าง แล้วจึงทำการศึกษาลึกในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศส

3.2.1 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศสเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับได้เองทันที (la décision exécutoire) และเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่สำคัญที่สุดที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมของตนเองทุกประเภท¹⁸⁰ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับได้เองทันทีนี้มีหลายรูปแบบ

ในการจำแนกประเภทของคำสั่งทางปกครอง จะอยู่บนพื้นฐานที่แตกต่างกัน เช่น ความแตกต่างในด้านแบบพิธี (formelle) ซึ่งหากถือในแง่องค์กรเป็นหลักก็จะต้องคำนึงถึงสภาพของผู้ออกคำสั่ง โดยเมื่อเรียงลำดับชั้นของเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทต่างๆ ที่ได้รับมอบหมายให้ออก

¹⁷⁷ *หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (น. 124-139), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2551, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

¹⁷⁸ แหล่งเดิม. (น. 125-130).

¹⁷⁹ แหล่งเดิม. (น. 130-138).

¹⁸⁰ แหล่งเดิม. (น. 131).

คำสั่งแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความสัมพันธ์กับโครงสร้างทางปกครองด้านพื้นที่ (Structure territoriales) ก็จะเป็น ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี โครงสร้างรัฐก็จะเป็นผู้ว่าการ จังหวัดและคณะกรรมการทั่วไปของจังหวัด (Conseil Général) โครงสร้างภูมิภาคก็จะเป็น Département และนายกเทศมนตรี และคณะกรรมการ commune (conseil municipal) สำหรับ Commune นอกนั้นก็ยังมีบรรดาหัวหน้าหน่วยงานในทุกระดับที่สามารถออกคำสั่ง exécutoire ได้ อย่างไรก็ตามยังต้องคำนึงถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความสัมพันธ์กับโครงสร้างด้านหน้าที่ (Structures fonctionnelles) ด้วย ซึ่งอำนาจเหล่านี้อยู่ที่องค์กรที่ได้รับมอบหมายในการดำเนินการสาธารณะ เอกเทศต่างๆ เช่น établissement public องค์กรเอกชนหรือองค์กรอื่นใดที่ไม่ระบุประเภทแน่ชัด แต่ได้รับมอบหมายหน้าที่บริการสาธารณะ¹⁸¹

ความแตกต่างในด้านรูปแบบ (forme) ก็อาจเห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละคน ต้องปฏิบัติหลักการเฉพาะและหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจแยกความแตกต่างได้ ดังนี้ คือ กฎฎีกา (décrets) จะต้องออกโดยประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี รูปแบบ arrêtés จะต้องออกโดยรัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรี และรูปแบบข้อบัญญัติต่างๆ (délibérations) ที่ออกโดยคณะกรรมการผสม เช่น กรรมการจังหวัดและคณะกรรมการเทศบาล แต่ก็ยังมีความแตกต่างในด้านอื่นๆ ด้วย ซึ่งอาจออกคำสั่งที่มีรูปแบบนอกจากนี้และมีผลเป็น décision exécutoire เช่นเดียวกัน เช่น ออกคำสั่งที่มีรูปแบบของบันทึกของหน่วยงาน (note de service) จดหมาย คำสั่ง ด้วยวาจา เป็นต้น¹⁸²

ในการพิจารณาถึงความแตกต่างจึงควรพิจารณาที่เนื้อหา ที่ส่งผลตามมาในด้านระบบ (régime) ของคำสั่งเหล่านี้ คือ ความแตกต่างระหว่างการกระทำหรือคำสั่งที่มีผลบังคับทั่วไปและที่มีผลเฉพาะบุคคล¹⁸³ จากที่ได้กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า ประเภทของคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสที่สำคัญมีอยู่ 2 ประเภท ได้แก่¹⁸⁴

(1) คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทั่วไป (les actes réglementaires) หมายถึง การวางกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไป

¹⁸¹“นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง ในกฎหมายฝรั่งเศส,” โดย พูนศักดิ์ ไวสารวจ, 2528, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 4 ตอน 2, น. 292-293. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เข้าของลิขสิทธิ์.

¹⁸²แหล่งเดิม. (น. 293).

¹⁸³แหล่งเดิม.

¹⁸⁴เขตอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง (น. 25-26), โดย วรรงค์ ทองโคกสี, 2554, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

(2) คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะบุคคล (des actes individuels) ฝ่ายปกครองจะนำคำสั่งประเภทนี้มาใช้ในการดำเนินกิจกรรมทุกประเภท และคำสั่งทางปกครองประเภทนี้เป็นคำสั่งที่มีผลเฉพาะตัวบุคคลหรือเฉพาะเรื่อง ซึ่งอาจปรากฏในลักษณะของคำสั่งห้าม คำสั่งอนุมัติ อนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต เช่น คำสั่งไม่รับจดทะเบียนสมาคม คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร คำสั่งไล่ข้าราชการออกจากราชการ หรือคำสั่งให้ปิดโรงงาน เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงคำสั่งเฉพาะกลุ่มหรือคำสั่งต่อกลุ่มบุคคลหรือคำสั่งทางปกครองรวม (acte collectif) ซึ่งมีลักษณะเป็นคำสั่งเฉพาะรายที่ออกรวมกันมาในคราวเดียว เช่น การประกาศบัญชีรายชื่อผู้ผ่านการสอบแข่งขันบัญชีเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการ เป็นต้น และคำสั่งทางปกครองพิเศษหรือคำสั่งเฉพาะกรณี (acte particulier) เช่น ประกาศการใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือการยุบสภาเทศบาล เป็นต้น

3.2.2 เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

ตามหลักกฎหมายว่าด้วยคดีปกครอง (droit du contentieux administrative) ของประเทศฝรั่งเศส ได้แบ่งเหตุที่จะใช้อ้างในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (cas d'ouverture) ออกเป็น 2 เหตุด้วยกัน คือ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) และเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) จึงอาจกล่าวได้ว่า คำสั่งทางปกครองหากมีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเหตุใดเหตุหนึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสย่อมมีอำนาจเพิกถอนได้

1) เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe)

เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก แบ่งออกเป็น 3 เหตุ คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) คำสั่งทางปกครองออกไปโดยผิดแบบ (le vice de forme) และคำสั่งทางปกครองออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure)¹⁸⁵ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1.1) คำสั่งทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte)¹⁸⁶ การใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจโดยบุคคลคนเดียวหรือในรูปของคณะกรรมการย่อมเป็นการใช้อำนาจในนามของนิติบุคคลมหาชนที่กฎหมายจะให้อำนาจและวางขอบเขตการใช้อำนาจไว้ การกระทำโดยปราศจากอำนาจจึงเป็นสาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองตรวจสอบอย่างเคร่งครัดและเป็นสาเหตุเกี่ยวกับความสงบความเรียบร้อย ซึ่งการกระทำโดยปราศจากอำนาจสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

¹⁸⁵“เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2545, วารสารนิติศาสตร์, 2, น. 251. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เจ้าของลิขสิทธิ์.

¹⁸⁶แหล่งเดิม. (น. 252-262).

(1) ปราศจากอำนาจเนื่องจากตัวบุคคล (*ratione personae*) ซึ่งอาจแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง บุคคลที่ไม่ใช่ฝ่ายปกครองเข้าใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง (*l'usurpation de pouvoir ou de fonction*) หมายถึง กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่กระทำลงโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจเพราะไม่ใช่ฝ่ายปกครอง หรือเพราะบุคคลนั้นไม่ได้รับแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่ หรือเพราะวาระแห่งการดำรงตำแหน่งนั้นได้สิ้นสุดลงแล้วหรือเพราะคำสั่งนั้นถูกเพิกถอนไปแล้ว

กรณีที่สอง การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับหน้าที่ทางปกครอง ซึ่งหมายถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำลงไปโดยไม่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนเลย เรียกได้ว่าเป็นการกระทำลงไปโดยปราศจากอำนาจอย่างชัดเจน

ผลของการกระทำโดยปราศจากอำนาจประเภทนี้ก่อให้เกิดผลว่า คำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีอยู่เลย ไม่ใช่เพียงแต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น (*acte juridique inexistent et non pas simplement un acte nul*)

(2) ปราศจากอำนาจตามเนื้อหาของเรื่อง (*l'incompétence ratione materiae*) หมายถึง การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจกระทำการในนามของนิติบุคคลมหาชน แต่ได้สั่งการในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่ผู้ได้บังคับบัญชาได้ก้าวล่วงใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชา กรณีผู้ได้บังคับบัญชาก้าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปในฐานะเป็นผู้รักษาราชการแทน (*suppléance*) กรณีผู้ได้บังคับบัญชาก้าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปในฐานะเป็นผู้รักษาการในตำแหน่งเป็นการชั่วคราว (*interim*) ผู้ได้บังคับบัญชาก้าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่กระทำไปภายใต้การมอบอำนาจ และกรณีการก้าวล่วงอำนาจของผู้บังคับบัญชาต่อผู้อยู่ได้บังคับบัญชา การก้าวล่วงอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐคนหนึ่งโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกคนหนึ่ง โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งสองไม่มีความสัมพันธ์กันทั้งในแง่บังคับบัญชาและการควบคุมกำกับ กรณีที่เห็นชัดที่สุดก็คือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐคนหนึ่งสั่งการไปในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกคนหนึ่ง

(3) ปราศจากอำนาจเพราะสถานที่ (*l'incompétence ratione loci*) คือ กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้หนึ่งใช้อำนาจนอกเขตพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบ และกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจภายในเขตพื้นที่รับผิดชอบเดียวกันแต่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการรับผิดชอบพื้นที่ไว้

(4) ปราศจากอำนาจเพราะเวลา (*l'incompétence ratione temporis*) อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีต่างๆ คือ การใช้อำนาจโดยเข้าใจผิดในเรื่องระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจได้ การกระทำทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง การใช้อำนาจของผู้รักษาการในตำแหน่งเกินเวลาที่รักษาการ หรือการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่ตนจะได้รับการแต่งตั้ง

ผลของเรื่องความสามารถในการทำคำสั่งทางปกครอง ย่อมส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่กระทำไปโดยปราศจากอำนาจย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจให้สัตยาบัน (validè) หรือแก้ไขให้ยอมรับในภายหลังได้ และความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) ซึ่งศาลยกขึ้นวินิจฉัยเองได้

1.2) กรณีคำสั่งทางปกครองออกโดยผิดแบบ (le vice de forme)¹⁸⁷ การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบนี้มีความคาบเกี่ยวกับการกระทำที่ปราศจากอำนาจและการกระทำที่ผิดขั้นตอนหรือวิธีการ โดยการกระทำที่ปราศจากอำนาจ เช่น การลงนามและการลงนามกำกับหรือรับสนองพระบรมราชโองการ (contresaigning) ถ้ามองรูปแบบภายนอกจะมีการลงนามหรือลงนามรับสนองหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องของแบบ (forme) แต่ถ้าเป็นปัญหาว่าการลงนามนั้นกระทำโดยผู้มีอำนาจหรือไม่ หรือการลงนามรับสนองกระทำโดยผู้ที่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องของการกระทำโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) ส่วนการกระทำที่ผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (procedure) ภายหลังได้มีการแบ่งแยกออกจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบ (forme) โดยพิจารณาจากผลของการกระทำทั้งสองลักษณะ ซึ่งจากคำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat พบว่าบางเรื่อง Conseil d'Etat จะใช้คำว่า “ไม่ถูกต้องตามแบบ” (vice de forme) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการ “ไม่ถูกต้องตามขั้นตอน” (vice de procedure) แต่เหตุที่ให้ไว้ในคำวินิจฉัยจะแสดงว่าเหตุที่เพิกถอนการกระทำนั้นเพราะไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับแบบของการกระทำทางปกครองอาจจะกำหนดโดยพระราชบัญญัติ กฎ ข้อบังคับของฝ่ายบริหารหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ แนวคำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat จึงได้แยกลักษณะของ “แบบ” ออกเป็น 2 ประเภท คือ แบบที่เป็นสาระสำคัญ (formalité substantielle) และแบบที่ไม่เป็นสาระสำคัญ (formalité non substantielle) การไม่ทำตามแบบที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่ Conseil d'Etat เพิกถอน แบบที่เป็นสาระสำคัญก็คือแบบที่การไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องมีผลต่อการกระทำทางปกครองที่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงพบว่าในบางครั้งมีความเกี่ยวพันกันระหว่างความหมายของคำว่าแบบที่เป็นสาระสำคัญกับมูลเหตุที่เป็นตัวกำหนดการกระทำ

กรณีต่าง ๆ ของการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามแบบ

(1) คำสั่งทางปกครองต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไปหรือไม่ ศาลปกครองถือว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าต้องทำเป็นหนังสือย่อมทำได้ด้วยวาจาได้ ดังนั้น การไม่ทำเป็นหนังสือจึงไม่เป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹⁸⁷ แหล่งเดิม. (น. 262-267).

(2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องหาหรือหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อน ขั้นตอนถือเป็นสาระสำคัญ ถ้าไม่ปฏิบัติตามย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดให้การทำนิติกรรมทางปกครองบางเรื่องต้องผ่านการหาหรือหรือผ่านความเห็นชอบขององค์กรที่เป็นรูปคณะกรรมการก่อนเช่นนี้ก็เพื่อให้การตัดสินใจสั่งการเป็นไปโดยรอบคอบ มีข้อมูลต่าง ๆ ที่สมบูรณ์ อันจะทำให้เกิดการบริหารที่ดี

(3) การไม่เคารพสิทธิในการต่อสู้คดีของบุคคล (droit de la defense) ในการดำเนินคดีในศาล บุคคลย่อมมีสิทธิในการต่อสู้คดีของตนในลักษณะของการโต้แย้งต่างๆ ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไป แต่ในขั้นตอนการดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองซึ่งไม่ใช่การดำเนินคดีในศาล ปึงเจกชนที่เกี่ยวข้องจะมีสิทธิโต้แย้งหรือได้รับแจ้งเรื่องราวหรือรับเอกสารที่เกี่ยวกับตนหรือไม่ ได้เริ่มมีพระราชบัญญัติลงวันที่ 22 เมษายน 1905 วางหลักประกันให้แก่ข้าราชการในประเทศฝรั่งเศสเป็นครั้งแรกในกรณีที่ถูกสอบสวนและลงโทษทางวินัย ทางราชการจะต้องส่งแฟ้มประวัติพร้อมเอกสารต่าง ๆ ให้ผู้ถูกสอบสวนนั้น ทั้งนี้เพื่อให้รู้ว่าผู้บังคับบัญชาได้บันทึกสิ่งต่างๆ เกี่ยวกับตนเองไว้อย่างไร ถูกต้องหรือไม่ จะได้สามารถต่อสู้ข้อกล่าวหาต่างๆ ได้ ต่อมา Conseil d'Etat ได้วินิจฉัยว่าแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิในการป้องกันสิทธิของบุคคลแต่สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่หลักกฎหมายทั่วไปรับรอง (principles généraux du droit) ดังนั้น ถ้าฝ่ายปกครองละเลยไม่ให้บุคคลใช้สิทธิโต้แย้งในขั้นตอนการดำเนินการทางปกครองต่างๆ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การยอมรับสิทธิในการต่อสู้คดีของศาลเน้นไปในกรณีการกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล เช่น การปฏิเสธหรือเพิกถอนการอนุญาต แต่ถ้าเป็นการกระทำที่เป็นลักษณะมาตรการรักษาความสงบเรียบร้อยแล้ว ศาลไม่รับรองสิทธิในการต่อสู้คดีในลักษณะที่กล่าวมา

(4) การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง (motivation) เราจะพบว่าสำหรับการกระทำที่เป็นลักษณะชี้ขาดข้อพิพาทหรือที่เราเรียกว่าคำตัดสิน คำพิพากษา คำวินิจฉัย นั้น จะต้องมี การให้เหตุผลในคำตัดสินชี้ขาดเสมอ ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไป แต่สำหรับการกระทำทางปกครองแล้ว Conseil d'Etat ถือว่า ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องแสดงเหตุผลไว้ ดังนั้น การไม่ให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองต่างๆ จึงไม่ทำให้การกระทำนั้นๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

1.3) คำสั่งทางปกครองออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procedure)¹⁸⁸ ขั้นตอนหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นหรือระเบียบแบบแผนทางราชการนี้เป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการดำเนินการปกครองอันได้แก่การออกคำสั่งต่างๆ ทางปกครอง Hauriou ยังกล่าวอีกด้วยว่า

¹⁸⁸ แหล่งเดิม. (น. 267-275).

“การดำเนินการปกครองย่อมก่อให้เกิดขั้นตอนหรือวิธีการซึ่งจะถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของฝ่ายปกครองหรือแม้กระทั่งหนังสือเวียน” ระเบียบแบบแผนทางราชการหรือ ขั้นตอนวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองแยกออกเป็น 3 กรณี คือ 1) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ 2) ขั้นตอน หรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน 3) ขั้นตอนหรือวิธีการอื่น

(1) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการปรึกษาหารือ ผลของการไม่ปรึกษาหารือ โดยปกติการที่กฎหมายหรือกฎระเบียบของฝ่ายปกครองกำหนดให้มีการหารือ การหารือนั้นจะเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การกระทำทางปกครองนั้นสมบูรณ์ และศาลถือว่าเป็นรูปแบบที่เป็นสาระสำคัญ เช่น Conseil d'Etat ได้เพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินที่ออกโดยไม่ผ่านการหารือที่ประชุมใหญ่ของ Conseil d'Etat และ Conseil d'Etat ถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลยกขึ้นได้เอง ทั้งนี้ยกเว้นในกรณีที่การปรึกษาหารือไม่อาจกระทำได้ที่สถานการณ์บางอย่าง เช่น ภาวะสงคราม เป็นต้น โดยผู้ที่สามารถยกความไม่สมบูรณ์ของการไม่ปรึกษาหารือขึ้นให้ศาลพิจารณาได้แก่บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองที่ต้องผ่านการปรึกษาหารือ

(2) ขั้นตอนหรือวิธีการเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้าน ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดกระบวนการดังกล่าวไว้ เช่น กฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการไต่สวนก่อนออกคำสั่ง จะกำหนดให้มีการฟังการโต้แย้งจากผู้มีส่วนได้เสีย หรือกฎหมายเกี่ยวกับข้าราชการที่บัญญัติให้มีการส่งแฟ้มประวัติพร้อมเอกสารต่างๆ ให้ผู้ถูกสอบสวนทางวินัย (communication du dossier) ก่อนจะมีการลงโทษทางวินัย ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ถูกสอบสวนทราบว่ามีการบันทึกเรื่องเกี่ยวกับตนเองตลอดจนข้อกล่าวหาต่างๆ ไว้อย่างไร จะสามารถโต้แย้งต่อสู้ได้ สิทธิในการต่อสู้คดีที่กล่าวมานั้น นักวิชาการบางคนนิยมเรียกว่า “หลักฟังความสองฝ่าย” (Audi alteram partem) ซึ่งหลักดังกล่าวศาลอังกฤษและอเมริกาจะอ้างถึงเสมอ แม้ไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้เพราะถือเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) สำหรับระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส กระบวนการโต้แย้งคัดค้านไม่ได้มีสำหรับการออกคำสั่งทางปกครองในทุกกรณี แม้ว่ากระบวนการดังกล่าวจะได้รับการยอมรับและมีขอบข่ายครอบคลุมกว้างขวางขึ้น ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มีกระบวนการโต้แย้ง ศาลจะตรวจสอบว่าได้มีการปฏิบัติโดยครบถ้วนถูกต้องตามกระบวนการดังกล่าวหรือไม่ นั่นคือสิทธิในการต่อสู้คดี ได้รับการเคารพเพียงใด กล่าวโดยสรุป แม้ว่าอำนาจ “sanctions” หรืออำนาจลงโทษ จะไม่ใช่แก่นของอำนาจทางปกครองแต่ก็เป็นอำนาจที่มอบให้ฝ่ายปกครองเช่นกัน และนับวันจะมากขึ้น อำนาจดังกล่าวที่กฎหมายบัญญัติให้มันจัดได้ว่าเป็นอำนาจอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของบุคคล ดังนั้นจึงเป็นการชอบด้วยเหตุผลที่อำนาจลงโทษจะต้องถูกจำกัดด้วย

“สิทธิในการต่อสู้คดี” ของบุคคล แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมีสิทธิดังกล่าวก็ตาม

(3) ขั้นตอนหรือวิธีการอื่นๆ เช่น ในเรื่องระยะเวลา ถ้าการกระทำทางปกครองนั้นจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากสิ้นระยะเวลาดังกล่าวไปและมีการกระทำขึ้น การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจเพราะเวลา แต่ถ้าระยะเวลาใดเป็นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เป็นหลักประกันแก่ปัจเจกชนแล้ว การไม่สั่งการเสียภายในเวลาดังกล่าวย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่เคารพขั้นตอนอันเป็นหลักประกันที่ให้ไว้แก่ปัจเจกชน การจะพิจารณาว่าระยะเวลาเรื่องหนึ่งๆ เป็นหลักประกันหรือไม่ ศาลปกครองจะวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป

2) เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne)

เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายใน แบ่งออกเป็น 2 เหตุ คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) และคำสั่งทางปกครองออกไปโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir)¹⁸⁹ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.1) คำสั่งทางปกครองออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)¹⁹⁰ เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายเป็นเหตุที่มีความหมายกว้าง หากคำสั่งทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่อาจอ้างเหตุใดได้แล้ว ก็ถือว่าเป็นกรณี “ฝ่าฝืนกฎหมาย” (violation de la loi) ด้วยเหตุนี้เอง เหตุที่อ้างว่าคำสั่งออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย จึงนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย ไม่ว่าจะเป็นกรณีการควบคุมตามหลักความได้สัดส่วน (proportionnalité) หรือการควบคุมตามหลักการเปรียบเทียบผลดีผลเสีย (bilan coût-avantages) หรือการควบคุมคำสั่งอันเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งในการประเมินของผู้ออกคำสั่งนั้น (erreur manifeste d'appréciation) ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ (1) การฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (la violation directe de la règle de droit) และ (2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (l'erreur de droit et l'erreur de fait)

(1) การฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (la violation directe de la règle de droit) เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเนื้อหา (contenu หรือ objet) ของคำสั่งทางปกครอง เป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุด ยกตัวอย่างเช่น พระราชกฤษฎีกาที่

¹⁸⁹ แหล่งเดิม. (น. 275).

¹⁹⁰ แหล่งเดิม. (น. 275-281).

ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติแต่มีเนื้อหาที่ขัดแย้งกับบทกฎหมายแม่บท หรือคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่งออกมาโดยระบุให้มีผลย้อนหลังซึ่งขัดกับหลักเรื่องคำสั่งทางปกครองต้องไม่มีผลบังคับย้อนหลัง เว้นแต่จะเป็นข้อยกเว้น หรือกรณีการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ โดยโทษนั้นไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย หรือกรณีที่มีการออกประกาศกระทรวงศึกษาธิการกำหนดอัตราค่าเล่าเรียน โรงเรียนเอกชนสำหรับนักเรียนไป-กลับ โดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกา เห็นได้ว่า การฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายมีทั้งการฝ่าฝืนในเชิงบวกและเชิงลบต่อเนื้อหาของกฎหมาย

(2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (l'erreur de roit et l'erreur de fait) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้ไม่ได้เกิดจากเนื้อหา (contenu) ของคำสั่งทางปกครอง แต่เกิดจากมูลเหตุจูงใจ (motif) ซึ่งกรณีนี้ศาลไม่ได้พิจารณาเนื้อหาแต่ดูที่เหตุผลทั้งที่เป็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (raisons de droit ou de faits) ที่ส่งผลให้ฝ่ายปกครองตัดสินใจในเรื่องต่างๆ โดยอาจเรียกเหตุนี้อีกอย่างหนึ่งว่า กรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจในการออกคำสั่งทางปกครอง (l'illégalité en raison des motifs de l'acte) ซึ่งในกรณีนี้อาจแบ่งออกเป็น 3 กรณีด้วยกัน คือ

กรณีที่หนึ่ง กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) ซึ่งหมายถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำคำสั่งทางปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้ ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นไม่มีอยู่ เป็นกฎหมายที่ออกมาโดยไม่ชอบ หรือมีการตีความกฎหมายผิด ซึ่งในกรณีนี้หมายรวมถึงกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองตีความกฎหมายผิดว่า ไม่มีอำนาจดุลพินิจแต่เป็นอำนาจผูกพัน ในกรณีเช่นนี้ศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งนั้นเสีย

กรณีที่สอง กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้อาศัยข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งในการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง แต่ปรากฏว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้อง และหากทราบข้อเท็จจริงที่ถูกต้องก็จะไม่ออกกฎหมายหรือคำสั่งดังกล่าว กรณีนี้ถือว่ามีความผิดพลาดในข้อเท็จจริงเกิดขึ้นและศาลจะต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว จะเห็นได้ว่าศาลมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ใช้เป็นเหตุผลในการออกกฎหมายหรือคำสั่ง

กรณีที่สาม กรณีมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (l'erreur de qualification juridique des faits) อาจกล่าวได้ว่า การตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้นถูกต้องหรือไม่เพียงประการเดียวยังไม่เพียงพอที่จะยืนยันว่านิติกรรมนั้นชอบด้วยกฎหมายจะต้อง

ตรวจสอบว่ามีกรให้คุณค่า หรือให้ความหมายทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นถูกต้องหรือไม่ เพราะลักษณะดังกล่าวจะใช้เป็นข้ออ้างในการออกคำสั่งทางปกครอง

2.2) คำสั่งทางปกครองออกโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) หรือ บิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure)¹⁹¹ กรณีนี้อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเหตุ ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายในที่มีมูลเหตุ มาจากวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งทางปกครอง (l'illégalité en raison du but de l'acte)

(1) การทำคำสั่งทางปกครองโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) การบิดเบือนอำนาจนั้นเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ (but) อื่น นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ (but) ที่กฎหมายให้อำนาจนั้นไว้ เพราะอำนาจที่ฝ่ายปกครองได้มา ตามกฎหมายหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไปนั้นก็เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ (but) ที่กำหนดไว้ ซึ่งอาจเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรืออนุมานได้จากระบบกฎหมายนั้น หรือ หลักทั่วไป เช่น ให้อำนาจเพื่อให้บริการสาธารณะ (service public) เพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) เป็นต้น สิ่งที่ต้องถือว่าเป็นลักษณะพิเศษของเหตุในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทนี้ คือ มีการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น โดยต้องมีการค้นหาความตั้งใจ (intention) ของฝ่ายปกครองในขณะที่ทำคำสั่งนั้นว่ามีอย่างไร ซึ่งการยกเหตุนี้ขึ้นมาอ้างต่อเมื่อ เหตุอื่นที่ใช้อ้างไม่อาจยกขึ้นได้แล้ว และเป็นเหตุที่พิสูจน์ได้ยากมาก เพราะผู้ฟ้องคดีต้องเสนอ ข้อสันนิษฐานที่มีน้ำหนักกว่าฝ่ายปกครองได้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การจะกล่าวอ้างว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยบิดเบือนอำนาจจะต้องปรากฏว่าเป็นคำสั่ง ที่ออกมาโดยถูกต้องตามแบบและไม่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกอื่น ๆ และเจ้าหน้าที่ ของรัฐที่เป็นผู้ออกกฎหมายหรือคำสั่งนั้นจะต้องมีอำนาจดุลพินิจไม่มากนักน้อย เพราะจะมีการใช้อำนาจ ที่บิดเบือนได้ อำนาจนั้นจะต้องเป็นอำนาจในการเลือกตัดสินใจในการออกคำสั่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ออกประสงค์ได้ จึงไม่มีกรณีของการบิดเบือนอำนาจในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีแต่อำนาจผูกพัน (compétence liée) ด้วยเหตุดังกล่าว กรณีของการบิดเบือนอำนาจนี้จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครอง จะตรวจสอบเหตุนี้เป็นเหตุสุดท้ายในการพิจารณาคำฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง นอกจากนั้น เนื่องจากเหตุเพิกถอนคำสั่งเพราะการบิดเบือนอำนาจนี้มีลักษณะที่เป็นอัตตวิสัย (subjectif) จึงมิใช่เหตุที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (d'ordre public) และจะนำมาใช้ต่อเมื่อเหตุ เพิกถอนอื่น ๆ ไม่อาจใช้ได้แล้ว และเนื่องจากเป็นเหตุที่มีลักษณะรองจากเหตุอื่น ๆ (subsidaire) ฉะนั้น หากศาลพบเหตุที่จะเพิกถอนเหตุอื่น ๆ เหตุเดียวหรือหลายเหตุ ศาลก็จะยกเอาเหตุอื่นขึ้นมาอ้าง

¹⁹¹ แหล่งเดิม. (น. 281-286).

ในการเพิกถอนก่อนโดยไม่ต้องอ้างเหตุเพราะมีการบิดเบือนอำนาจแต่ประการใด เหตุเพิกถอนคำสั่งเพราะมีการบิดเบือนอำนาจนี้ไม่มีองค์ประกอบแน่นอนแต่เป็นกรณีที่สามารถได้วางแนวคำพิพากษาไว้ ซึ่งอาจแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ การบิดเบือนอำนาจเพราะกระทำไปเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ (intérêt general) และการบิดเบือนอำนาจเพราะกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่เป็นประโยชน์ที่กฎหมายไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะให้ใช้ (intérêt general autre que celui pouvant légalement être poursuivi)

(2) มีการทำคำสั่งทางปกครองไปโดยบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procedure) เป็นรูปแบบของการบิดเบือนอำนาจประเภทหนึ่งแต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้ หมายถึงการที่ฝ่ายปกครองใช้ขั้นตอนหรือวิธีการต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ต่างออกไปจากขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้กับเรื่องนั้น เพื่อให้บรรลุเป้าหมาย (but) ได้ง่ายกว่าขั้นตอนหรือวิธีการที่ควรจะใช้ การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procedure) นั้นมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับเรื่องการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procedure) ซึ่งเป็นเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) แต่การบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการนี้สืบเนื่องมาจากการตรวจสอบวัตถุประสงค์ (but) ของการออกคำสั่ง ฉะนั้นการบิดเบือนขั้นตอนนี้จึงเป็นเรื่องที่จัดอยู่ในประเภทความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน

(3) ปัญหาในการอ้างเหตุบิดเบือนอำนาจ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) นั้น หลังจากมีการพัฒนาหลักนี้ได้ระยะหนึ่ง เหตุนี้กลับมีโอกาสนำมาใช้ได้น้อยลงไปด้วยเหตุหลายประการ

ประการแรก เกิดจากการพัฒนาเหตุเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทการฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) ซึ่งเหตุทั้งสองนั้นต่างกัน เพราะ la violation de la loi นั้น พิจารณาจากมูลเหตุจูงใจ (motif) แต่ détournement de pouvoir เป็นการพิจารณาจากวัตถุประสงค์ (but) ในการออกคำสั่ง

ประการที่สอง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจบริหารเกี่ยวกับเรื่องในทางเศรษฐกิจนั้น เหตุเกี่ยวกับการบิดเบือนอำนาจมีการใช้น้อยลงหรือมีประสิทธิภาพน้อยลงอย่างเห็นได้ชัด เพราะศาลปกครองไม่ได้แสวงหาข้อเท็จจริงลงไปอย่างละเอียดว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายเศรษฐกิจนั้น ตรงกับวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งนั้นหรือไม่ เพียงแต่ฝ่ายปกครองกระทำการไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (intérêt general) ศาลก็ถือว่าได้มีการดำเนินการตรงตามวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายนั้นแล้ว แนวความคิดดังกล่าวอาจเกิดจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางนโยบายเศรษฐกิจที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจอย่างกว้างขวางหรือบางครั้งก็เกิดจากกฎหมายที่มีลักษณะเป็นเทคนิคสูง

บางครั้งหากศาลปกครองเพิ่มระดับการตรวจสอบวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายและของฝ่ายปกครองแล้ว อาจจะทำให้การควบคุมมีลักษณะเป็นการควบคุมความเหมาะสม (opportunité) ของการกระทำก็ได้ ซึ่งจะทำให้ศาลไปทำหน้าที่ฝ่ายปกครองเสียเอง ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่พึงปรารถนาและไม่พึงกระทำโดยศาล

ตามเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส พบว่า เหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น รวมถึงกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งโดยไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน หรือความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง รวมทั้งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจแต่ฝ่ายปกครองไม่ใช้อำนาจดุลพินิจนั้นด้วย ในหัวข้อต่อไปจึงทำการศึกษาถึงอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสและการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองต่อไป

3.2.3 อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การที่กฎหมายมอบอำนาจให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจในการเลือกออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใดๆ ในทางปกครองได้เองตามที่เห็นว่าเหมาะสมก็ใช้ว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใดๆ ในทางปกครองอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะต้องเคารพต่อหลักการที่ว่านิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (principe de légalité)¹⁹² ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาถึงลักษณะของอำนาจดุลพินิจและโครงสร้างของอำนาจดุลพินิจ

1) ลักษณะของอำนาจดุลพินิจ¹⁹³

อำนาจดุลพินิจ หรือ pouvoir ou compétence discrétionnaire ตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์หนึ่งที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการตัดสินใจที่เลือกออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งที่เห็นว่าเหมาะสมที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องออกคำสั่งอย่างใดเพียงอย่างเดียวภายใต้เงื่อนไขที่เกิดขึ้น ซึ่งในการศึกษาเรื่องอำนาจดุลพินิจมีข้อพิจารณาที่สำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ

1.1) การมีอยู่ขอบเขต และลักษณะของอำนาจดุลพินิจเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง โดยที่กฎหมายนั้นอาจจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส เพราะในศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถนำ

¹⁹² รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 76). เล่มเดิม.

¹⁹³ แหล่งเดิม. (น. 77-79).

หลักกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ประกอบกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ดังนั้น จารีตประเพณีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลก็มีฐานะเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน

1.2) อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เกี่ยวกับการเลื่อนชั้นเลื่อนระดับของข้าราชการในประเทศฝรั่งเศส ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้แบ่งกลุ่มข้าราชการออกเป็น 3 ฝ่าย ซึ่งข้าราชการทั้งสามฝ่ายจะมีกฎหมายเฉพาะกำหนดสถานะไว้แต่ในกรณีการเลื่อนระดับข้าราชการไม่ว่าจะเป็นฝ่ายใด จากระดับชั้นตรีเป็นชั้นโท จากชั้นโทเป็นชั้นเอก หากนำหลักอาวโสมมาใช้ในการพิจารณาแล้วผู้บังคับบัญชาต้องทำหน้าที่เลื่อนระดับข้าราชการผู้มีอายุราชการครบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีเช่นนี้ ผู้บังคับบัญชาไม่มีอำนาจดุลพินิจ เช่น เมื่อกฎหมายกำหนดให้ข้าราชการที่มีอายุราชการครบ 5 ปี สามารถเลื่อนระดับจากชั้นโทเป็นชั้นเอกได้โดยอัตโนมัติในกรณีเช่นนี้ผู้บังคับบัญชาก็ต้องมีคำสั่งไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้

1.3) อำนาจดุลพินิจไม่ใช่อำนาจการตัดสินใจซึ่งกระทำได้ตามอำเภอใจ แต่เป็นอำนาจตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกออกคำสั่งหนึ่งระหว่างคำสั่งหลายๆ คำสั่ง

2) โครงสร้างของอำนาจดุลพินิจ¹⁹⁴

หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจดุลพินิจได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ จึงจำต้องเข้าใจโครงสร้างของกฎหมายในการบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองว่าจะต้องมี 2 ส่วนเสมอ คือ

ส่วนที่หนึ่ง บทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนที่เป็นเหตุหรือที่เป็นเงื่อนไขในการใช้อำนาจ

ส่วนที่สอง บทบัญญัติในส่วนที่เป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครอง หรือเรียกว่าส่วนที่เป็นผล

กล่าวคือ บทบัญญัติที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนั้นเป็นข้อเท็จจริงหรือเป็นเงื่อนไขที่กฎหมายเขียนไว้ ในส่วนนี้อาจเป็นข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไขที่ชัดเจนไม่ต้องตีความใดๆ ซึ่งการวินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริงนี้ (qualification juridique des faits) ต้องแยกแยะให้ออกจากส่วนที่เป็นผล โดยในส่วนของข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุก็มีบางกรณีที่ศาลต้องใช้อำนาจดุลพินิจ (pouvoir discrétionnaire) เช่นเดียวกัน และการควบคุมดุลพินิจก็ใช้หลักเช่นเดียวกันกับการควบคุมการใช้ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะออกคำสั่งทางปกครองคำสั่งใด แต่ใน

¹⁹⁴ แหล่งเดิม. (น. 81-82).

กรณีเช่นนี้จะควบคุมโดยใช้หลักการควบคุมความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits)

สำหรับบทบัญญัติที่เป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองหรือปฏิบัติการทางปกครอง เป็นส่วนที่จะทำให้ทราบว่ากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองแบบอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ซึ่งหากกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจเลือกออกคำสั่งหรือไม่ออกคำสั่งหรือให้เลือกออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งก็จะเป็นการที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจหรือเรียกอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ หลังจากที่มีข้อเท็จจริงหรือมีเงื่อนไขส่วนที่เป็นเหตุเกิดขึ้นแล้ว

3.2.4 ความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง

เหตุที่ทำให้การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นก็มลักษณะทำนองเดียวกับหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีอยู่ 2 เหตุใหญ่ๆ กล่าวคือ

(1) กรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ฝ่ายปกครองตีความกฎหมายผิดว่าไม่มีอำนาจดุลพินิจแต่เป็นอำนาจผูกพัน จึงไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจ

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีนี้ไว้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีมหาดไทยปลดข้าราชการและลูกจ้างของรัฐออกจากราชการเมื่อปรากฏว่าข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐผู้นั้นหย่อนสมรรถภาพในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งการวินิจฉัยว่าหย่อนสมรรถภาพหรือไม่นี้ เป็นการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่ถือว่าเป็นอำนาจดุลพินิจ (ดุลพินิจวินิจฉัย) รัฐมนตรีมหาดไทยวางกฎเกณฑ์ไว้ว่าข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐทุกคนที่มีอายุครบ 55 ปีบริบูรณ์จะถูกปลดออกจากราชการฐานหย่อนสมรรถภาพเสมอ นาย Piron เป็นตำรวจสายตรวจถูกปลดเพราะมีอายุครบ 55 ปีบริบูรณ์ ตามกฎเกณฑ์ที่รัฐมนตรีมหาดไทยได้กำหนดไว้ ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของรัฐมนตรีมหาดไทย โดยให้เหตุผลว่าคำสั่งของรัฐมนตรีมหาดไทยเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นโดยรัฐมนตรีผูกพันกับกฎเกณฑ์ของตนเองอย่างเคร่งครัด โดยไม่ได้พิจารณาข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่อง เท่ากับรัฐมนตรีมหาดไทยไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจในการวินิจฉัยว่ามี การหย่อนสมรรถภาพหรือไม่ แม้อายุจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่น่ามาประกอบการพิจารณาใช้อำนาจดุลพินิจก็ตาม แต่การให้น้ำหนักแก่อายุจนปฏิเสธไม่นำเอาปัจจัยอื่นๆ มาพิจารณาประกอบด้วยย่อมเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ชอบ เพราะถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดุลพินิจ¹⁹⁵

¹⁹⁵ การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย (น. 157). เล่มเดิม.

ศาลปกครองฝรั่งเศสยังได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีนี้ไว้ในกรณีกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศฝรั่งเศส ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีมหาดไทยออกคำสั่งเนรเทศคนต่างด้าวออกจากประเทศฝรั่งเศสได้ เมื่อปรากฏว่าการอยู่ในประเทศฝรั่งเศสของคนต่างด้าวผู้นั้นจะเป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยหรือชื่อเสียงเกียรติยศของประเทศ นาย Dridi เป็นคนอาหรับ ต้องคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดว่าได้ทำความผิดอาญาฐานหนึ่ง ศาลสั่งจำคุกชั่วคราวหนึ่งเมื่อพ้นโทษแล้ว รัฐมนตรีมหาดไทยก็ออกคำสั่งเนรเทศออกจากประเทศฝรั่งเศสโดยให้เหตุผลว่า นาย Dridi กระทำความผิดอาญาในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งหมายความว่ารัฐมนตรีมหาดไทยได้วางนโยบายไว้ว่าเมื่อคนต่างด้าวอาศัยในประเทศฝรั่งเศสได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ตนจะสั่งเนรเทศคนต่างด้าวผู้นั้นทันที ศาลพิพากษาว่าคำสั่งของรัฐมนตรีมหาดไทยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะรัฐมนตรีมหาดไทยออกคำสั่งตามนโยบายที่ตนวางไว้ล่วงหน้าอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีว่าการอยู่ในประเทศฝรั่งเศสของนาย Dridi นั้นจะมีผลต่อชื่อเสียงเกียรติยศของประเทศฝรั่งเศสหรือไม่¹⁹⁶

(2) การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน อันเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนกระทำการใดโดยไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งอาจเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรืออนุมานได้จากระบบกฎหมาย หรือหลักทั่วไป

เมื่อเกิดกรณีความบกพร่องในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงสามารถดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ในหัวข้อต่อไปจึงจะได้ทำการศึกษาถึงการควบคุมดุลพินิจในกรณีเกิดเหตุการณ์ใช้ดุลพินิจดังกล่าวข้างต้นโดยศาลปกครองฝรั่งเศสต่อไป

3.2.5 การควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองโดยศาลปกครองฝรั่งเศส

ในการควบคุมดุลพินิจของศาลปกครองฝรั่งเศสจะเป็นการควบคุมแบบจำกัด (Le contrôle restraint ou le contrôle minimum) ซึ่งจะแตกต่างจากการควบคุมแบบปกติ (Le contrôle normal) เพราะการควบคุมแบบปกติศาลจะสามารถยกเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งภายนอกและภายใน¹⁹⁷ ทุกเหตุมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองได้ทั้งหมด แต่การควบคุมแบบจำกัดที่นำมาใช้ในการควบคุมอำนาจดุลพินิจนั้น ศาลจะไม่นำหลักเรื่องความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits) มาใช้ใน

¹⁹⁶ แหล่งเดิม. (น. 157-158).

¹⁹⁷ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยปราศจากอำนาจ ผิดแบบหรือผิดขั้นตอนหรือวิธีการ ส่วนความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน คือ คำสั่งทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย หรือมีการทำคำสั่งทางปกครองไปโดยบิดเบือนอำนาจ หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ.

การตรวจสอบ แต่นำเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งภายนอกและภายในอื่นมาตรวจสอบ¹⁹⁸ ในเบื้องต้นจึงจะขออธิบายให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการควบคุมแบบปกติและการควบคุมแบบจำกัด กล่าวคือ

การควบคุมแบบปกติ (Le contrôle normal)¹⁹⁹ คำสั่งทางปกครองโดยปกติแล้วอยู่ภายใต้การควบคุมแบบปกติของศาลปกครอง ซึ่งศาลสามารถตรวจสอบเหตุที่ใช้ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ 5 ประการ ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยปราศจากอำนาจ (incompetence de l'auteur de l'acte) ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ออกคำสั่งหรือไม่ได้รับมอบอำนาจโดยถูกต้อง หรือใช้อำนาจนอกพื้นที่ที่ตนมีอำนาจหรือออกคำสั่งย้อนหลังหรือก่อนได้รับการแต่งตั้ง หรือหลังจากที่หมดอำนาจลงแล้ว

(2) คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยผิดแบบ (vice de forme) เช่น ไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ในกรณีที่ต้องทำเป็นหนังสือ ไม่ได้ลงนาม ไม่มีการให้เหตุผล เป็นต้น

(3) คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด (vice de procédure) เช่น ออกคำสั่งโดยไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการที่มีอำนาจในเรื่องนั้นก่อน หรือไม่ผ่านการอนุมัติจากสภาเทศบาลก่อน เป็นต้น

(4) คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi) ซึ่งอาจเกิดจากกรณีฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (violation directe de la règle de droit) กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (erreur de droit) กรณีมีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (erreur de fait) และกรณีมีความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits)

(5) คำสั่งทางปกครองที่ออกไปโดยบิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir) หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (détournement de procédure) หรือไม่ เช่น ใช้อำนาจออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตเปิดสถานที่เดินร่ำ ไม่ใช่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่เพื่อตัดคู่แข่งกับกิจการของตนเอง เป็นต้น

การควบคุมอย่างจำกัด (Le contrôle restreint ou le contrôle minimum)²⁰⁰ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ แต่ศาลจะไม่

¹⁹⁸“เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2545, วารสารนิติศาสตร์, 2, น. 288. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เจ้าของลิขสิทธิ์.

¹⁹⁹รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 83-84). เล่มเดิม.

²⁰⁰แหล่งเดิม. (น. 84-85).

ควบคุมเฉพาะ “ดุลพินิจ” เท่านั้น ส่วนตัวคำสั่งทางปกครองยังอยู่ในความควบคุมตรวจสอบของศาล ซึ่งการควบคุมนี้เรียกว่า การควบคุมขั้นต่ำ (contrôle minimum) หรือการควบคุมอย่างจำเป็น (contrôle restreint) โดยศาลจะควบคุมในลักษณะดังต่อไปนี้

ศาลต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) หรือไม่

ศาลต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองทำคำสั่งทางปกครองโดยผิดแบบหรือขั้นตอน (vice de forme ou de procédure) หรือไม่

ศาลต้องพิจารณาว่าฝ่ายปกครองกระทำผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) หรือไม่ ซึ่งการควบคุม l'erreur de droit นั้น หมายถึง กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายที่ยกเป็นที่มาของการออกคำสั่งดังกล่าว เช่น การอ้างกฎหมายเพื่อออกคำสั่ง แต่ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายดังกล่าว หรือมีการอ้างกฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อกฎหมายแม่บท มีการตีความกฎหมายผิด หรือมีการอ้างกฎหมายผิดฉบับ หรือที่ยกเลิกแล้ว เป็นต้น

กรณีที่มีความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) ศาลต้องพิจารณาว่ามีข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างหรือไม่ หรือข้อเท็จจริงที่มีนั้นถูกต้องตรงกันหรือไม่

ศาลต้องพิจารณาว่ามีการบิดเบือนอำนาจหรือขั้นตอนหรือวิธีการหรือไม่ (détournement de pouvoir ou de procédure) โดยต้องพิจารณาว่าการออกคำสั่งภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ นั้น ได้ส่งไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อดำเนินการอย่างหนึ่งไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อีกอย่างหนึ่ง

ส่วนในเรื่องการควบคุมการให้คุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (qualification juridique des faits) และการควบคุมความเหมาะสมของคำสั่ง เมื่อเปรียบเทียบกับมูลเหตุจูงใจ (contrôle de l'adéquation de la décision aux motifs) ศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง เพราะถือว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจอย่างเต็มที่ ศาลจะตรวจสอบเฉพาะความผิดพลาดในข้อกฎหมายในข้อเท็จจริงว่ามีการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) หรือไม่ โดยศาลจะทำการเพิกถอนคำสั่งที่ใช้ดุลพินิจไม่ชอบดังกล่าว

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างหลักใหม่มาใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุม l'erreur manifeste d'appréciation หรือการควบคุมว่าการประเมินหรือการใช้วิจรรย์ญาณของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งนั้นมีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนเห็นได้หรือไม่ และการควบคุมตามหลักความได้สัดส่วน รวมทั้งการควบคุมโดยอาศัยหลักการทำบัญชีคำนวณผลเสียหรือสิ่งที่ต้องเสียไปและผลดี

หรือสิ่งที่จะได้ตอบแทน จากการทำคำสั่งทางปกครอง²⁰¹ ซึ่งรายละเอียดจะขออธิบายในหัวข้อต่อไป

3.2.6 แนวคิดและทฤษฎีที่ศาลปกครองฝรั่งเศสนำมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้แยกเรื่องการใช้ดุลพินิจที่อยู่ในส่วนของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายหรือดุลพินิจที่อยู่ในส่วนผลของกฎหมาย โดยในกรณีที่กฎหมายกำหนดถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง ศาลจะตรวจสอบภายในขอบเขตของความถูกต้องของข้อเท็จจริง (qualification juridique des faits หรือ contrôle des motifs de l'acte administrative) หากกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจกระทำใด โดยทั่วไปแล้วศาลจะไม่สามารถเข้าไปควบคุมดุลพินิจได้ โดยศาลจะควบคุมเพียงเท่าที่จำเป็นหรือมีการควบคุมแบบขั้นต่ำ ซึ่งเท่ากับเป็นการควบคุมโดยใช้การกระทำทางปกครองเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบ เพื่อหลีกเลี่ยงการขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง โดยศาลจะจำกัดขอบเขตของการตรวจสอบไว้เฉพาะข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง และการใช้อำนาจโดยบิดเบือน แต่ต่อมาแนวคำพิพากษาของประเทศฝรั่งเศสได้ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์และทฤษฎีในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ หลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำ ทฤษฎีว่าด้วยการประเมินประโยชน์ได้เสียจากการออกคำสั่ง และหลักความได้สัดส่วน²⁰²

ศาลได้ใช้หลักควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งนี้เป็นเทคนิคที่ใช้กับการประเมินผลการปฏิบัติงาน หรือการให้คะแนนประจำปี ว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งหรือไม่ ซึ่งหลักความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนจะไม่พึงกระทำ ต่อมา ได้พัฒนามาเป็นหลักความได้สัดส่วน ที่เริ่มในการควบคุมการลงโทษทางวินัยข้าราชการ จึงเห็นได้ว่า แม้วิวัฒนาการของการควบคุมอำนาจดุลพินิจของศาลปกครองฝรั่งเศสจะเป็นการควบคุมอย่างจำกัด แต่ต่อมาได้มีการขยายขอบเขตการควบคุมในกรณีต่างๆ มากขึ้นเรื่อยๆ จนใกล้เคียงกับการควบคุมแบบปกติ กรณีจึงมีผลให้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองลดลง อย่างไรก็ตาม หากเป็นในเรื่องที่เกี่ยวกับความสามารถในทางเทคนิคหรือวิชาชีพเฉพาะ ศาลจะต้องยอมรับในการจำกัดขอบเขตของตนเองในการควบคุมการใช้ดุลพินิจ

²⁰¹“เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2545, วารสารนิติศาสตร์, 2, น. 288. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เจ้าของลิขสิทธิ์.

²⁰²ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง (น. 102-114). เล่มเดิม.

ของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน ซึ่งในส่วนนี้จะต้องเป็นกรณีที่ศาลยอมรับให้เป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยแท้²⁰³

1) ทฤษฎีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation)²⁰⁴

การควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำนี้ เริ่มจากคดีควบคุมการลงโทษทางวินัยของข้าราชการ เพราะว่าเดิมเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการได้กระทำความผิดวินัย (faute disciplinaire) และฝ่ายปกครองได้ลงโทษอย่างไรนั้นถือเป็นอำนาจดุลพินิจศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือควบคุม เนื่องจากศาลควบคุมเฉพาะ 3 กรณี คือ (1) พิจารณาการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง (2) ดูว่ามีกฎหมายให้อำนาจผู้บังคับบัญชาลงโทษได้หรือไม่ และ (3) ดูว่ามี การบิดเบือนการใช้อำนาจลงโทษหรือไม่

หลังจากปี ค.ศ. 1960 ศาลได้นำหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ (l'erreur manifeste d'appréciation) มาใช้ควบคุมการใช้ดุลพินิจตัดสินใจลงโทษ โดยตรวจว่าความหนักเบาของโทษว่าเหมาะสมกับความผิดหรือไม่ โดยจะวิเคราะห์ว่าการสั่งลงโทษกับความผิดที่เกิดขึ้นจริงนั้น วิญญูชนเห็นว่ามี ความไม่เหมาะสมระหว่างความผิดที่กระทำลงไปกับโทษที่ลงหรือไม่ และยังนำเทคนิคนี้มาใช้ในการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงในส่วนเหตุหรือที่เรียกว่า ดุลพินิจวินิจฉัย ด้วยว่า มีความผิดพลาดในการในคุณค่าทางกฎหมายกับข้อเท็จจริง (l'erreur de qualification juridique des faits) ว่าจากข้อเท็จจริงคือการกระทำของข้าราชการนั้น จะถือได้ว่าเป็นความผิดทางวินัยหรือไม่ หากถือว่าความผิดทางวินัยนั้นเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง โดยเห็นว่าไม่น่าจะเป็นความผิด ก็ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ฝ่าฝืนกฎหมายได้

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ใช้เทคนิคควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่วิญญูชนไม่พึงกระทำกับคดีการลงโทษทางวินัยและการกำหนดระดับลงโทษ และต่อมาศาลได้เริ่มใช้เทคนิคนี้กับคดีเกี่ยวกับการประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปีของข้าราชการหรือการให้คะแนนประจำปี ว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งหรือไม่ นอกจากจะนำเทคนิคนี้มาใช้ในการควบคุมคะแนนที่เป็นตัวเลขแล้ว ยังรวมไปถึงการควบคุมการประเมินที่เป็นการเขียนบรรยายผลการทำงานที่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย ในกรณีนี้ ศาลสามารถเข้าไปควบคุมดุลพินิจการประเมินผลการทำงานว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในการประเมินผลการปฏิบัติงานประจำปีของข้าราชการได้มีการประเมินในช่องคะแนนเป็นตัวเลขว่าได้ 19 คะแนน จากคะแนนเต็ม 20 คะแนน

²⁰³ แหล่งเดิม.

²⁰⁴ รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 85-89). เล่มเดิม.

แต่ช่องการประเมินผลงานแบบเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นขัดแย้งกับการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง เป็นกรณีพิเศษ อย่างนี้ถือว่าการประเมินครั้งนี้มีความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ

เทคนิคในการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำยังได้ขยายออกไปถึงการควบคุมการจัดทำผังเมืองที่มีการกำหนดสีต่างๆ โดยกำหนดว่าสีแต่ละสีนั้นแทนที่ดินประเภทใดบ้าง เช่น การให้สีเขียวกับผังเมืองที่จะแสดงถึงเขตชนบท (zone rurale) คือ เกษตรกรอย่างแท้จริง ฉะนั้น การจะกำหนดว่าเขตใดเป็นเขตชนบทหรือเขตเกษตรกรรมเดิมที่เป็นดุลพินิจโดยแท้ของการปกครองที่จะพิจารณาตามความเหมาะสม โดยเจ้าหน้าที่ผังเมืองและเจ้าหน้าที่เทศบาลร่วมกันกำหนด โดยให้สิทธิคัดค้านไว้แต่หลังจากนั้นศาลได้นำเทคนิคเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำมาใช้ในการกำหนดสีของที่ดินที่ผังเมืองกำหนดด้วย เนื่องจากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น คือ ได้มีการก่อสร้างหมู่บ้าน อาคารพาณิชย์ รวมทั้งโรงงานมากมายอยู่แล้ว ในเขตนั้นก็มีการกำหนดเป็นบริเวณที่ทำเกษตรกรรมและที่พักอาศัยสำหรับเกษตรกรเท่านั้น เพราะฉะนั้น ศาลจึงวินิจฉัยว่ามีความผิดพลาดอย่างชัดเจนในการกำหนดเขตดังกล่าวจริงและพิพากษาเพิกถอนการกำหนดสีในบริเวณดังกล่าว

ในทางปฏิบัติศาลปกครองฝรั่งเศสมีความลังเลที่จะขยายการควบคุมดุลพินิจออกไป โดยใช้เทคนิคควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำในบางเรื่อง เช่น เรื่องเกี่ยวกับการควบคุมคนต่างด้าวตามกฎหมายคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีคนต่างด้าวเข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมาย ฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจควบคุม ออกคำสั่งควบคุมตัวไปยังชายแดน เนรเทศ หรือเพิกถอนสิทธิการพักพิงอยู่ในประเทศ เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องเรื่องเหล่านี้ศาลมีความลังเลเป็นอย่างมากที่จะเข้าไปควบคุม เพราะว่าเป็นเรื่องของดุลพินิจโดยแท้ แต่อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจเกี่ยวกับการเนรเทศ หรือการควบคุมตัวคนต่างด้าวไปยังชายแดนหรือเนรเทศคนต่างด้าวนี้ออกไป เพราะเกรงว่าจะเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ ศาลจะต้องนำมาวิเคราะห์ว่าภัยอันตรายที่น่าจะเกิดขึ้นกับความมั่นคง สำหรับมาตรการที่จะนำไปใช้เพื่อเนรเทศหรือนำตัวไปยังชายแดนนั้น มีความผิดพลาดอย่างชัดเจนหรือไม่ โดยวิญญูชนก็อาจเห็นได้ว่า คำสั่งหรือมาตรการดังกล่าว ได้สัดส่วนกับข้ออ้างหรือไม่ ในกรณีนี้จะเห็นว่าหลักเรื่องความผิดพลาดอย่างชัดเจนจะนำไปสู่การควบคุมดุลพินิจอีกประการหนึ่ง ซึ่งเราเรียกหลักนี้ว่า “หลักความได้สัดส่วน” (le principe de proportionnalité)

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางแนวในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่า ศาลจะใช้วิธีการควบคุมแบบจำกัด (contrôle restreint) ซึ่งเดิมจะประกอบไปด้วยการควบคุมความผิดพลาดในข้อเท็จจริง (l'erreur de fait) ความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (l'erreur de droit) และการบิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir) และต่อมาศาลได้เพิ่มเทคนิคในการควบคุมโดยหลัก

ความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ ซึ่งจะเห็นว่าการควบคุมอย่างจำกัดนั้น ได้ขยายขอบเขตออกไปมากขึ้นจนใกล้เคียงกับการควบคุมปกติ (contrôle normal) แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติของศาลในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจยังมีความแตกต่างกันไปตามประเภทของคดี

สำหรับการทำคำสั่งทางปกครองที่ใช้อำนาจดุลพินิจโดยแท้ (actes discrétionnaires) ศาลจะจำกัดอำนาจการควบคุมลงไปหรือในบางครั้งอาจจะถึงขนาดที่ว่าไม่เข้าไปควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจนที่วิญญูชนไม่พึงกระทำ เรียกว่าเป็นกรณีเฉพาะที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมอำนาจดุลพินิจโดยแท้ ในกรณีอย่างนี้อาจเป็นกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่ศาลเห็นว่าต้องใช้ความรู้ความสามารถพิเศษในทางวิชาการหรือวิชาชีพ เนื่องจากศาลไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ เพราะบางกรณีเป็นเรื่องที่ยากที่วิญญูชนก็ไม่สามารถที่จะประเมินการกระทำการดังกล่าวได้ ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถจะบอกได้ว่าสิ่งที่เป็นความผิดพลาดถึงขนาดที่วิญญูชนยังไม่พึงกระทำ ศาลจึงปล่อยให้เป็นที่หน้าของฝ่ายปกครองในการพิจารณาใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ คดีประเภทนี้ ได้แก่ คดีเกี่ยวกับการตัดสินของคณะกรรมการในการให้คะแนนหรือการเสนอความเห็นของคณะกรรมการในการสอบแข่งขันหรือการสอบไล่ทั้งหลาย ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องใช้เทคนิคสูง ศาลไม่สามารถทำการประเมินได้ เช่น การจัดสอบวิชาเคมีนิวเคลียร์ การจัดสอบสถาปนิก หรือการจัดสอบวิศวกร

2) ทฤษฎีว่าด้วยการทำบัญชีหรือการชั่งน้ำหนักของผลได้และผลเสียจากการออกคำสั่ง (théorie du bilan coûts avantages)²⁰⁵

คำสั่งทางปกครองที่มีการใช้อำนาจดุลพินิจที่ศาลใช้หลักการควบคุมแบบจำกัด แต่ได้เพิ่มความเข้มข้นในการควบคุมขึ้น โดยใช้ทฤษฎี 2 ทฤษฎี เพื่อควบคุมดุลพินิจให้เหมาะสมยิ่งขึ้น ทฤษฎีแรกเป็นทฤษฎีว่าด้วยการทำบัญชีหรือการชั่งน้ำหนักของผลได้และผลเสียจากการออกคำสั่งนั้น (théorie du bilan coûts avantages)

ทฤษฎีว่าด้วยการทำบัญชีหรือการชั่งน้ำหนักของผลได้และผลเสียจากการออกคำสั่งนั้น ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนเพื่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ต้องเป็นการสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดินอย่างแท้จริง โดยในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องตรวจสอบว่าได้มีการนำที่ดินผืนนั้น ไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น เช่น สร้างบ้านส่วนตัวหรือไม่ แต่ยิ่งไปกว่านั้น ศาลปกครองยังตรวจสอบลึกลงไปมากกว่านั้น โดยการเปรียบเทียบทำบัญชีและดูว่าสิ่งที่

²⁰⁵ แหล่งเดิม. (น. 89-91).

ได้รับซึ่งเป็นผลประโยชน์ (avantages) ที่เกิดต่อส่วนรวมที่ได้มาจากการออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนที่ดินมีมากกว่าสิ่งที่จะต้องเสียไป (inconvenients) จากการเวนคืนดังกล่าวหรือไม่

ในการใช้หลักว่าด้วยการประเมินประโยชน์ได้เสียในเรื่องการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนเป็นหลักกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1971 ในคดี Ville Nouvelle Est

นอกจากนี้ยังมีการขยายการควบคุมด้วยวิธีการซึ่งผลดีผลเสียจากการออกคำสั่งไปใช้กับการเวนคืนเพื่อสร้างทาง หรือสร้างโรงพยาบาลด้วย แนวคำพิพากษาดังกล่าวส่งผลให้การใช้ดุลพินิจดำเนินการหรือการตัดสินใจโดยใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองเกือบทั้งสิ้น และผลของคำวินิจฉัยเมื่อปี ค.ศ. 1971 ทำให้ฝ่ายปกครองใช้ความระมัดระวังมากขึ้นในการเวนคืน จะเห็นได้จากการควบคุมของศาลปกครองโดยใช้หลักการซึ่งคู่บัญชีระหว่างผลดีกับผลเสียนั้น เป็นผลให้ศาลปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการควบคุมการออกคำสั่ง ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการขยายขอบเขตอำนาจการควบคุมของศาลปกครองให้ขยายออกไประหว่างคำสั่งทางปกครองกับเหตุที่ต้องออกคำสั่งดังกล่าวอย่างไม่เคยมีมาก่อน

กรณีนี้เป็นคดีที่ชมรมส่งเสริมการท่องเที่ยวแห่งเมือง Nevers ประเทศฝรั่งเศส มีโครงการที่จะจัดประชุมทางวรรณกรรมขึ้นและได้เชิญนาย Benjamin มาแสดงปาฐกถาต่อที่ประชุมนี้ด้วย ปรากฏว่าสหภาพครูได้แจ้งให้นายกเทศมนตรีเมือง Nevers ทราบว่าจะต่อต้านการเดินทางมาแสดงปาฐกถาของนาย Benjamin ทุกวิถีทาง ทั้งนี้ เพราะบุคคลผู้นี้ได้เคยกล่าวถ้อยคำดูหมิ่นเหยียดหยามบรรดาครูผู้สอนในโรงเรียนที่ไม่ขึ้นกับศาสนาไว้ในข้อเขียนต่างๆ ของตนหลายครั้ง พร้อมกันนั้นก็ได้เรียกร้อง ทั้งโดยทางหน้าหนังสือพิมพ์ ใบปลิวและป้ายโฆษณาให้บรรดาผู้สนับสนุนโรงเรียนของรัฐ สหภาพ ตลอดจนกลุ่มฝ่ายซ้ายต่างๆ มาชุมนุมต่อต้านด้วย นายกเทศมนตรีแห่งเมือง Nevers พิจารณาแล้วเห็นว่าการเดินทางมาเมือง Nevers ของนาย Benjamin เพื่อแสดงปาฐกถาทางวรรณกรรม น่าจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในเมืองดังกล่าวได้ จึงอาศัยอำนาจตามความในบทบัญญัติมาตรา 97 แห่งกฎหมายฉบับลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1884 ซึ่งบัญญัติว่านายกเทศมนตรีมีอำนาจหน้าที่ออกมาตรการที่จำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ออกคำสั่งห้ามไม่ให้จัดประชุมฟังการแสดงปาฐกถาของนาย Benjamin Conseil d'Etat พิพากษาว่าคำสั่งของนายกเทศมนตรีแห่งเมือง Nevers ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้เหตุผลว่า ความไม่สงบเรียบร้อยอันอาจเกิดขึ้นจากการมาปรากฏตัวของนาย Benjamin ในเมือง Nevers นั้น ไม่ได้ร้ายแรงถึงขนาดที่นายกเทศมนตรีไม่อาจจะป้องกันไม่ให้เกิดขึ้นได้ด้วยวิธีอื่น นอกเหนือจากการออกคำสั่งดังกล่าว กล่าวโดยสรุปคำสั่งของนายกเทศมนตรีแห่งเมือง Nevers

ที่ห้ามไม่ให้จัดชุมนุมฟังการแสดงปาฐกถาของนาย Benjamin นั้น มีผลกระทบกระเทือนเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยในเมือง Nevers²⁰⁶

3) ทฤษฎีความได้สัดส่วน (théorie de proportionnalité)²⁰⁷

ทฤษฎีนี้เริ่มใช้ในการควบคุมการลงโทษทางวินัยข้าราชการ โดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) พิพากษาไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1978 ว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องตรวจสอบว่ามีสัดส่วนที่สัมพันธ์กัน ระหว่างการกระทำผิดของข้าราชการกับโทษทางวินัยที่ได้รับหรือไม่ ซึ่งต่อมาหลักการนี้ได้รับการยอมรับเป็นหลักสากล

หลักการนี้ได้มีการนำมาใช้กับการควบคุมการใช้อำนาจของกระทรวงมหาดไทยในการควบคุมคนต่างด้าว ซึ่งศาลจะใช้หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งขับไล่ออก (l'expulsion) คนต่างด้าวที่เข้าประเทศโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยหรือมีพฤติกรรมที่เป็นภัยต่อประเทศชาติ ศาลสามารถใช้มาตรการนี้ขับไล่ออกนอกประเทศได้ หรือกรณีการควบคุมตัวไปยังชายแดน (reconduite à la frontière) ซึ่งเป็นกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศฝรั่งเศสโดยไม่ชอบหรือเข้ามาโดยชอบแล้วแต่อยู่เกินกำหนด เมื่อถูกจับได้ก็อาจถูกควบคุมตัวไปยังชายแดนเพื่อผลักดันออกนอกประเทศ

จากการศึกษาหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส เห็นได้ว่า ตามหลักกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ได้แบ่งเหตุที่ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 2 ประการ คือ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) และเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) โดยหากคำสั่งทางปกครองนั้นฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งโดยไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน หรือมีความผิดพลาดอย่างชัดเจน รวมทั้งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจ แต่ฝ่ายปกครองไม่ใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสถือเป็นเหตุภายในที่ศาลปกครองสามารถดำเนินการเพิกถอนได้ แต่การควบคุมจะเป็นการควบคุมแบบจำกัด (contrôle restraint หรือ contrôle réduit) กล่าวคือ ศาลจะไม่นำหลักเรื่องความผิดพลาดในการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (erreur de qualification juridique des faits) มาใช้ในการควบคุมตรวจสอบแต่จะนำเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งภายนอกและภายในอื่นมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบ

²⁰⁶ ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 104-105). เล่มเดิม.

²⁰⁷ รายงานการวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (น. 92-94). เล่มเดิม.