

ลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพ : นิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการ

ภาคเดช คมสัน*

บทคัดย่อ

สภาวิชาชีพเป็นองค์กรที่ได้รับมอบภารกิจจากรัฐให้ใช้อำนาจในการควบคุมการประกอบวิชาชีพ ซึ่งมีลักษณะการใช้อำนาจที่แตกต่างกันไป สำหรับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีแนวคิดในการแบ่งแยกระหว่าง “นิติกรรมทางปกครอง” กับ “นิติกรรมทางตุลาการ” ที่เกิดขึ้นภายในองค์กรฝ่ายปกครองออกจากกันอย่างเด็ดขาดและชัดเจน จึงอาจจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การออกกฎระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับแก่สมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพ การออกคำสั่งเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าสู่วิชาชีพและมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ เช่น การรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพ การรับรองปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ มีลักษณะเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” ส่วนการมีคำวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบการวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพ เช่น ว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ มีลักษณะเป็น “นิติกรรมทางตุลาการ” ซึ่งมีเนื้อหาสาระ รูปแบบและวิธีการในการออกนิติกรรม ผลของนิติกรรม ตลอดจนกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแตกต่างไปจากนิติกรรมทางปกครอง ในขณะที่กฎหมายไทยยังไม่มี การแบ่งแยกระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการออกจากกันอย่างเด็ดขาดและชัดเจนดังเช่นในประเทศฝรั่งเศส ทำให้การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพไม่ว่าในลักษณะใด ต่างก็อยู่ภายใต้กระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอย่างเดียวกัน จึงอาจไม่เหมาะสมกับการใช้อำนาจในแต่ละประเภทที่มีความแตกต่างกันโดยสภาพ การศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ ตลอดจนประเด็นปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการของประเทศฝรั่งเศส ประกอบกับแนวคิดและหลักกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องดังกล่าว จะนำไปสู่ข้อพิจารณาและข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทยต่อไป

คำสำคัญ : สภาวิชาชีพ นิติกรรมทางปกครอง นิติกรรมทางตุลาการ

* ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (เกียรตินิยมชั้นสูงสุด) Doctorat en droit public (mention très honorable avec félicitations) มหาวิทยาลัยตูลุส 1 ประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด สำนักงานศาลปกครอง



บทนำ

“สภาวิชาชีพ” (ordre professionnel) เป็นองค์กรที่มีกฎหมายจัดตั้งโดยเฉพาะให้ทำหน้าที่ในการควบคุมการประกอบวิชาชีพในลักษณะปกครองตนเอง โดยมีผู้ประกอบวิชาชีพเป็นสมาชิก และมีคณะกรรมการของสภาวิชาชีพมาจากการเลือกตั้งของสมาชิกด้วยกันเอง เพื่อตรวจสอบมาตรฐานการประกอบวิชาชีพหรือจรรยาบรรณวิชาชีพโดยบุคคลในวิชาชีพเดียวกัน สภาวิชาชีพมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน แต่ต่างจากนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนทั่วไปตรงที่ได้รับมอบภารกิจจากรัฐให้จัดทำบริการสาธารณะในการควบคุมการประกอบวิชาชีพ¹ ด้วยเหตุนี้ สภาวิชาชีพจึงได้รับมอบอำนาจหลายประการจากรัฐเพื่อให้การควบคุมการประกอบวิชาชีพบรรลุผล

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพ เนื่องจากมีประเด็นทางกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ กล่าวคือ ในบรรดาอำนาจทั้งหลายของสภาวิชาชีพที่ได้รับมอบจากรัฐ เช่น การออกกฎระเบียบ การออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพที่ฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพ ประเทศฝรั่งเศสมีการจำแนกอำนาจเหล่านี้ออกเป็นสองประเภท ประเภทแรก คือ อำนาจทางปกครอง (pouvoir administratif) ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในการออกกฎ หรือคำสั่ง ซึ่งผลิตผลของการใช้อำนาจดังกล่าวถือเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” (acte administratif) และอีกประเภทหนึ่ง คือ อำนาจทางตุลาการ (pouvoir juridictionnel) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพ คำสั่งลงโทษทางจรรยาบรรณอันเป็นผลิตผลของการใช้อำนาจในลักษณะนี้เองถือเป็น “นิติกรรมทางตุลาการ” (acte juridictionnel) ซึ่งนิติกรรมแต่ละประเภทย่อมมีผลทางกฎหมายต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อยู่ภายใต้การตรวจสอบของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ด้วยกระบวนการพิจารณาที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ดี ในประเทศไทยถือว่าการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพไม่ว่าในการออกกฎระเบียบ การออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การรับรองปริญญา หลักสูตรของสถาบันการศึกษา การอนุมัติวุฒิบัตร ตลอดจนการลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพที่ฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพ ล้วนเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง อันถือเป็นนิติกรรมทางปกครองทั้งสิ้น นิติกรรมเหล่านี้จึงอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองด้วยกระบวนการพิจารณาอย่างเดียวกัน จากความแตกต่างดังกล่าว จึงเป็นที่มาของบทความนี้ที่มุ่งศึกษาว่าประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับนิติกรรมทางตุลาการอย่างไร และมีแนวทางในการจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการอย่างไร

เนื่องจากนิติกรรมทางปกครองเป็นสิ่งที่รู้จักกันดีอยู่แล้ว ในขณะที่นิติกรรมทางตุลาการยังไม่เป็นที่คุ้นเคยสักเท่าใดนักในประเทศไทย ในลำดับแรก จึงขอเสนอแนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับนิติกรรมทางตุลาการในประเทศฝรั่งเศส (ส่วนที่ 1) และในลำดับถัดไป จะได้ศึกษาถึงการจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพ ระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการโดยเฉพาะต่อไป (ส่วนที่ 2)

¹ สภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยสถานะทางกฎหมายของสภาวิชาชีพไว้ในคำพิพากษาคดี Magnier ลงวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1961 ว่าเป็น “นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ได้รับมอบภารกิจให้จัดทำบริการสาธารณะ” (personne morale de droit privé chargée d’une mission de service public) รายละเอียดโปรดดู ภัคเดช คมสัน, “สถานะทางกฎหมายของแพทยสภาฝรั่งเศส” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 17 ฉบับที่ 2 (เมษายน-มิถุนายน) 2560 : 75.

ส่วนที่ 1 แนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับนิติกรรมทางตุลาการในประเทศฝรั่งเศส

ในส่วนแรกนี้ จะเริ่มต้นจากการศึกษาว่านิติกรรมทางตุลาการของประเทศฝรั่งเศส มีแนวคิดและความเป็นมาอย่างไร (1.) และจะได้ศึกษาต่อไปถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเป็นนิติกรรมทางตุลาการ ตลอดจนความแตกต่างจากนิติกรรมทางปกครอง (2.)

1. แนวคิดเกี่ยวกับ “นิติกรรมทางตุลาการ” ในประเทศฝรั่งเศส

หากพิจารณาในแง่องค์กร นิติกรรมทางตุลาการย่อมหมายถึง ผลผลิตของการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายตุลาการ ซึ่งโดยหลักแล้วก็คือ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั่นเอง อย่างไรก็ตาม นิติกรรมทางตุลาการที่จะศึกษาในที่นี้เป็นนิติกรรมทางตุลาการที่เกิดขึ้นภายในองค์กรฝ่ายปกครอง หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นนิติกรรมที่เกิดจากองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งถือเป็นองค์กรตุลาการภายในฝ่ายปกครองเอง จึงอาจทำให้เกิดข้อสงสัยว่า ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจตุลาการได้อย่างไร เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation des pouvoirs) หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ การศึกษาเรื่องนิติกรรมทางตุลาการ จึงต้องเริ่มต้นจากการทำความเข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจ (1.1) และแนวทางการตีความและปรับใช้หลักดังกล่าวในประเทศฝรั่งเศส (1.2)

1.1 “นิติกรรมทางตุลาการ” กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

แนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจเริ่มปรากฏมาตั้งแต่ในสมัยกรีกแล้ว โดยได้มีการอธิบายขยายความเรื่อยมาโดยนักปรัชญาที่มีชื่อเสียงหลายท่าน แต่ที่ได้รับการกล่าวถึงจนเป็นที่ยอมรับมากที่สุด คือ แนวคิดของมงเตสกีเยอ (Montesquieu) ซึ่งได้อธิบายไว้ในหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (De l'esprit des lois) ในปี ค.ศ. 1744 มีใจความโดยสรุปว่า ในแต่ละรัฐมีอำนาจสามประการ ได้แก่ 1. อำนาจนิตินิติบัญญัติ คือ อำนาจเกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปในรัฐ 2. อำนาจบริหาร คือ อำนาจในการใช้หรือบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย และ 3. อำนาจตุลาการ คือ อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งในกรณีที่มีความขัดแย้งอันเกิดจากการปฏิบัติตามกฎหมายข้อบังคับ โดยมงเตสกีเยอเห็นว่า หากมีการรวมอำนาจนิตินิติบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ในบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันแล้ว เสรีภาพย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากบุคคลหรือองค์กรนั้นอาจออกกฎหมายตามอำเภอใจและใช้บังคับอย่างอำเภอใจ และเสรีภาพไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน หากได้มีการแยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจนิตินิติบัญญัติและอำนาจบริหาร หากตุลาการรวมอยู่กับฝ่ายนิตินิติบัญญัติ ก็จะทำให้อำนาจเหนือชีวิตและเสรีภาพของพลเมืองเป็นไปตามอำเภอใจ เพราะเหตุที่ตุลาการเป็นผู้ตรากฎหมายเสียเอง หากตุลาการเป็นพวกเดียวกับฝ่ายบริหาร ก็จะทำให้ตุลาการมีอำนาจแบบผู้กดขี่ และทุกอย่างย่อมสูญสิ้นไปหากบุคคลหรือองค์กรเดียวกันสามารถใช้อำนาจทั้งสามประการได้

ความเห็นของมงเตสกีเยอดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการจัดตั้งระบบการเมืองการปกครองในหลายประเทศ ซึ่งมีการตีความและนำไปปรับใช้แตกต่างกันไป เริ่มจากแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจแบบดั้งเดิมได้มีการตีความการแบ่งแยกอำนาจตามความเห็นของมงเตสกีเยอว่า อำนาจทั้งสามจะต้องไม่รวมอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียว แต่จะต้องแบ่งแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด (séparation rigide) โดยมีแต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจแยกต่างหากจากกัน กล่าวคือ รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจนิตินิติบัญญัติ รัฐบาลเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ โดยองค์กรผู้ใช้อำนาจแต่ละองค์กรดังกล่าวต้องไม่มีความสัมพันธ์ต่อกัน และต้องไม่ก้าวล่วงการใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่ง ความเข้าใจเช่นนี้นำไปสู่ระบบประธานาธิบดี ดังที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็น

ลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้จัดตั้งระบบการเมืองที่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาด โดยเฉพาะระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ดังจะเห็นได้ว่าประธานาธิบดีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมาจากการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรง ส่วนรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติก็มาจากการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรงด้วยเช่นกัน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่มีอำนาจในการอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร ในขณะที่ประธานาธิบดีก็ไม่มีอำนาจยุบสภา

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นว่าการตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวทางดังกล่าวไม่ถูกต้อง โดยเห็นว่า หากพิจารณาความมุ่งหมายของมงเตสกีเอตามี่ปรากฏในหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” แล้ว มงเตสกีเอไม่ได้ต้องการแบ่งแยกอำนาจอัติโดยออกเป็นสามอำนาจ โดยให้แต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจแยกต่างหากจากกัน หากแต่ต้องการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอัติโดยหรือเป็นการแบ่งแยกหน้าที่ให้องค์กรต่าง ๆ ใช้อำนาจอัติโดย เพื่อป้องกันไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจแต่เพียงองค์กรเดียว โดยยอมให้แต่ละองค์กรมีความสัมพันธ์ต่อกัน ทั้งในลักษณะพึ่งพาอาศัยหรือมีความรับผิดชอบต่อกัน อันจะทำให้เกิดการถ่วงดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน ซึ่งเป็นการแบ่งแยกอำนาจโดยไม่เด็ดขาด (*séparation souple*) ระบบการเมืองการปกครองดังกล่าว ก็คือ ระบบรัฐสภา ซึ่งมีประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบ ดังจะเห็นได้ว่ารัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมีที่มาจากรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ โดยรัฐบาลมีความรับผิดชอบต่อรัฐสภา รัฐสภาสามารถควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลด้วยการตั้งกระทู้ถาม การอภิปรายไม่ไว้วางใจ การถอดถอนออกจากตำแหน่ง ส่วนรัฐบาลสามารถถ่วงดุลรัฐสภาด้วยการยุบสภา

ในประเทศฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกัน เป็นที่เข้าใจกันดีว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจมิใช่เป็นแต่เพียงการแบ่งแยกอำนาจให้อำนาจหนึ่งให้แก่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้ใช้โดยเด็ดขาด หากแต่เป็นการกระจายอำนาจหน้าที่ทั้งสามไปยังองค์กรต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา รัฐบาล หรือศาล โดยมีให้มีการรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียว ด้วยเหตุนี้ จึงมีความเป็นไปได้ที่องค์กรหนึ่งองค์กรใดสามารถรวมใช้อำนาจที่เป็นของอีกองค์กรหนึ่งได้ เช่น ฝ่ายบริหารอาจเสนอกฎหมาย ออกกฎ หรือวินิจฉัยข้อพิพาท ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการก็อาจใช้อำนาจบริหารงานบุคคลที่อยู่ในสังกัด ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง

นอกจากนี้ ยังอาจกล่าวได้ว่าวิวัฒนาการของระบบการเมืองการปกครองของประเทศต่าง ๆ แม้ในประเทศที่ใช้ระบบประธานาธิบดีก็ตาม ไม่ได้มีลักษณะเป็นการแบ่งแยกอำนาจกันโดยเด็ดขาดอีกต่อไป แต่สามารถที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกันไม่ว่าในทางร่วมมือหรือตรวจสอบถ่วงดุลกันเพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐ ดังเช่นระบบการเมืองการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นต้นแบบของหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาด ก็ยังมีกลไกการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (*checks and balances*) เพื่อไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้อำนาจมากเกินไป ดังจะเห็นได้ว่าแม้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีอำนาจอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร แต่อาจใช้กระบวนการถอดถอน (*impeachment*)² เพื่อให้พ้นจากตำแหน่งได้ ในทำนองกลับกัน แม้ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจยุบสภา แต่ก็มีอำนาจในการใช้สิทธิยับยั้ง (*veto*)

² *impeachment* หมายถึง กระบวนการตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่สภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) กล่าวโทษเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารระดับสูงของรัฐบาลที่กระทำผิดหรือประพฤติมิชอบต่อวุฒิสภา (Senate) เพื่อถอดถอนออกจากตำแหน่ง โดยมีรัฐสภา (United States Congress) เป็นองค์กรที่ดำเนินการกระบวนการพิจารณาและตัดสินคดีแทนศาล กระบวนการถอดถอนเริ่มต้นจากการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยสภาผู้แทนราษฎร หากมีหลักฐานเพียงพอว่ากระทำความผิดก็จะส่งเรื่องให้วุฒิสภาไต่สวนและลงมติถอดถอนออกจากตำแหน่งในท้ายที่สุด

โดยการไม่ลงนามในกฎหมายที่เสนอโดยฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเห็นได้ว่าแม้ในระบบการเมืองที่ใช้การแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาด ยังจำเป็นที่จะต้องมีการเชื่อมโยงอำนาจระหว่างกันอยู่ดี การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดมาใช้ในการปกครองประเทศจึงแทบเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ

จากการทำความเข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารมิได้ถูกจำกัดให้ใช้แต่เพียงอำนาจในทางปกครองเท่านั้น แต่อาจมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอื่น อย่างเช่นอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทหรืออำนาจตุลาการได้เช่นกัน จึงไม่อาจถือได้ว่า “นิติกรรมทางตุลาการ” ในองค์กรฝ่ายปกครองขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่อย่างใด ซึ่งนอกจากจะไม่เป็นการขัดต่อหลักดังกล่าวแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยังเห็นว่ามีมีความจำเป็นเสียอีกที่ต้องมีองค์กรตุลาการภายในฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ เพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทภายในฝ่ายปกครอง เพื่อให้ศาลยุติธรรมก้าวผ่านการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง อันจะเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังจะอธิบายในหัวข้อถัดไป (1.2)

1.2 ความเป็นมาของ “นิติกรรมทางตุลาการ” ในประเทศฝรั่งเศส

เมื่อ “นิติกรรมทางตุลาการ” ในที่นี้ หมายถึง ผลผลิตของการใช้อำนาจทางตุลาการขององค์กรตุลาการภายในฝ่ายปกครอง การศึกษาถึงความเป็นมาของ “นิติกรรมทางตุลาการ” ที่จะกล่าวต่อไปนี้ก็คือ การศึกษาถึงความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรตุลาการภายในฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศสว่ามีเหตุผลและความจำเป็นอย่างไรนั่นเอง

แนวคิดในการจัดตั้งองค์กรตุลาการภายในฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศสเป็นผลมาจากการแปลความหลักการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเออในแนวทางเฉพาะของฝรั่งเศสเอง กล่าวคือ เมื่อมีการปฏิวัติเพื่อล้มเลิกระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในปี ค.ศ. 1789 และเปลี่ยนแปลงมาเป็นระบบสาธารณรัฐ สภาร่างรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในขณะนั้นได้แปลความแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเออว่า การใช้อำนาจตุลาการที่ต้องแบ่งแยกออกจากการใช้อำนาจบริหารหมายถึงแต่เฉพาะอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน อันได้แก่ คดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น การให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง อันเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง จึงไม่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเออแต่อย่างใด ในทางกลับกันหากยอมให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทภายในฝ่ายปกครอง จะทำให้อำนาจทางปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารตกอยู่ภายใต้อำนาจตุลาการ ซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งในอดีตที่ผ่านมาศาลยุติธรรมมักเข้าแทรกแซงการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการตรารัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 16 และลงวันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790³ และตามมาด้วยรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 16 fructidor an III (2 กันยายน 1795)⁴ ห้ามมิให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติงานใด ๆ

³ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16 และลงวันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ว่าด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire) หมวด 2 มาตรา 13 บัญญัติว่า การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมแตกต่างจากภารกิจของฝ่ายปกครองและแยกต่างหากจากภารกิจของฝ่ายปกครองเสมอ ผู้พิพากษามีอำนาจกระทำการใดอันเป็นการขัดขวางต่อการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง และการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐมิอาจถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลยุติธรรมได้ มิเช่นนั้นแล้ว จะถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

⁴ รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 16 fructidor an III (2 กันยายน 1795) (Décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795)) บัญญัติว่า ห้ามมิให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ว่าในกรณีใด



ของฝ่ายปกครองอีกต่อไป เพื่อมิให้ฝ่ายตุลาการก้าวำยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง อันเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ต่อมา ในปี ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoléon Bonaparte) ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1799 ซึ่งจัดตั้ง “สภาแห่งรัฐ” (Conseil d’Etat) โดยให้มีอำนาจหน้าที่ 2 ประการ คือ (1) ร่างกฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหาร และ (2) เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหาร ซึ่งในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารนี้เองที่สภาแห่งรัฐได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในระยะแรก สภาแห่งรัฐยังไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้เอง ได้แต่เพียงเสนอความเห็นให้หัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดเองตามที่เห็นสมควร⁵ นอกจากนี้ ยังได้มีการจัดตั้ง “สภาที่ปรึกษาผู้ว่าราชการจังหวัด” (conseil de préfecture) ขึ้นในแต่ละจังหวัด มีอำนาจหน้าที่ให้คำแนะนำแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในด้านการปกครอง และวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองบางประเภทที่ไม่มีข้อยุ่งยากได้เอง ส่วนข้อพิพาทอื่น ๆ ยังต้องให้รัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดตามเดิม ซึ่งคู่กรณีอาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาผู้ว่าราชการจังหวัดและของรัฐมนตรีต่อสภาแห่งรัฐได้

กรณีจึงเห็นได้ว่าในประเทศฝรั่งเศสมีการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองขึ้นภายในฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ ซึ่งมีลักษณะเป็นการแบ่งแยกระหว่างการใช้อำนาจทางปกครองกับอำนาจทางตุลาการภายในฝ่ายปกครองอีกชั้นหนึ่ง เพื่อให้มีการควบคุมกันเองภายในฝ่ายปกครองอันเป็นไปตามหลักความชำนาญเฉพาะด้าน แยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดพื้นฐานว่า การพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองถือเป็นการบริหารงานทางปกครองด้วย ผู้ที่จะวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองจึงต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการปกครองเป็นอย่างดี ส่วนศาลยุติธรรมควรเป็นองค์กรที่พิจารณาพิพากษาแต่เฉพาะคดีพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน เนื่องจากไม่ได้มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองอันเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ

หลังจากที่สภาแห่งรัฐได้จัดตั้งขึ้นเป็นเวลากว่า 70 ปี โดยได้วางหลักกฎหมายปกครอง ตลอดจนพัฒนาระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เหมาะสมและได้เสนอแนะคำวินิจฉัยแก่หัวหน้าฝ่ายบริหารจนเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้ว ในที่สุดจึงได้มีการตรารัฐบัญญัติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 มอบหมายให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้ด้วยตนเอง⁷ สภาแห่งรัฐจึงมีฐานะเป็นองค์กรตุลาการ หรือที่เรียกว่า “ศาลปกครอง” โดยสมบูรณ์แบบนับแต่นั้นมา ในระยะแรกสภาแห่งรัฐทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองได้เป็นการทั่วไป ส่วนสภาที่ปรึกษาผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองได้บางประเภทตามที่กฎหมายกำหนด จนกระทั่ง

⁵ ระบบนี้เรียกว่า “justice retenue” หมายถึง ระบบการพิจารณาคดีปกครองที่หัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองด้วยตนเองภายหลังจากที่สภาแห่งรัฐเสนอแนะคำวินิจฉัย ซึ่งในทางปฏิบัติหัวหน้าของฝ่ายบริหารมักจะวินิจฉัยชี้ขาดตามความเห็นของสภาแห่งรัฐ เนื่องจากเป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครอง และมีการนำระบบวิธีพิจารณาความแบบศาลมาใช้ (ระหว่างปี ค.ศ. 1799 ถึง ค.ศ. 1872)

⁶ ดังคำกล่าวที่ว่า “juger l’administration c’est encore administrer” อันเป็นแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสที่เห็นว่า “การวินิจฉัยคดีปกครองก็ยังถือเป็นเรื่องทางปกครอง” ศาลยุติธรรมจึงไม่ควรยุ่งเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องของฝ่ายปกครองที่จะต้องควบคุมตรวจสอบกันเอง

⁷ ระบบนี้เรียกว่า “justice déléguée” หมายถึง ระบบการพิจารณาคดีปกครองที่สภาแห่งรัฐมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องเสนอแนะคำวินิจฉัยให้หัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดอีกต่อไป (ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1872 ถึงปัจจุบัน)

ได้มีการตรารัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1953 บัญญัติให้สภาที่ปรึกษาผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งเปลี่ยนชื่อเป็น “tribunal administratif” หรือ “ศาลปกครองชั้นต้น” ทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้น พิจารณาพิพากษาคดีปกครองได้เป็นการทั่วไป ส่วนสภาแห่งรัฐทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุด พิจารณาพิพากษาอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น รวมทั้งพิจารณาพิพากษาคดีสำคัญบางประเภทและคดีอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองที่มีอำนาจเป็นการทั่วไป (jurisdiction de droit commun) อย่างสภาแห่งรัฐและศาลปกครองชั้นต้นแล้ว ยังมีการจัดตั้งองค์กรภายในฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเฉพาะด้าน ซึ่งอาจจัดตั้งในรูปแบบศาลหรือคณะกรรมการ เช่น ศาลบัญชี (Cour des comptes) ศาลวินัยงบประมาณและการคลัง (Cour de discipline budgétaire et financière) คณะกรรมการตุลาการในกรณีที่พิจารณาวินิจฉัยความรับผิดทางวินัยของผู้พิพากษา ศาลยุติธรรม (Conseil supérieur de la magistrature) คณะกรรมการของสภาวิชาชีพต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยความรับผิดทางจรรยาบรรณวิชาชีพหรือทางวินัย (juridictions ordinaires) คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดทางวินัยของสภามหาวิทยาลัย (sections disciplinaires des conseils d’université) ตลอดจนองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเฉพาะด้านในทางเศรษฐกิจและสังคม เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการช่วยเหลือทางสังคมแห่งชาติ (Conseil supérieur de l’aide sociale) คณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยค่าเสียหายในกรณีต่าง ๆ องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททั้งหลายเหล่านี้ล้วนถือเป็นองค์กรตุลาการภายในฝ่ายปกครอง โดยอาจเรียกว่า “ศาลปกครองชำนาญพิเศษ” (jurisdiction administrative spéciale) ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง ด้วยเหตุนี้ คำวินิจฉัยขององค์กรประเภทนี้จึงถือเป็น “นิติกรรมทางตุลาการ” ซึ่งมีสถานะเทียบเท่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นหรือชั้นอุทธรณ์ แล้วแต่กรณี โดยกฎหมายกำหนดให้สามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้ทันที

หากกล่าวโดยเฉพาะถึงสภาวิชาชีพที่มุ่งศึกษานั้น การจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางจรรยาบรรณวิชาชีพภายในสภาวิชาชีพเอง ก็เนื่องมาจากการวินิจฉัยคดีด้านจรรยาบรรณวิชาชีพต้องอาศัยความเชี่ยวชาญทางเทคนิคหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านจากผู้ประกอบวิชาชีพโดยเฉพาะ ตุลาการหรือบุคลากรที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพโดยตรงย่อมไม่มีความรู้ความสามารถและประสบการณ์เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพที่ถูกกล่าวหาเป็นการฝ่าฝืนจรรยาบรรณหรือไม่ ตลอดจนการต้องวินิจฉัยในท้ายที่สุดว่า ผู้นั้นสมควรได้รับโทษทางจรรยาบรรณหรือไม่ เพียงใด ปัญหาเหล่านี้จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเองโดยเฉพาะ นอกจากนี้ ยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้แทนของผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกันเอง ซึ่งอยู่ในฐานะที่จะเข้าใจปัญหาได้ดีที่สุดมีส่วนร่วมในการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพ อันจะทำให้สามารถยอมรับผลการวินิจฉัยได้

ดังที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ จึงเป็นที่มาของการจัดตั้งองค์กรตุลาการภายในฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งคำวินิจฉัยอันเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์กรประเภทนี้ก็คือ “นิติกรรมทางตุลาการ” นั่นเอง และเมื่อเข้าใจแนวคิดและความเป็นมาของนิติกรรมทางตุลาการในประเทศฝรั่งเศสแล้ว ในลำดับถัดไปจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นนิติกรรมทางตุลาการ อันจะทำให้สามารถจำแนกลักษณะการใช้อำนาจระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการได้ต่อไป (2.)



2. หลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็น “นิติกรรมทางตุลาการ”

สำหรับองค์การวินิจฉัยคดีปกครองที่มีอำนาจเป็นการทั่วไปอย่างสภาแห่งรัฐและศาลปกครองชั้นต้น รวมทั้งองค์การวินิจฉัยคดีปกครองที่มีกฎหมายระบุสถานะชัดเจนว่าเป็น “ศาล” ดังเช่น ศาลบัญชี ศาลวินัยงบประมาณและการคลัง นั้น คำวินิจฉัยขององค์การเหล่านี้ย่อมพิจารณาได้ไม่ยาก และชัดเจนอยู่ในตัวว่าเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์กรตุลาการ หรือ “นิติกรรมทางตุลาการ” กรณีจึงไม่เป็นประเด็นปัญหาแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐบาลฝรั่งเศสจำเป็นต้องเข้ามาฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจและสังคม โดยเข้ามาควบคุมดูแลกิจการต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น จึงมีการจัดตั้งองค์กรในรูปแบบของคณะกรรมการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยองค์กรหรือคณะกรรมการเหล่านี้ บางคณะก็มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหรือคำแนะนำแก่ฝ่ายปกครอง บางคณะก็มีหน้าที่ทางปกครอง เช่น การพิจารณาอนุญาต บางคณะก็มีหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง ทั้งยังปรากฏว่าในองค์กรเดียวกันอาจมีการทำหน้าที่หลายอย่าง ทั้งหน้าที่ทางปกครองและหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาท ดังเช่น สภาวิชาชีพ จึงทำให้เกิดปัญหาต้องพิจารณาว่ากรณีใดจะถือเป็นการกระทำในฐานะองค์กรฝ่ายปกครอง อันจะถือเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” และกรณีใดจะถือว่าเป็นการกระทำในฐานะองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท หรือองค์กรฝ่ายตุลาการ อันจะถือเป็น “นิติกรรมทางตุลาการ” ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากมีผลในทางกฎหมายต่างกัน กล่าวคือ นิติกรรมแต่ละประเภทมีรูปแบบและวิธีการในการออกนิติกรรม ผลของนิติกรรม ตลอดจนกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่แตกต่างกัน

ดังนั้น จึงต้องเริ่มต้นจากการศึกษาว่านิติกรรมแต่ละประเภทมีลักษณะเช่นไร และมีความแตกต่างกันอย่างไร เพื่อจะได้จำแนกลักษณะการใช้อำนาจขององค์กรได้ถูกต้องตรงตามประเภทของนิติกรรมนั้น ๆ

สำหรับนิติกรรมทางปกครอง⁸ เป็นที่ทราบกันดีว่าโดยหลักแล้วหมายถึง การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล และเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวโดยที่บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม นิติกรรมทางปกครองสามารถจำแนกออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ กฎ ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

จากคำอธิบายข้างต้น ทำให้สามารถจำแนกนิติกรรมทางปกครองออกได้จากปฏิบัติการทางปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำทางกายภาพ ไม่ได้มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย แต่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย เช่น การกระทำละเมิดของฝ่ายปกครอง หรืออาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง หรือการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง และทำให้จำแนกนิติกรรมทางปกครองออกได้จากสัญญาของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องนิติกรรมสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม คำอธิบายดังกล่าวไม่สามารถจำแนกความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการได้ชัดเจน เนื่องจากทั้งนิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการในที่นี้ต่างก็เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นภายในองค์กรฝ่ายปกครองที่มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพ

⁸ ในประเทศฝรั่งเศส “นิติกรรมทางปกครอง” (acte administratif) หมายถึง นิติกรรมฝ่ายเดียวเสมอ (acte unilatéral) ไม่รวมถึงนิติกรรมสองฝ่ายที่ฝ่ายปกครองทำกับบุคคลอื่น ซึ่งอาจเป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administratif) หรือสัญญาทางแพ่งทั่วไป

ของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล และเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวโดยที่บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม เช่นเดียวกัน⁹

ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ในการจำแนกความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทั้งสองประเภท ซึ่งนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนหลายท่านได้พยายามเสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณา นิติกรรมทางตุลาการ แต่ก็ยังมีความเห็นแตกต่างกันไป โดยแบ่งออกได้เป็นสองแนวคิด กลุ่มหนึ่งเห็นว่า ต้องพิจารณาจากเนื้อหาสาระ (2.1) อีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่าต้องพิจารณาจากรูปแบบ (2.2)

2.1 หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา (critère matériel)

นักวิชาการกลุ่มนี้เห็นว่า ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นนิติกรรมทางตุลาการหรือไม่ จะต้องใช้เนื้อหาสาระของการกระทำนั้นเป็นเกณฑ์ โดยมีการเสนอแนวทางต่าง ๆ ในการพิจารณาดังนี้

1) เกณฑ์เนื้อหา (critère de l'objet)

เกณฑ์นี้มุ่งเน้นการพิจารณาในเนื้อหาของการกระทำ โดยเห็นว่านิติกรรมทางตุลาการมีเนื้อหาเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย ซึ่งนักวิชาการในกลุ่มนี้อธิบายเนื้อหาของนิติกรรมทางตุลาการแตกต่างกันไปบ้าง ดังนี้

นักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นว่า เนื้อหาสาระของนิติกรรมทางตุลาการ คือ การวินิจฉัยถึงสิทธิของบุคคลตามที่กฎหมายรับรอง เช่น Cormenin อธิบายว่า¹⁰ การวินิจฉัยข้อพิพาทจะเกิดขึ้นต่อเมื่อต้องมีการตัดสินว่าบุคคลมีสิทธิตามที่กฎหมายรับรองหรือไม่ ไม่ว่าการตัดสินนั้นจะกระทำโดยศาลหรือฝ่ายปกครองก็ตาม และคำตัดสินดังกล่าวย่อมมีผลเป็นคำพิพากษาอยู่ในตัว ในทางกลับกัน แม้เป็นการกระทำขององค์กรเดียวกัน แต่หากไม่ได้เป็นการตัดสินเกี่ยวกับสิทธิของบุคคล การกระทำนั้นย่อมไม่ใช่นิติกรรมทางตุลาการ

นักวิชาการอีกจำนวนหนึ่งมีความเห็นเพิ่มเติมว่า นอกจากนิติกรรมทางตุลาการจะต้องมีการวินิจฉัยถึงสิทธิของบุคคลตามที่กฎหมายรับรองแล้ว จะต้องปรากฏว่ามีการโต้แย้งสิทธิกันมาก่อนด้วย ดังที่ Aucoc ได้อธิบายว่า¹¹ นิติกรรมทางตุลาการที่เกิดขึ้นภายในองค์กรฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งข้อพิพาทจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการโต้แย้งสิทธิระหว่างคู่กรณีสองฝ่าย และสอดคล้องกับความเห็นของ Artur ที่เห็นว่า¹² การวินิจฉัยข้อพิพาทจะเกิดขึ้นต่อเมื่อสิทธิของบุคคลถูกกระทบกระเทือนหรือถูกละเมิดและจำต้องได้รับการเยียวยาแก้ไข

⁹ นักวิชาการทางกฎหมายมหาชนบางท่านเห็นว่า ไม่มีข้อแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับคำวินิจฉัยข้อพิพาท (นิติกรรมทางตุลาการ) เนื่องจากนิติกรรมทั้งสองประเภทต่างก็เป็นการบังคับใช้กฎหมาย เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนรุ่นต่อมา ซึ่งเห็นว่าคำวินิจฉัยข้อพิพาทมีลักษณะเฉพาะที่แยกได้จากนิติกรรมทางปกครอง

¹⁰ Cormenin, *Question de droit administratif*, 1^{re} éd., 1822, t.1, p. 58; t.2, p. 376 อ้างถึงใน Pierre Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1946, p. 15.

¹¹ Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1^{re} éd., 1869, t.1, p. 459.

¹² Artur, « Séparation des pouvoirs et separation des fonctions », *R.D.P.* 1900, p. 226, 237.

2) เกณฑ์วัตถุประสงค์ (critère du but)

เกณฑ์นี้มุ่งแสดงให้เห็นว่าวัตถุประสงค์ในการออกนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการมีความแตกต่างกัน โดยอธิบายว่านิติกรรมทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ส่วนนิติกรรมทางตุลาการมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองกฎหมายโดยการบังคับใช้แก่คู่กรณี

นักวิชาการในกลุ่มนี้ เช่น Otto เห็นว่า¹³ องค์การวินิจฉัยข้อพิพาทหรือศาลดำเนินการเพื่อรักษาไว้ซึ่งกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ในขณะที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผล ในทำนองเดียวกัน Jellinek อธิบายว่า¹⁴ การใช้อำนาจขององค์การวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั่นเอง และ Laband อธิบายเพิ่มเติมว่า¹⁵ ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการออกนิติกรรมทางปกครองโดยเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้ภารกิจของรัฐบรรลุผล ในขณะที่ยกองค์การวินิจฉัยข้อพิพาทกระทำได้แต่เพียงมีคำวินิจฉัยโดยปรับใช้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ Artur มีข้อสังเกตเช่นเดียวกันว่า¹⁶ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีความยืดหยุ่นกว่าการใช้อำนาจขององค์การวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งมีหน้าที่ต้องปรับใช้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายอย่างเคร่งครัด ในขณะที่ฝ่ายปกครองมีอิสระในการพิจารณาดำเนินการ ตลอดจนการเลือกใช้วิธีดำเนินการตามความจำเป็นและความเหมาะสมแก่กรณี

3) เกณฑ์โครงสร้าง (critère de la structure)

เกณฑ์นี้มุ่งอธิบายโครงสร้างของนิติกรรมทางตุลาการว่ามียุทธศาสตร์ประกอบอย่างไร โดย Duguit เจ้าของแนวคิดนี้เห็นว่า¹⁷ นิติกรรมทางตุลาการต้องมียุทธศาสตร์ประกอบต่าง ๆ ดังนี้

- ประการแรก นิติกรรมทางตุลาการต้องเริ่มต้นจากการมีปัญหาทางกฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ (prétention) ซึ่ง Duguit เห็นว่าปัญหาทางกฎหมายในที่นี้ ก็คือการกล่าวอ้างว่ามีการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั่นเอง

- ประการต่อมา นิติกรรมทางตุลาการต้องมีการให้ทางออกสำหรับปัญหาทางกฎหมาย (solution) โดย Duguit อธิบายว่า การให้ทางออกสำหรับปัญหาทางกฎหมายนั้นจะต้องมีการพิจารณาว่ามีการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ ซึ่งการฝ่าฝืนอาจเกิดขึ้นได้ทั้งจากการกระทำทางกายภาพ นิติกรรม หรือการงดเว้นการกระทำ

- ประการสุดท้าย นิติกรรมทางตุลาการต้องมีคำตัดสิน (décision) ซึ่งมาจากการให้ทางออกสำหรับปัญหาทางกฎหมายนั้น โดยต้องมีลักษณะเด็ดขาด หากไม่มีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไปย่อมเป็นที่สุด และไม่สามารถนำปัญหาเดียวกันมาฟ้องร้องกันได้อีก

¹³ Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, éd. française, t. I, 1903, p. 6.

¹⁴ Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, éd. française, t. II, 1904, p. 317.

¹⁵ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie Générale de l'Etat*, Tome 1, Centre national de la Recherche Scientifique, 1969, p. 758.

¹⁶ *Ibid.* p. 759-760.

¹⁷ Marcel Waline, *Précis de Droit administratif*, Montchrestien, 1969, p. 151.

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา Duguit เห็นว่า¹⁸ องค์ประกอบสองประการหลังเท่านั้นเป็นองค์ประกอบที่แท้จริง เนื่องจากเป็นองค์ประกอบที่มีความสัมพันธ์กันและไม่สามารถแยกออกจากกันได้ กล่าวคือ คำตัดสินจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการพิจารณาหาทางออก ในขณะที่การให้ทางออกสำหรับปัญหาทางกฎหมายจะไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด หากไม่มีคำตัดสินที่มีผลทางกฎหมาย ส่วนการมีปัญหาทางกฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นก่อนนิติกรรมทางตุลาการ จึงยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่แท้จริงของนิติกรรมทางตุลาการ

แม้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาจะช่วยให้สามารถจำแนกความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการได้ในระดับหนึ่ง แต่ยังมีข้อโต้แย้งว่าเกณฑ์ทั้งสามประการดังกล่าวไม่สามารถบ่งชี้ถึงการเป็นนิติกรรมทางตุลาการได้เสมอไป เนื่องจากการโต้แย้งสิทธิอาจเกิดขึ้นในชั้นฝ่ายปกครองได้เช่นกัน ทั้งนิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการต่างก็มีวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ ประกอบกับการออกนิติกรรมทางปกครองก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีลักษณะเป็นการปรับใช้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายและมีคำตัดสินเช่นเดียวกันกับนิติกรรมทางตุลาการ ด้วยเหตุนี้ นักวิชาการอีกกลุ่มหนึ่งจึงเสนอว่าต้องใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบในการจำแนกความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทั้งสองประเภท (2.2)

2.2 หลักเกณฑ์ทางรูปแบบ (critère formel)

การใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบเพื่อจำแนกความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการมีที่มาจากความเห็นที่ว่า เนื้อหาสาระของนิติกรรมทางปกครองโดยเฉพาะที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ไม่ได้มีความแตกต่างจากนิติกรรมทางตุลาการอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากนิติกรรมทั้งสองประเภทต่างก็มีลักษณะเป็นการนำกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเช่นเดียวกัน Carré de Malberg นักวิชาการที่สนับสนุนแนวคิดนี้เห็นว่า¹⁹ ความแตกต่างที่แท้จริงระหว่างนิติกรรมทั้งสองประเภทนี้ก็คือ นิติกรรมทางตุลาการเกิดจากการใช้อำนาจขององค์กรในรูปแบบศาลซึ่งมีความเป็นอิสระ และมีวิธีพิจารณาความที่สามารถประกันความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณีได้อย่างวิธีพิจารณาคดีของศาล ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองไม่ได้เกิดจากองค์กรที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาความในลักษณะดังกล่าว

นักวิชาการในกลุ่มนี้ได้เสนอเกณฑ์ต่าง ๆ ที่อาจใช้เป็นข้อบ่งชี้ถึงการเป็นนิติกรรมทางตุลาการไว้ ดังนี้

1) เกณฑ์องค์กร (critère organique)

ตามเกณฑ์นี้หากองค์กรใดเป็นศาล การกระทำขององค์กรนั้นย่อมเป็นนิติกรรมทางตุลาการอย่างไม่ต้องสงสัย นอกจากนี้ สำหรับองค์กรที่ไม่ได้มีการระบุสถานะชัดเจนว่าเป็น “ศาล” แต่หากเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทในรูปแบบอื่น เช่น คณะกรรมการ ซึ่งมีความเป็นอิสระในตนเองเดียวกันกับศาล การกระทำขององค์กรดังกล่าวย่อมเป็นนิติกรรมทางตุลาการด้วยเช่นกัน ส่วนองค์กรฝ่ายปกครองทั่วไปที่ไม่ใช่องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท การกระทำขององค์กรเหล่านี้ไม่อาจเป็นนิติกรรมทางตุลาการ แต่อาจเป็นนิติกรรมทางปกครองได้หากเข้าหลักเกณฑ์ของการเป็นนิติกรรมทางปกครอง

¹⁸ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. II, 1928, p. 445 อ้างถึงใน Pierre Lampué, *op.cit.*, p. 31-32.

¹⁹ Carré de Malberg, *op.cit.*, p. 767-768.



นักวิชาการในกลุ่มนี้ เช่น Kelsen อธิบายว่า²⁰ การใช้อำนาจขององค์กรวินิจัยข้อพิพาทไม่อยู่ภายใต้การสั่งการจากบุคคลใด จึงมีความเป็นอิสระ ในขณะที่การใช้อำนาจทางปกครองต้องอยู่ภายใต้ระบบบังคับบัญชา จึงเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้องค์กรวินิจัยข้อพิพาทแตกต่างจากองค์กรฝ่ายปกครองทั่วไป และยอมทำให้นิติกรรมทางตุลาการแตกต่างจากนิติกรรมทางปกครอง นอกจากนี้ Merkl มีความเห็นเช่นเดียวกันว่า²¹ องค์กรวินิจัยข้อพิพาทมีการจัดโครงสร้างองค์กรที่เป็นอิสระจากระบบบังคับบัญชา ซึ่งเป็นหลักประกันความยุติธรรมและความเป็นกลางให้แก่คู่กรณี ดังนั้น องค์กรที่ก่อให้เกิดนิติกรรมซึ่งมีความแตกต่างกันจึงใช้เป็นเกณฑ์ในการจำแนกนิติกรรมทั้งสองประเภทนี้ได้

2) เกณฑ์วิธีพิจารณาความ (critère de la procédure)

เกณฑ์นี้เป็นเกณฑ์ที่สอดคล้องกับเกณฑ์องค์กร และทำให้หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบมีน้ำหนักมากยิ่งขึ้น โดยเห็นว่านอกจากศาลหรือองค์กรวินิจัยข้อพิพาทจะมีความเป็นอิสระแล้วยังมีวิธีพิจารณาความโดยเฉพาะเพื่อประกันความยุติธรรมแก่คู่กรณี ด้วยเหตุนี้ กระบวนการในการออกนิติกรรมทางตุลาการจึงแตกต่างจากกระบวนการในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งไม่มีวิธีพิจารณาในลักษณะดังกล่าว จึงทำให้นิติกรรมแต่ละประเภทมีความแตกต่างกัน

วิธีพิจารณาความของศาลหรือองค์กรวินิจัยข้อพิพาท เช่น การเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ทราบข้ออ้างข้อเถียง ตลอดจนพยานหลักฐานต่าง ๆ ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน อันเป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่าย (principe du contradictoire) การต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย การไม่วินิจฉัยเกินคำขอของคู่กรณี ฯลฯ ดังนั้น สำหรับองค์กรที่ไม่ได้มีการระบุสถานะชัดเจนว่าเป็น “ศาล” แต่หากมีวิธีพิจารณาความในลักษณะดังกล่าวทำนองเดียวกันกับศาลแล้ว องค์กรนั้นย่อมถือเป็นองค์กรวินิจัยข้อพิพาท และการกระทำขององค์กรดังกล่าวย่อมเป็นนิติกรรมทางตุลาการ

3) เกณฑ์คุณสมบัติของนิติกรรม (critère de la qualité de l'acte)

เกณฑ์นี้มุ่งอธิบายว่านิติกรรมทางตุลาการมีคุณสมบัติเฉพาะตัวที่ต่างจากนิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมประเภทอื่น โดย Jèze ซึ่งเป็นเจ้าของแนวคิดนี้เห็นว่า²² นิติกรรมทางตุลาการมีลักษณะเด็ดขาดและมีผลบังคับผูกพัน (autorité de la chose jugée) ซึ่งหมายความว่า หากไม่มีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไปหรือเมื่อมีการอุทธรณ์ฎีกาแล้ว คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลหรือองค์กรวินิจัยข้อพิพาทย่อมเป็นที่สุด มีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องเคารพและปฏิบัติตาม โดยจะมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยชี้ขาด และคู่กรณีไม่สามารถนำปัญหาในเรื่องเดียวกันนี้มาฟ้องร้องกันได้อีก

Merkel ยังได้ตั้งข้อสังเกตว่า²³ แม้นิติกรรมประเภทอื่น เช่น กฎ คำสั่ง จะมีความเด็ดขาดและมีผลบังคับเช่นกัน แต่ยังไม่อาจเทียบได้กับคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลหรือองค์กรวินิจัยข้อพิพาท เนื่องจากนิติกรรมประเภทอื่นยังอาจถูกยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ในขณะที่คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ถึงที่สุดโดยหลักแล้วจะไม่สามารถยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อีก ลักษณะดังกล่าวนี้เอง

²⁰ Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, traduction Eisenmann, R.D.P., 1926, p. 611.

²¹ Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, p. 36 อ้างถึงใน Pierre Lampué, *op.cit.*, p. 44.

²² Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., t. I, 1925, p. 48 cité dans Pierre Lampué, *op.cit.*, p. 49.

²³ Merkl, *op.cit.*, p. 201 et suiv. cité dans Pierre Lampué, *op.cit.*, p. 51.

ถือเป็นคุณสมบัติเฉพาะของนิติกรรมทางตุลาการที่สามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการจำแนกนิติกรรมทางตุลาการออกจากนิติกรรมประเภทอื่นได้

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบก็มีข้อโต้แย้งเช่นกันว่าไม่สามารถบ่งชี้ถึงการเป็นนิติกรรมทางตุลาการได้เสมอไป ดังจะเห็นว่าองค์กรที่มีความเป็นอิสระซึ่งไม่อยู่ภายใต้ระบบบังคับบัญชาที่มีองค์กรวินิจัยข้อพิพาททั้งหมด เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และนิติกรรมขององค์กรเหล่านี้ก็ไม่ใช่นิติกรรมทางตุลาการ ในทางตรงกันข้าม ศาลหรือองค์กรวินิจัยข้อพิพาทก็อาจมีการกระทำอื่นที่ไม่ใช่นิติกรรมทางตุลาการได้เช่นกัน ดังเช่นสภาแห่งรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการร่างกฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหารด้วย อีกทั้งกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองก็มีการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีในบางกรณี เช่น มีการยึดหลักฟังความทุกฝ่าย มีบทบังคับให้ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ ยังมีความเห็นว่าการใช้วิธีพิจารณาและคุณสมบัติของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาอาจเป็นการผิดตรรกะเนื่องจากการมีวิธีพิจารณาความอย่างศาล และการมีคุณสมบัติเด็ดขาดและมีผลบังคับผูกพันนั้น เป็นผลจากการเป็นนิติกรรมทางตุลาการ มิใช่ข้อบ่งชี้แต่อย่างใด

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ทั้งทางเนื้อหาและรูปแบบ ย่อมเห็นได้ว่าแต่ละหลักเกณฑ์ต่างมีส่วนช่วยในการจำแนกความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางตุลาการกับนิติกรรมทางปกครอง แต่ยังคงมีข้อโต้แย้งและไม่สมบูรณ์ในตัวเอง ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงมีการใช้ทั้งสองหลักเกณฑ์ประกอบกัน โดยในลำดับต่อไปจะนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการวิเคราะห์และจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพ (ส่วนที่ 2)

ส่วนที่ 2 การจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการ

เนื่องด้วยสภาวิชาชีพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ได้รับมอบภารกิจจากรัฐให้จัดทำบริการสาธารณะ การกระทำของสภาวิชาชีพจึงมีได้หลากหลายทั้งที่เป็นการกระทำของเอกชนทั่วไป เช่น การทำสัญญาจ้าง การดำเนินการต่าง ๆ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตที่จะศึกษา และการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจรัฐ เนื่องจากสภาวิชาชีพได้รับมอบภารกิจจากรัฐให้ควบคุมการประกอบวิชาชีพ จึงต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐเพื่อให้การควบคุมการประกอบวิชาชีพบรรลุผล ซึ่งในส่วนนี้อาจจำแนกการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพออกได้เป็น 3 กลุ่มหลัก ดังนี้

- กลุ่มแรก การออกกฎระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับกับสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ อันเป็นการใช้อำนาจเกี่ยวกับการวางหลักปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพ

- กลุ่มที่สอง การมีคำสั่งรับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนเป็นสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ อนุมัติหรือไม่อนุมัติใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การรับรองหรือไม่รับรองปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ ฯลฯ อันเป็นการใช้อำนาจเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าสู่วิชาชีพและมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ

- กลุ่มที่สาม การมีคำวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพ เช่น ตักเตือน พักใช้ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพชั่วคราว เพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ หรือยกข้อกล่าวหา อันเป็นการใช้อำนาจเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบวิชาชีพเมื่อเข้าสู่วิชาชีพแล้ว

ในการวิเคราะห์ลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพทั้งสามกลุ่มว่าเป็นนิติกรรมประเภทใดนั้น สำหรับกลุ่มแรก อาจพิจารณาได้ไม่ยากกว่าการใช้อำนาจในการออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากการกระทำที่มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายฝ่ายเดียวซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภท “กฎ” อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม สำหรับการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในกลุ่มที่สองและกลุ่มที่สามนั้น ต่างก็เป็นการกระทำที่มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายฝ่ายเดียวซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล และมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ การใช้อำนาจทั้งสองกลุ่มดังกล่าวจึงมีความใกล้เคียงกันมาก ทำให้ต้องนำหลักเกณฑ์การจำแนกความแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการมาใช้ในการพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็นคำสั่งทางปกครอง นิติกรรมใดเป็นคำวินิจฉัยข้อพิพาทอันเป็นนิติกรรมทางตุลาการ

ในลำดับแรก จะเริ่มต้นจากการศึกษาแนวทางของประเทศฝรั่งเศสในการปรับใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการ (1.) และจะได้นำแนวทางดังกล่าวมาวิเคราะห์และจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทยต่อไป (2.)

1. การจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศฝรั่งเศส

ในหัวข้อนี้ จะศึกษาว่าประเทศฝรั่งเศสมีแนวทางในการจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการอย่างไร (1.1) และการจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพออกเป็นนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการนั้น มีผลทางกฎหมายแตกต่างกันอย่างไร (1.2)

1.1 แนวทางการจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศฝรั่งเศส : นิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการ

ในการวินิจฉัยว่านิติกรรมใดเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือนิติกรรมทางตุลาการนั้น ในทางปฏิบัติสภาแห่งรัฐจะเริ่มต้นจากการพิจารณาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนว่าประสงค์จะให้องค์กรนั้นเป็นศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ประสงค์จะให้นิติกรรมที่ออกโดยองค์กรนั้นเป็นคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยข้อพิพาทหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายระบุให้องค์กรนั้นเป็นศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท หรือระบุให้นิติกรรมที่ออกโดยองค์กรใดเป็นคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยข้อพิพาท องค์กรนั้นย่อมมีสถานะเป็นศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท และนิติกรรมที่ออกโดยองค์กรนั้นย่อมมีสถานะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ²⁴ แต่หากไม่มีบทบัญญัติในลักษณะ

²⁴ เช่น คณะกรรมการพิจารณาความรับผิดชอบทางวินัยของสภามหาวิทยาลัย (sections disciplinaires des conseils d'université) มีกฎหมายบัญญัติชัดเจนให้มีสถานะเป็น “ศาล” (juridiction) คณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยการกู้ยืมเงินของผู้อพยพกลับประเทศ (Commission de remise et d'aménagement des prêts aux rapatriés) มีกฎหมายบัญญัติให้นิติกรรมที่ออกโดยองค์กรดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษา

ทั้งนี้ การบัญญัติให้องค์กรใดเป็นศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทต้องเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ กฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) เท่านั้น หากฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนด ย่อมถือว่าเป็นการจัดตั้งองค์กรตุลาการโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่อาจถือว่าองค์กรนั้นเป็นศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท

ดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงจะนำหลักเกณฑ์ทางเนื้อหาและรูปแบบมาใช้ประกอบกัน เพื่อพิจารณาว่านิติกรรมนั้น ๆ เป็นนิติกรรมทางตุลาการหรือไม่

อย่างไรก็ดี ก่อนนำหลักเกณฑ์ทางเนื้อหาและรูปแบบมาปรับใช้ มีเงื่อนไขเบื้องต้นสองประการที่สภาแห่งรัฐใช้ในการตรวจสอบว่าเป็นนิติกรรมทางตุลาการหรือไม่ โดยพิจารณาจากองค์การผู้ออกนิติกรรม ดังนี้

- ประการแรก องค์การนั้น ๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการตัดสินใจ (pouvoir de décision) หากมีแต่เพียงหน้าที่ในการให้ความเห็นหรือข้อเสนอแนะ แม้้องค์การนั้นจะมีความเป็นอิสระหรือมีวิธีพิจารณาความอย่างศาลก็ตาม ก็ไม่ถือว่าองค์การนั้นเป็นศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท และความเห็นหรือข้อเสนอแนะขององค์กรดังกล่าวย่อมไม่ใช่นิติกรรมทางตุลาการ

- ประการที่สอง องค์กรผู้ออกนิติกรรมต้องเป็นองค์กรกลุ่ม (autorité collégiale) ซึ่งหมายความว่าสภาแห่งรัฐไม่ยอมรับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคนใดคนหนึ่งใช้อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทแต่เพียงผู้เดียว แต่ต้องอยู่ในรูปขององค์กรคณะหรือคณะกรรมการเสมอ

หากไม่เข้าเงื่อนไขเบื้องต้นสองประการนี้ สภาแห่งรัฐย่อมวินิจฉัยได้โดยง่ายว่ามิใช่นิติกรรมทางตุลาการ โดยยังไม่จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์อื่น ๆ มาปรับใช้

สำหรับสภาวิชาชีพที่มุ่งศึกษานั้น มิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายระบุสถานะไว้ชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในฐานะองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท อันจะถือเป็นนิติกรรมทางตุลาการ หรือการกระทำใดเป็นการกระทำในฐานะฝ่ายปกครอง อันจะถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง อีกทั้งไม่ว่าจะเป็น การกระทำในฐานะใด สภาวิชาชีพก็มีอำนาจในการตัดสินใจออกนิติกรรมด้วยตนเอง และเป็นการกระทำโดยองค์กรกลุ่ม อันเป็นไปตามเงื่อนไขเบื้องต้นสองประการแล้ว ดังนั้น จึงต้องนำหลักเกณฑ์ทางเนื้อหาและรูปแบบมาใช้ในการจำแนก ซึ่งสภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาสำคัญที่วางหลักในเรื่องดังกล่าว สองคดีได้แก่ คำพิพากษาคดี Moineau ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1945 และคำพิพากษาคดี Bayo ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1953

สำหรับคดี Moineau สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า คณะกรรมการทางวินัยของคณะกรรมการแพทยสภาแห่งชาติ (Chambre de discipline du Conseil supérieur de l'Ordre national des médecins) มีสถานะเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท เนื่องจากมีสมาชิกสภาแห่งรัฐ (เทียบเท่าตุลาการศาลปกครองสูงสุด) ทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการ และยังมีวิธีพิจารณาความที่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบวิชาชีพที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพได้รับทราบและโต้แย้งข้อกล่าวหา จึงถือว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการทางวินัยดังกล่าวในการวินิจฉัยความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกรณีฝ่าฝืนจรรยาบรรณทางการแพทย์เป็นนิติกรรมทางตุลาการ

ส่วนคดี Bayo สภาแห่งรัฐวินิจฉัยกรณีการใช้อำนาจของสัตวแพทยสภา (Ordre des vétérinaires) ว่า อำนาจทางตุลาการหรืออำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทของสภาวิชาชีพจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับโทษทางวินัย เนื่องจากมีลักษณะเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยปรับใช้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ในขณะที่การใช้อำนาจอื่น ๆ เช่น การพิจารณารับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ แม้จะมีปัญหาทางกฎหมายให้ต้องพิจารณา แต่ยังไม่ถึงข้อพิพาทให้ต้องวินิจฉัย จึงไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำในฐานะองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทอันจะถือเป็นนิติกรรมทางตุลาการ



คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลเป็นการวางหลักการจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพอย่างชัดเจน ระหว่างอำนาจในการพิจารณารับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกับอำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับโทษทางวินัยกรณีฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพ โดยคำพิพากษาทั้งสองคดีวางหลักว่า การใช้อำนาจในการพิจารณารับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเป็นการใช้อำนาจในฐานะฝ่ายปกครอง อันมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ส่วนการใช้อำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับโทษทางวินัย กรณีฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพเป็นการใช้อำนาจในฐานะองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท อันมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ

อย่างไรก็ตาม แม้คำพิพากษาทั้งสองคดีมีผลคำวินิจฉัยที่ตรงกัน แต่หากพิเคราะห์คำวินิจฉัยแต่ละคดีแล้ว จะเห็นว่าการให้เหตุผลโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในคำพิพากษาคดี Moineau ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1945 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยโดยใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบ โดยเห็นว่าคณะกรรมการทางวินัยของคณะกรรมการแพทยสภาแห่งชาติมีรูปแบบองค์กรและวิธีพิจารณาความอย่างศาล การใช้อำนาจในการวินิจฉัยความผิดทางวินัยของผู้ประกอบวิชาชีพจึงเป็นนิติกรรมทางตุลาการ ส่วนในคำพิพากษาคดี Bayo ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1953 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยโดยใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา โดยมุ่งอธิบายว่าการวินิจฉัยเกี่ยวกับโทษทางวินัยมีเนื้อหาสาระเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทอันเกิดจากการโต้แย้งสิทธิระหว่างคู่กรณี และมีการนำข้อพิพาทนี้มาเสนอต่อคณะกรรมการทางวินัยเพื่อให้วินิจฉัยชี้ขาดโดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย จึงเป็นนิติกรรมทางตุลาการ ในขณะที่การใช้อำนาจพิจารณารับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ ไม่มีการโต้แย้งสิทธิระหว่างคู่กรณีที่จะทำให้เกิดข้อพิพาทให้ต้องวินิจฉัยแต่อย่างใด จึงไม่มีเนื้อหาสาระเป็นนิติกรรมทางตุลาการ แต่เป็นนิติกรรมทางปกครอง

จากคำพิพากษาคดี Bayo ที่วินิจฉัยในภายหลังนี้ แสดงให้เห็นว่าสภาแห่งรัฐให้ความสำคัญกับการใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาเป็นหลักในการพิจารณาแทนการใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบ ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงการนำผลของการเป็นนิติกรรมทางตุลาการมาเป็นเกณฑ์กำหนดการเป็นนิติกรรมทางตุลาการเสียเอง ซึ่งอาจทำให้เกิดความผิดพลาดได้ คำพิพากษาคดี Bayo นี้เองถือเป็นคำพิพากษาสำคัญที่วางหลักในเรื่องการจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพ ระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน โดยสภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยตามแนวทางดังกล่าวอีกหลายคดี เช่น

คำพิพากษาคดี Baray ลงวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1957 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าการที่คณะกรรมการพิจารณาออกบัตรประจำตัวผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน (Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels) พิจารณานุมัติคำขอออกบัตรประจำตัวผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจทางตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาท

คำพิพากษาคดี Gendre ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1961 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าการที่คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ด้านการวัดสายตาประกอบแว่น (Commission nationale d'appel d'optique-lunetterie) มีคำสั่งอนุญาตให้บุคคลใดสามารถประกอบกิจการวัดสายตาประกอบแว่นมิใช่เป็นนิติกรรมทางตุลาการ

คำพิพากษาคดี Coulibaly ลงวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ. 2009 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า คำสั่งของทันตแพทยสภา (Ordre des chirurgiens-dentistes) ที่ยกเลิกการอนุมัติคำขอขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรมเป็นนิติกรรมทางปกครอง มิใช่เป็นนิติกรรมทางตุลาการ คู่กรณีจึงอาจโต้แย้งคำสั่งดังกล่าว โดยนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตว่าการใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาเป็นหลักในการพิจารณาการเป็นนิติกรรมทางตุลาการยังสอดคล้องกับแนวทางที่ศาลฝรั่งเศสปรับใช้ข้อ 6-1 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) ซึ่งบัญญัติรับรองให้บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยภายในระยะเวลาอันสมควร โดยศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยกฎหมาย จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงมีผลเท่ากับว่าหากการกระทำใดของรัฐที่มีเนื้อหาสาระเป็นการพิจารณาคดีหรือวินิจฉัยข้อพิพาทแล้ว รัฐจะต้องจัดให้มีองค์กรในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง และมีวิธีพิจารณาคดีที่สามารถประกันความยุติธรรมให้แก่คู่กรณี จึงเป็นข้อสนับสนุนของการนำเนื้อหาสาระของนิติกรรมมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการเป็นนิติกรรมทางตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อกำหนดรูปแบบในการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาให้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของนิติกรรมต่อไป²⁵

อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่าสภาแห่งรัฐยุติการใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบในการพิจารณาการเป็นนิติกรรมทางตุลาการ แต่ยังคงนำมาเป็นเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อองค์กรเอกชนมีการกระทำที่เป็นการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่สภาแห่งรัฐไม่ยอมรับว่าองค์กรนั้นเป็นศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท เช่น คำพิพากษาคดี Hechter ลงวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1980 สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า สมาคมกีฬาทั้งหลาย (fédérations sportives) แม้มีการพิจารณาเกี่ยวกับโทษทางวินัย แต่ก็มีใช้องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่ง M. Degoffe อธิบายเพิ่มเติมว่า²⁶ สมาคมกีฬายังไม่มีการจัดองค์กรที่ได้มาตรฐานเพียงพอต่อการเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทอย่างกรณีของสภาวิชาชีพ ในกรณีนี้สภาแห่งรัฐจึงเลือกใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบมาวินิจฉัยว่าการพิจารณาเกี่ยวกับโทษทางวินัยของสมาคมกีฬาไม่เป็นนิติกรรมทางตุลาการ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า นับแต่คำพิพากษาคดี Bayo เป็นต้นมา สภาแห่งรัฐยังคงนำหลักเกณฑ์ทั้งทางเนื้อหาและรูปแบบมาใช้ประกอบกันเพื่อพิจารณาว่าเป็นนิติกรรมทางตุลาการหรือไม่ โดยมีแนวโน้มว่าจะใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาเป็นหลัก และใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบมาเสริมเพื่อประกอบการพิจารณา แต่สำหรับสภาวิชาชีพไม่ว่าจะใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาหรือรูปแบบ ต่างก็สามารถอธิบายได้อย่างชัดเจนและไม่ขัดแย้งกันว่า การใช้อำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับโทษทางวินัยกรณีฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ ส่วนการใช้อำนาจในการพิจารณารับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง

²⁵ กรณีจึงเป็นที่มาของการปฏิรูปการจัดโครงสร้างองค์กรของแพทยสภาฝรั่งเศส (l'Ordre des médecins) ในปี ค.ศ. 2002 โดยมีการจัดตั้งคณะกรรมการทางวินัยชั้นต้น (Chambre disciplinaire de première instance) แยกต่างหากจากคณะกรรมการแพทยสภา (Conseil régional de l'Ordre des médecins) เพื่อให้มีความเป็นอิสระและเป็นกลางในการใช้อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทกรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณทางการแพทย์

²⁶ M. Degoffe, *Juridictions administratives spécialisées, Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz 2003, n°33

การจำแนกลักษณะการใช้อำนาจออกเป็นนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการดังกล่าวยังมีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันดังจะกล่าวต่อไป (1.2)

1.2 ผลทางกฎหมายของการจำแนกลักษณะการใช้อำนาจระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการ

การจำแนกลักษณะการใช้อำนาจระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการมีความสำคัญอย่างยิ่งในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากการเป็นนิติกรรมแต่ละประเภทมีผลทางกฎหมายแตกต่างกัน ทั้งรูปแบบและวิธีการในการออกนิติกรรม ผลของนิติกรรม ตลอดจนกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

1) รูปแบบและวิธีการในการออกนิติกรรม

การออกนิติกรรมทางตุลาการมีกระบวนการที่ต้องดำเนินการตามรูปแบบและวิธีการของการพิจารณาคดีหรือการวินิจฉัยข้อพิพาทเสมอเพื่อประกันความยุติธรรมแก่คู่กรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การต้องปฏิบัติตามหลักฟังความทุกฝ่ายก่อนจะมีคำวินิจฉัย อันเป็นการประกันสิทธิในการต่อสู้คดีของบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยต้องให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีโอกาสได้ทราบข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ของอีกฝ่าย และมีโอกาสได้นำเสนอข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ของตน ตลอดจนนำพยานหลักฐานต่าง ๆ เข้าสืบเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ของตน นอกจากนี้ การทำคำวินิจฉัยต้องมีการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยโดยมีการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างชัดเจน กรณีจึงแตกต่างจากนิติกรรมทางปกครองที่จะต้องกระทำเฉพาะเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ เช่น ต้องมีการรับฟังคู่กรณีและให้เหตุผลประกอบคำสั่งทางปกครองเมื่อเป็นคำสั่งที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในทางมหาชน คำสั่งที่เป็นการลงโทษ คำสั่งที่เป็นการยกเลิกเพิกถอนสิทธิประโยชน์ เป็นต้น²⁷

2) ผลของนิติกรรม

นิติกรรมทางตุลาการซึ่งเป็นคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ ไม่ว่าศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทมีผลบังคับเด็ดขาดตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษา (res judicata) กล่าวคือ หากเป็นคำวินิจฉัยของศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทขั้นต้น และไม่มีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไปภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือหากมีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไปตามลำดับจนคดีถึงที่สุด โดยไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้แล้ว คำวินิจฉัยนั้นย่อมผูกพันคู่กรณีและบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ต้องเคารพและปฏิบัติตาม คู่กรณีเดียวกันไม่สามารถนำเรื่องเดียวกันมาฟ้องร้องกันได้อีก และศาลหรือองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทก็ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของตนได้

ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองนั้น แม้องค์กรฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งเกี่ยวกับเรื่องร้องเรียนไปแล้ว การร้องเรียนในเรื่องเดิมก็ยังสามารถกระทำได้อีก และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกนิติกรรมหรือผู้บังคับบัญชาอาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้ นิติกรรมทางปกครองจึงมิได้มีผลบังคับเด็ดขาดอย่างนิติกรรมทางตุลาการ

²⁷ ประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและฝ่ายปกครอง (Code des relations entre le public et l'administration) มาตรา L. 121-1 และมาตรา L. 211-2

3) กระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

กระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางตุลาการอยู่ภายใต้กระบวนการเฉพาะที่แตกต่างไปจากกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง กล่าวคือ สำหรับนิติกรรมทางปกครอง คู่กรณีที่ไม่พอใจสามารถโต้แย้งกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้โดยการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อศาลปกครอง ซึ่งอาจเป็นศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ หรือสภาแห่งรัฐ แล้วแต่กรณี (recours pour excès de pouvoir) โดยศาลอาจตรวจสอบได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย อันเป็นกระบวนการโต้แย้งกฎหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยทั่วไป

ส่วนนิติกรรมทางตุลาการ คู่กรณีที่ไม่พอใจอาจโต้แย้งคำวินิจฉัยข้อพิพาทต่อสภาแห่งรัฐได้ทันทีในฐานะองค์กรวินิจฉัยในขั้นที่สุด โดยสภาแห่งรัฐมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยข้อพิพาทเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น (recours en cassation)²⁸ ไม่อาจก้าวล่วงไปตรวจสอบปัญหาข้อเท็จจริง เพราะถือว่าเป็นที่ยุติแล้วในชั้นขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านอยู่แล้ว โดยถือว่าคำวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวมีสถานะเทียบเท่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นหรือชั้นอุทธรณ์ แล้วแต่กรณี²⁹

ดังนั้น ในกรณีของสภาวิชาชีพในประเทศฝรั่งเศส จึงมีผลเท่ากับว่าหากเป็นกฎระเบียบข้อบังคับของสภาวิชาชีพ หรือคำสั่งเกี่ยวกับการรับขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ หรือการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองย่อมอยู่ภายใต้กระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งคู่กรณีอาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย แต่หากเป็นคำวินิจฉัยเกี่ยวกับโทษทางวินัยกรณีฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพ เช่น ตักเตือน พักการประกอบวิชาชีพ ลบชื่อออกจากทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นนิติกรรมทางตุลาการย่อมอยู่ภายใต้กระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางตุลาการ ซึ่งคู่กรณีอาจนำคดีมาฟ้องต่อสภาแห่งรัฐเพื่อให้ตรวจสอบได้เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย

²⁸ ปัญหาข้อกฎหมายที่อาจเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐ เช่น การวินิจฉัยโดยไม่มีอำนาจการวินิจฉัยโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ การไม่ให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยอย่างเพียงพอ การวินิจฉัยข้อกฎหมายไม่ถูกต้อง หรือการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงไม่ถูกต้อง รวมไปถึงการแปลความข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดอย่างชัดเจน

²⁹ ยกตัวอย่าง กรณีแพทยสภาฝรั่งเศส กระบวนการพิจารณาคดีด้านจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเริ่มต้นในชั้นคณะกรรมการทางวินัยชั้นต้นของแพทยสภา (Chambre disciplinaire de première instance de l'Ordre des médecins) ซึ่งประจำอยู่ในแต่ละภาคหรือแคว้น (région) ทำหน้าที่เป็น “ศาลปกครองชั้นต้น” ในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดทางวินัยของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หากคู่กรณีฝ่ายใดไม่พอใจก็อาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการทางวินัยชั้นต้นต่อคณะกรรมการทางวินัยแห่งชาติของแพทยสภา (Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins) ซึ่งมีสถานะเป็น “ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์” โดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการทางวินัยแห่งชาติถือเป็นที่สุดชั้นแพทยสภา และคู่กรณีอาจฎีกาคัดค้านคำวินิจฉัยของคณะกรรมการทางวินัยแห่งชาติต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดให้ตรวจสอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการทางวินัยแห่งชาติได้เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย (recours en cassation)

ในลำดับต่อไป จะได้นำหลักเกณฑ์และแนวทางการจำแนกลักษณะการใช้ อำนาจระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการของประเทศฝรั่งเศสมาวิเคราะห์ลักษณะ การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทย (2.)

2. การจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทย

หากพิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยวิชาชีพของแต่ละวิชาชีพในประเทศไทย จะพบว่า การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพแต่ละวิชาชีพอาจจำแนกออกได้เป็น 3 กลุ่มหลักเช่นกัน ได้แก่

- กลุ่มที่หนึ่ง การออกกฎระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับแก่สมาชิก ผู้ประกอบวิชาชีพ³⁰ เช่น หลักเกณฑ์การเป็นสมาชิก หลักเกณฑ์การขึ้นทะเบียนและการออกใบอนุญาต คุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพ หลักเกณฑ์การสอบความรู้ผู้ประกอบวิชาชีพ หลักเกณฑ์การออกหนังสือ อนุมัติหรือวุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ หลักเกณฑ์การรับรองสถาบันการศึกษา ข้อจำกัดและเงื่อนไขในการประกอบวิชาชีพ มาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ การรักษจริยธรรม หรือจรรยาบรรณวิชาชีพ หลักเกณฑ์การพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต การกำหนดค่าขึ้นทะเบียน สมาชิก ค่าบำรุง และค่าธรรมเนียม ฯลฯ

- กลุ่มที่สอง การออกคำสั่งเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าสู่วิชาชีพและมาตรฐาน การประกอบวิชาชีพ³¹ เช่น การรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอประกอบวิชาชีพ การรับรอง ปริญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ ฯลฯ

³⁰ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 21 (3) พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาล และการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 มาตรา 22 (3) พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 27 (3) พระราชบัญญัติวิชาชีพ เภสัชกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 23 (4) พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 23 (4) พระราชบัญญัติ วิศวกร พ.ศ. 2542 มาตรา 8 (6) และมาตรา 33 (3) พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543 มาตรา 8 (6) และมาตรา 33 (3) พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 มาตรา 24 (4) พระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2546 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (11) พระราชบัญญัติวิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ. 2547 มาตรา 23 (4) พระราชบัญญัติ วิชาชีพเทคนิคการแพทย์ พ.ศ. 2547 มาตรา 23 (4) พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 มาตรา 7 (3) (4) และ (11) และมาตรา 28 (5) พระราชบัญญัติส่งเสริมวิชาชีพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2551 มาตรา 10 (6) และมาตรา 28 (4) พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556 มาตรา 24 (4) พระราชบัญญัติวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ พ.ศ. 2556 มาตรา 6 (2) และมาตรา 23 (4) พระราชบัญญัติวิชาชีพการสาธารณสุขชุมชน พ.ศ. 2556 มาตรา 22 (4)

³¹ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 8 (1) และ (3) ถึง (6) พระราชบัญญัติวิชาชีพ การพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 มาตรา 8 (1) และ (3) ถึง (8) พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 8 (1) พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 9 (1) และ (3) ถึง (6) พระราชบัญญัติวิชาชีพ ทันตกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 9 (1) และ (3) ถึง (6) พระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542 มาตรา 8 (1), (3) และ (4) พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543 มาตรา 8 (1), (3) และ (4) พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 มาตรา 9 (1) และ (3) ถึง (6) พระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2546 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3), (7) และ (8) พระราชบัญญัติวิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ. 2547 มาตรา 8 (1) และ (3) ถึง (6) พระราชบัญญัติวิชาชีพเทคนิค การแพทย์ พ.ศ. 2547 มาตรา 8 (1) และ (3) ถึง (6) พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 มาตรา 7 (5) ถึง (8) พระราชบัญญัติส่งเสริมวิชาชีพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2551 มาตรา 10 (3) พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์ แผนไทย พ.ศ. 2556 มาตรา 9 (1) และ (3) ถึง (6) พระราชบัญญัติวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ พ.ศ. 2556 มาตรา 6 (1), (4), (5) และ (8) พระราชบัญญัติวิชาชีพการสาธารณสุขชุมชน พ.ศ. 2556 มาตรา 7 (1) และ (3) ถึง (6)

- กลุ่มที่สาม การมีคำวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ³² ซึ่งอาจยกข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษในกรณีที่เห็นว่าผู้นั้นมิได้กระทำความผิดหรือในกรณีที่เห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิด อาจลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้แก่ ว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์พักใช้ใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ เพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ หรือลบชื่อออกจากทะเบียนผู้ประกอบวิชาชีพ

ในทำนองเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศส สำหรับการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทยในกลุ่มที่หนึ่งนั้น พิจารณาได้ไม่ยากว่าการออกกฎระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับกับสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภท “กฎ” ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ส่วนการใช้อำนาจในกลุ่มที่สองและกลุ่มที่สามต่างก็มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจออกนิติกรรมที่มีผลใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะเช่นเดียวกัน จึงต้องนำหลักเกณฑ์และแนวทางการจำแนกประเภทนิติกรรมระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้เพื่อวิเคราะห์ว่าโดยทฤษฎีแล้วการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทยกรณีใดเป็นนิติกรรมทางปกครอง และกรณีใดเป็นนิติกรรมทางตุลาการ (2.1) และจะได้พิจารณาต่อไปว่าตามกฎหมายไทยนั้น มีการจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพอย่างไร สอดคล้องกับหลักเกณฑ์และแนวทางของประเทศฝรั่งเศสหรือไม่ อย่างไร (2.2)

2.1 ลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทยตามหลักเกณฑ์การจำแนกประเภทนิติกรรมระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการ

ในการวิเคราะห์ลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทยตามหลักเกณฑ์การจำแนกประเภทนิติกรรมระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการนั้น จะขอใช้แนวทางเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ ใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาเป็นหลัก และใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบมาเสริมเพื่อประกอบการพิจารณา

1) การวิเคราะห์ลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทยตามหลักเกณฑ์ทางเนื้อหา

หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทางเนื้อหา จะเห็นว่าการใช้อำนาจออกคำสั่งเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าสู่วิชาชีพและมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ไม่ว่าจะเป็นการรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอประกอบวิชาชีพ การรับรองปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตร

³² พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 8 (2) และมาตรา 39 พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 มาตรา 8 (2) และมาตรา 41 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 66 ประกอบมาตรา 52 พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 9 (2) และมาตรา 42 พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 9 (2) และมาตรา 42 พระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542 มาตรา 8 (2) และมาตรา 61 พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543 มาตรา 8 (2) และมาตรา 61 พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 มาตรา 9 (2) และมาตรา 45 พระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2546 มาตรา 9 (4) และมาตรา 54 พระราชบัญญัติวิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ. 2547 มาตรา 8 (2) และมาตรา 42 พระราชบัญญัติวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ พ.ศ. 2547 มาตรา 8 (2) และมาตรา 42 พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 มาตรา 7 (5) และมาตรา 54 ประกอบมาตรา 49 พระราชบัญญัติส่งเสริมวิชาชีพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2551 มาตรา 10 (4) และมาตรา 54 พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556 มาตรา 9 (2) และมาตรา 45 พระราชบัญญัติวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ พ.ศ. 2556 มาตรา 6 (6) ประกอบมาตรา 40 วรรคสาม และมาตรา 39 ประกอบมาตรา 34 พระราชบัญญัติวิชาชีพการสาธารณสุขชุมชน พ.ศ. 2556 มาตรา 7 (2) และมาตรา 39



แสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ ฯลฯ แม้จะมีการเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการของสภาวิชาชีพ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ต้องพิจารณา โดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าบุคคลผู้ยื่นคำขอมีสติที่จะประกอบวิชาชีพหรือไม่ มีคุณสมบัติ ความรู้ความชำนาญตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของสภาวิชาชีพหรือไม่ หรือสถาบันการศึกษามีหลักสูตรที่ได้มาตรฐานตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของสภาวิชาชีพหรือไม่ ฯลฯ แต่จะเห็นได้ว่าการพิจารณาในเรื่องเหล่านี้มิได้เกิดจากข้อพิพาทหรือมีการโต้แย้งสิทธิกันมาก่อนแต่อย่างใด ดังนั้น การมีคำสั่งออกหรือไม่ออกใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพ รับรองหรือไม่รับรองปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ ฯลฯ จึงไม่มีเนื้อหาสาระเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท คำสั่งเหล่านี้จึงมิใช่นิติกรรมทางตุลาการ แต่เป็นนิติกรรมทางปกครองประเภท “คำสั่งทางปกครอง”

ส่วนการมีคำวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ ไม่ว่าจะยกข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษ หรือลงโทษว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักใช้ใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ เพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ หรือลบชื่อออกจากทะเบียนก็ตาม คำวินิจฉัยเหล่านี้เกิดขึ้นจากข้อพิพาทหรือมีการโต้แย้งสิทธิกันระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง บุคคลเหล่านี้จึงนำข้อพิพาทดังกล่าวมาร้องเรียนต่อสภาวิชาชีพ เพื่อให้วินิจฉัยชี้ขาดตามข้อกำหนดว่าผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพหรือไม่ หากกระทำความผิด สมควรลงโทษสถานใด การกระทำดังกล่าวของสภาวิชาชีพจึงมีเนื้อหาสาระเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทางเนื้อหา จึงสรุปได้ในแนวทางเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศสว่า การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในการรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพ การรับรองปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ ฯลฯ มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง ส่วนการใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ

2) การวิเคราะห์ลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทยตามหลักเกณฑ์ทางรูปแบบ

เมื่อวิเคราะห์การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในส่วนการพิจารณาวินิจฉัยความรับผิดชอบทางจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพแล้ว เห็นได้ว่า แต่ละวิชาชีพมีการจัดองค์กรสำหรับวินิจฉัยชี้ขาดความรับผิดชอบดังกล่าวในลักษณะกลุ่มบุคคล กล่าวคือ ในรูปคณะกรรมการ³³ ที่มีความเป็นอิสระ

³³ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 14 พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 มาตรา 14 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 14 พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 15 พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 15 พระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542 มาตรา 24 พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543 มาตรา 24 พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 พระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2546 มาตรา 12 พระราชบัญญัติวิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ. 2547 มาตรา 14 พระราชบัญญัติวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ พ.ศ. 2547 มาตรา 14 พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 มาตรา 22 พระราชบัญญัติส่งเสริมวิชาชีพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2551 มาตรา 21 พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556 มาตรา 15 พระราชบัญญัติวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ พ.ศ. 2556 มาตรา 16 พระราชบัญญัติวิชาชีพการสาธารณสุขชุมชน พ.ศ. 2556 มาตรา 13



ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการสั่งการของเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้บังคับบัญชา ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าว โดยหลักแล้วประกอบไปด้วยกรรมการที่มาจากการเลือกตั้งโดยสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพด้วยตนเอง และถึงแม้กฎหมายจะบัญญัติให้มีกรรมการที่มาจากการแต่งตั้งหรือกรรมการโดยตำแหน่งซึ่งมาจากภาครัฐอยู่ด้วย แต่ก็มีลักษณะเป็นการกำกับดูแลของรัฐเท่านั้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความ เห็นได้ว่า สภาวิชาชีพแต่ละวิชาชีพ มีวิธีพิจารณาสำหรับวินิจฉัยชี้ขาดความรับผิดชอบหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ ซึ่งบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติวิชาชีพ ตลอดจนมีระเบียบและข้อบังคับสภาวิชาชีพว่าด้วยวิธีพิจารณาด้านจริยธรรมหรือจรรยาบรรณของแต่ละวิชาชีพ³⁴ โดยมีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับวิธีพิจารณาคดีของศาล เช่น การคัดค้าน

³⁴ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 32 ถึงมาตรา 40 ประกอบข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยวิธีพิจารณาจริยธรรมผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2563 พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 มาตรา 33 ถึงมาตรา 42 ประกอบข้อบังคับสภาการพยาบาลว่าด้วยการสืบสวนหรือสอบสวนในกรณีที่มีการกล่าวหาหรือกล่าวโทษว่ามีผู้ประพฤติผิดจริยธรรมแห่งวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 64 ถึงมาตรา 70 ประกอบข้อบังคับสภาทนายความ ว่าด้วยการพิจารณาคดีมรรยาททนายความ พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 34 ถึงมาตรา 43 ประกอบข้อบังคับสภาเภสัชกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์การสืบสวนหรือสอบสวนในกรณีที่มีการกล่าวหาหรือกล่าวโทษผู้ประกอบวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2548 พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 34 ถึงมาตรา 43 ประกอบข้อบังคับทันตแพทยสภา ว่าด้วยหลักเกณฑ์ ว่าด้วยการสืบสวนหรือสอบสวนในกรณีที่มีการกล่าวหาหรือกล่าวโทษผู้ประกอบวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2538 พระราชบัญญัติ วิศวกร พ.ศ. 2542 มาตรา 51 ถึงมาตรา 62 ประกอบระเบียบสภาวิศวกร ว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ วิศวกรรม พ.ศ. 2546 และข้อบังคับสภาวิศวกร ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการ จรรยาบรรณ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543 มาตรา 51 ถึงมาตรา 62 ประกอบระเบียบคณะกรรมการ สภาสถาปนิก ว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพสถาปัตยกรรม พ.ศ. 2547 และข้อบังคับสภาสถาปนิก ว่าด้วยการพักใช้และการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุม พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติวิชาชีพ การสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 มาตรา 37 ถึงมาตรา 46 ประกอบข้อบังคับสัตวแพทยสภา ว่าด้วยหลักเกณฑ์การสืบสวนหรือ สอบสวนในกรณีที่มีการกล่าวหาหรือการกล่าวโทษผู้ประกอบวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติสภาครู และบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2546 มาตรา 51 ถึงมาตรา 55 ประกอบข้อบังคับคุรุสภา ว่าด้วยการพิจารณาการประพฤติผิด จรรยาบรรณของวิชาชีพ พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติวิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ. 2547 มาตรา 34 ถึงมาตรา 43 ประกอบ ข้อบังคับสภากายภาพบำบัด ว่าด้วยหลักเกณฑ์การสืบสวนหรือสอบสวนในกรณีที่มีการกล่าวหาหรือการกล่าวโทษผู้ประกอบ วิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ. 2552 พระราชบัญญัติวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ พ.ศ. 2547 มาตรา 34 ถึงมาตรา 43 ประกอบ ข้อบังคับสภาเทคนิคการแพทย์ ว่าด้วยหลักเกณฑ์การสืบสวนหรือสอบสวนในกรณีที่มีการกล่าวหาหรือกล่าวโทษผู้ประกอบ วิชาชีพเทคนิคการแพทย์ พ.ศ. 2555 พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 มาตรา 53 ถึงมาตรา 58 ประกอบข้อบังคับ สภาวิชาชีพบัญชี (ฉบับที่ 12) เรื่อง การพิจารณาเกี่ยวกับจรรยาบรรณ พ.ศ. 2549 พระราชบัญญัติส่งเสริมวิชาชีพวิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยี พ.ศ. 2551 มาตรา 46 ถึงมาตรา 55 ประกอบระเบียบวิชาชีพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ว่าด้วยวิธีพิจารณา และวินิจฉัยจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2559 พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556 มาตรา 37 ถึงมาตรา 46 ประกอบข้อบังคับสภาการแพทย์แผนไทย ว่าด้วยหลักเกณฑ์การสืบสวนหรือสอบสวน ในกรณีที่มีการกล่าวหาหรือการกล่าวโทษผู้ประกอบวิชาชีพการแพทย์แผนไทย และผู้ประกอบวิชาชีพการแพทย์แผนไทยประยุกต์ พ.ศ. 2557 พระราชบัญญัติวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ พ.ศ. 2556 มาตรา 38 ถึงมาตรา 42 ประกอบข้อบังคับสภาวิชาชีพ สังคมสงเคราะห์ ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการยื่นคำกล่าวหา การสอบสวน การพิจารณา การอุทธรณ์และการพิจารณาอุทธรณ์ ในกรณีที่มีการกล่าวหาผู้ประกอบวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ประพฤติผิดจรรยาบรรณ พ.ศ. 2563 พระราชบัญญัติวิชาชีพ การสาธารณสุขชุมชน พ.ศ. 2556 มาตรา 31 ถึงมาตรา 40 ประกอบข้อบังคับสภาการสาธารณสุขชุมชน ว่าด้วยหลักเกณฑ์ การสืบสวนหรือสอบสวน การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการจรรยาบรรณ และคณะอนุกรรมการสอบสวนในกรณี ที่มีการกล่าวหาผู้ประกอบวิชาชีพการสาธารณสุขชุมชน พ.ศ. 2563



กรรมการที่ไม่เป็นกลางหรือมีส่วนได้เสีย การให้โอกาสคู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ทราบข้ออ้างข้อเถียง ตลอดจน พยานหลักฐานต่าง ๆ การให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน ตามหลักฟังความทุกฝ่าย การที่คำวินิจฉัยต้องเป็นไปตามรูปแบบโดยต้องมีข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย พร้อมเหตุผล ประกอบคำวินิจฉัย

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสภาวิชาชีพเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพยังมีคุณสมบัติของความเป็นนิติกรรมทางตุลาการ กล่าวคือ เป็นที่ยุติ และมีผลบังคับผูกพันคู่กรณี ไม่อาจถูกทบทวนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้อีก เพียงแต่อาจถูกทบทวน โดยองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองโดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเท่านั้น สำหรับวิชาชีพด้านการแพทย์ และสาธารณสุข มีข้อสังเกตว่า แม้พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญญัติให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ ดำรงตำแหน่งสภานายกพิเศษ ซึ่งอาจให้หรือไม่ให้ความเห็นชอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสภาวิชาชีพ ก็ตาม แต่ถ้ารัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ ก็มีอำนาจเพียงยับยั้งมติของคณะกรรมการสภาวิชาชีพเท่านั้น หากคณะกรรมการสภาวิชาชีพยืนยันมติเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด³⁵ ก็ต้องเป็นไปตาม คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสภาวิชาชีพ จึงถือได้ว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสภาวิชาชีพดังกล่าว เป็นที่ยุติแล้ว

อย่างไรก็ดี กรณีสภานายกความ เมื่อคณะกรรมการสภานายกความมีคำวินิจฉัย ให้ลงโทษนายความผู้ใดแล้ว นายความผู้นั้นอาจอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ซึ่งดำรงตำแหน่งสภานายกพิเศษได้ โดยสภานายกพิเศษอาจยื่น แก่ หรือกลับคำสั่งของคณะกรรมการ สภานายกความตามที่เห็นสมควร และให้ถือว่าคำสั่งของสภานายกพิเศษเป็นที่สุด³⁶ จึงเห็นได้ว่าคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการสภานายกความดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยุติ แต่อาจถูกทบทวนโดยรัฐมนตรีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองได้อีก แต่ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าหลักเกณฑ์ทางรูปแบบเป็นเพียงหลักเกณฑ์เสริมที่นำมาใช้ประกอบ การพิจารณาการเป็นนิติกรรมทางตุลาการเท่านั้น トラบใดที่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสภานายกความ ในคดีมรรยาทนายความมีเนื้อหาสาระเป็นนิติกรรมทางตุลาการแล้ว การนำหลักเกณฑ์ทางรูปแบบ มาสรุปว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่เป็นนิติกรรมทางตุลาการด้วยเหตุที่ยังไม่มีผลเป็นที่ยุติ จึงน่าจะไม่ต้องถก หากแต่เป็นเรื่องที่ควรปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติทนายความฯ โดยบัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ สภานายกความในคดีมรรยาทนายความเป็นที่สิ้นสุดและไม่อาจถูกทบทวนโดยรัฐมนตรีได้อีก เพื่อให้รูปแบบ มีความสอดคล้องกับเนื้อหาสาระของการเป็นนิติกรรมทางตุลาการ

³⁵ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 25 ประกอบมาตรา 10 พระราชบัญญัติ วิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 มาตรา 26 ประกอบมาตรา 10 พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 27 ประกอบมาตรา 11 พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ. 2537 มาตรา 27 ประกอบมาตรา 11 พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 มาตรา 28 ประกอบมาตรา 11 พระราชบัญญัติวิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ. 2547 มาตรา 27 ประกอบมาตรา 10 พระราชบัญญัติวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ พ.ศ. 2547 มาตรา 27 ประกอบ มาตรา 10 พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ. 2556 มาตรา 30 ประกอบมาตรา 11 พระราชบัญญัติวิชาชีพ การสาธารณสุขชุมชน พ.ศ. 2556 มาตรา 26 ประกอบมาตรา 9

³⁶ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 68 ประกอบมาตรา 10

ดังนี้ เมื่อพิจารณาถึงการจัดองค์กร วิธีพิจารณาความ ตลอดจนคุณสมบัติของนิติกรรมตามหลักเกณฑ์ทางรูปแบบแล้ว จึงทำให้สรุปได้เช่นกันว่า การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพ (ยกเว้นสภานายความ) ในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบการวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ ซึ่งให้ผลไม่ต่างกันกับการใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาในลำดับถัดไปจะได้ศึกษาว่า การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพตามกฎหมายไทยมีสถานะอย่างไร สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ข้างต้นหรือไม่

2.2 ลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพตามกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจวิเคราะห์ลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในแต่ละกลุ่มได้ ดังนี้

- กลุ่มที่หนึ่ง การใช้อำนาจออกกฎระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับแก่สมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเป็นสมาชิก หลักเกณฑ์การขึ้นทะเบียนและการออกใบอนุญาต คุณสมบัติของผู้ประกอบการวิชาชีพ หลักเกณฑ์การสอบความรู้ผู้ประกอบการวิชาชีพ หลักเกณฑ์การออกหนังสืออนุมัติหรือวุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ หลักเกณฑ์การรับรองสถาบันการศึกษา ข้อจำกัดและเงื่อนไขในการประกอบวิชาชีพ มาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ การรักษาจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ หลักเกณฑ์การพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต การกำหนดค่าขึ้นทะเบียนสมาชิก ค่าบำรุง และค่าธรรมเนียม ฯลฯ เช่น ข้อบังคับสภานายความ ว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ. 2529 ข้อบังคับสภาวิชาชีพบัญชี ว่าด้วยหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของผู้สอบบัญชีรับอนุญาต พ.ศ. 2556 ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 ระเบียบวิชาชีพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2559 ระเบียบคณะกรรมการสภาวิศวกร ว่าด้วยองค์ความรู้พื้นฐานทางวิทยาศาสตร์ องค์ความรู้พื้นฐานทางวิศวกรรม และองค์ความรู้เฉพาะทางวิศวกรรม ที่สภาวิศวกรจะให้การรับรองปริญญา ประกาศนียบัตร หรือวุฒิบัตรในการประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม พ.ศ. 2562 ฯลฯ ข้อบังคับและระเบียบเหล่านี้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงเป็น “กฎ” ตามนิยามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³⁷

- กลุ่มที่สอง การใช้อำนาจออกคำสั่งเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าสู่วิชาชีพ และมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ เช่น การรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพ การรับรองปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ ฯลฯ มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพของแต่ละวิชาชีพที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล โดยมีผลกระทบต่อนานภาพของสิทธิหรือหน้าที่

³⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า ในพระราชบัญญัตินี้... “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ของผู้ประกอบวิชาชีพ ผู้ขอประกอบวิชาชีพ หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าในลักษณะที่เป็นการก่อตั้งสิทธิ หรือปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิ เช่น การอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพ การรับรองหรือไม่รับรอง ปริญญา ฯลฯ และมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามนิยามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁸

- กลุ่มที่สาม การมีคำวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจริยธรรม หรือจรรยาบรรณวิชาชีพ ซึ่งอาจวินิจฉัยยกข้อกล่าวหาหรือข้อกล่าวโทษ หรือลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักใช้ใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ เพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ หรือลบชื่อออกจากทะเบียนผู้ประกอบวิชาชีพ คำวินิจฉัยเหล่านี้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพของแต่ละวิชาชีพ ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล โดยมีผลกระทบต่องานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ในการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพ และมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามนิยามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กรณีจึงเห็นได้ว่า ตามกฎหมายไทย การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในกลุ่มที่สอง และกลุ่มที่สามต่างก็มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากไม่มีการแบ่งแยกระหว่างนิติกรรมทางปกครอง กับนิติกรรมทางตุลาการที่เกิดขึ้นภายในองค์กรฝ่ายปกครองออกจากกันอย่างชัดเจนดังเช่นในประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายไทยจะมีได้ถือว่าองค์กรที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเป็นองค์กรตุลาการภายในฝ่ายปกครอง หรือเป็น “ศาลปกครองชำนาญพิเศษ” อันจะถือว่าคำวินิจฉัยขององค์กรประเภทนี้เป็น “นิติกรรมทางตุลาการ” ซึ่งมีสถานะเทียบเท่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นอย่างประเทศฝรั่งเศส ก็ตาม แต่ก็มิใช่ไม่มีแนวคิดดังกล่าวอยู่เลย กล่าวคือ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” อยู่ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายไทยก็มีเหตุผลความเป็นมา และสาระสำคัญในทำนองเดียวกันกับองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดยถือเป็นคณะบุคคลที่มีอำนาจหน้าที่และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่กำหนดไว้ มีลักษณะการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาคดีคล้ายศาล เพื่ออำนวยความสะดวกหรือระงับข้อพิพาททางปกครอง ลดจำนวนคดีหรือข้อพิพาททางปกครองที่จะขึ้นสู่ศาล และเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพียงแต่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายไทยอยู่ในรูปแบบคณะกรรมการภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งยังถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง มิได้ถึงขนาดที่จะถือว่าเป็นศาลปกครองชั้นต้นชำนาญพิเศษซึ่งใช้อำนาจทางตุลาการอย่างประเทศฝรั่งเศส

³⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 บัญญัติว่า ในพระราชบัญญัตินี้... “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ...

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวได้ให้ความหมายของ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทและหน้าที่ตามกฎหมาย³⁹ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทนิยามดังกล่าวแล้วจะเห็นว่า กฎหมายไทยมีแนวคิดเกี่ยวกับการจำแนกระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจในการออกกฎหรือคำสั่งโดยทั่วไปกับองค์กรฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเช่นกัน โดยนำหลักเกณฑ์ทางเนื้อหาและรูปแบบมาปรับใช้ กล่าวคือ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

(1) เป็นองค์กรกลุ่มในรูปแบบคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า ต้องไม่ใช่องค์กรเดี่ยวหรือมีเจ้าหน้าที่เพียงคนเดียวเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาท และต้องจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่า เนื่องจากการวินิจฉัยข้อพิพาทและหน้าที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคล อันอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงควรต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน

(2) มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทและหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งต้องไม่ใช่คณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่เพียงออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการวินิจฉัยข้อพิพาท หรือมีอำนาจหน้าที่เพียงให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่ฝ่ายปกครอง

(3) มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทและหน้าที่ตามกฎหมาย กล่าวคือ มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทและหน้าที่คล้ายคลึงกับศาล ในส่วนการจัดองค์กร คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องมีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง สำหรับวิธีพิจารณานั้น จะต้องมีการพิจารณาที่เหมาะสมแก่การวินิจฉัยข้อพิพาทและหน้าที่ตามกฎหมาย โดยอาจมีการใช้หลักต่าง ๆ เช่น หลักฟังความทุกฝ่าย การให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย การไม่วินิจฉัยเกินคำขอของคู่กรณี คำวินิจฉัยต้องลงลายมือชื่อผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยต้องเป็นที่ยุติ และมีผลผูกพันคู่กรณี

หากนำหลักเกณฑ์ของการเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายข้างต้นมาวิเคราะห์การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพ จะเห็นได้ว่า การใช้อำนาจของคณะกรรมการสภาวิชาชีพในการออกกฎระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับแก่สมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพ หรือการออกคำสั่งเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าสู่วิชาชีพและมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ เช่น การรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพ การรับรองปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ ฯลฯ ไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เนื่องจากไม่มีการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่เป็นการใช้อำนาจในฐานะคณะกรรมการในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไป ทั้งไม่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยข้อพิพาทและหน้าที่คล้ายคลึงกับศาล

ส่วนการใช้อำนาจของคณะกรรมการสภาวิชาชีพในการวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบการวิชาชีพกระทำผิดวินัยหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เนื่องจากเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพของแต่ละ

³⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3



วิชาชีพ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพ โดยเป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากการที่ผู้เสียหายหรือบุคคลใด ๆ กล่าวหาหรือกล่าวโทษว่าผู้ประกอบวิชาชีพผู้นั้นประพฤติผิดจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ และในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวมีการจัดองค์กรในรูปแบบองค์กรกลุ่มที่มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และมีวิธีพิจารณาคล้ายคลึงกับวิธีพิจารณาคดีของศาล เช่น การคัดค้านกรรมการที่ไม่เป็นกลางหรือมีส่วนได้เสีย การให้โอกาสคู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ทราบข้ออ้างข้อเถียง ตลอดจนพยานหลักฐานต่าง ๆ การให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนตามหลักฟังความทุกฝ่าย การที่คำวินิจฉัยต้องเป็นไปตามรูปแบบ โดยต้องมีข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย พร้อมเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย และต้องลงลายมือชื่อการที่คำวินิจฉัยเป็นที่ยุติและมีผลผูกพันคู่กรณี ไม่อาจถูกทบทวนโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้อีก⁴⁰ จึงสรุปได้ว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการสภาวิชาชีพในการวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยไม่มีการแบ่งแยกระหว่าง “คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” กับ “คำสั่งทางปกครอง” ออกจากกันอย่างเด็ดขาดและชัดเจน จึงยังคงมีข้อโต้แย้งกันในทางทฤษฎีว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่ในทางปฏิบัติมีการแปลความกันโดยทั่วไปว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง จึงต้องอยู่ในบังคับหลักเกณฑ์ของการเป็นคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่กฎหมายอาจบัญญัติหลักเกณฑ์บางประการเพิ่มเติมใช้บังคับในฐานะที่เป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า การให้กรรมการในคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีมีเหตุบกพร่องอย่างยิ่งต่อหน้าที่หรือมีความประพฤติเสื่อมเสียอย่างร้ายแรง⁴¹ การประชุมของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยหลักแล้วต้องมีกรรมการมาประชุมอย่างน้อยก็หนึ่งจึงจะเป็นองค์ประชุม ในขณะที่การประชุมของคณะกรรมการซึ่งมิใช่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท อาจมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดได้หากมีการเลื่อนการพิจารณาเพราะไม่ครบองค์ประชุม⁴² คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต้องมีลายมือชื่อของกรรมการที่วินิจฉัยเรื่องนั้น ถ้ากรรมการคนใดมีความเห็นแย้ง ให้มีสิทธิทำความเห็นแย้งของตนรวมไว้ในคำวินิจฉัยได้⁴³ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด⁴⁴ เพื่อให้คู่กรณีสามารถฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดได้ทันที อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีผลบังคับผูกพันเพียงแต่บัญญัติให้เป็นดุลพินิจของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่อาจกำหนดหรือไม่ก็ได้

⁴⁰ ยกเว้นกรณีสภาพความ โปรดยุติหน้า 26

⁴¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 78

⁴² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 79

⁴³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 84

⁴⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11 (1)

ซึ่งจนถึงปัจจุบันยังไม่มีกำหนดให้คำวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบการฝ่าฝืนจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพถือเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่คู่กรณีสามารถฟ้องโต้แย้งต่อศาลปกครองสูงสุดได้ทันทีแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ แม้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสภาวิชาชีพกรณีผู้ประกอบการฝ่าฝืนจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพจะมีสถานะเป็น “คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ตามกฎหมายไทยก็ตาม ก็ไม่มีผลทำให้คำวินิจฉัยดังกล่าวอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองด้วยกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะแยกต่างหากจากกระบวนการนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจของคณะกรรมการสภาวิชาชีพในการออกกฎระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับแก่สมาชิกผู้ประกอบการวิชาชีพ ซึ่งมีสถานะเป็น “กฎ” หรือการออกคำสั่งเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าสู่วิชาชีพและมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ เช่น การรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพ การรับรองปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ ฯลฯ ซึ่งมีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” หรือการวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบการฝ่าฝืนจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพของสภาวิชาชีพ ซึ่งมีสถานะเป็น “คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ก็ตาม ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำนั้นไม่ว่ากรณีหนึ่งกรณีใดในสามกรณีอาจฟ้องคดีโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นได้ ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลปกครองชั้นต้น และหากคู่กรณีไม่พอใจคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นก็อาจอุทธรณ์ได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลปกครองสูงสุด กรณีจึงแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางตุลาการโดยเฉพาะแยกต่างหากจากนิติกรรมทางปกครอง

บทสรุป

จากการศึกษาแนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับนิติกรรมทางตุลาการในประเทศฝรั่งเศส ประกอบกับแนวคิดและหลักกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องดังกล่าวแล้ว เห็นว่า ทั้งสองประเทศต่างมีแนวคิดในการจำแนกการใช้อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทออกจากการใช้อำนาจทางปกครองที่เป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง แต่การจำแนกดังกล่าวมีความเด็ดขาดและความชัดเจนในระดับที่แตกต่างกัน จึงส่งผลให้การจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันไปด้วย

สำหรับประเทศฝรั่งเศส มีการแบ่งแยกระหว่าง “นิติกรรมทางปกครอง” กับ “นิติกรรมทางตุลาการ” ที่เกิดขึ้นภายในองค์กรฝ่ายปกครองออกจากกันอย่างเด็ดขาดและชัดเจน เนื่องจากกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับการจัดตั้งองค์กรตุลาการภายในฝ่ายปกครอง เพื่อใช้อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองตามความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง โดยถือเป็น “ศาลปกครองชำนาญพิเศษ” และคำวินิจฉัยขององค์กรประเภทนี้ถือเป็น “นิติกรรมทางตุลาการ” ซึ่งมีสถานะเทียบเท่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นหรือชั้นอุทธรณ์แล้วแต่กรณี นิติกรรมทางตุลาการจึงมีเนื้อหาสาระ รูปแบบและวิธีการในการออกนิติกรรม ผลของนิติกรรมตลอดจนกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแตกต่างไปจากนิติกรรมทางปกครอง ในการพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็นนิติกรรมทางตุลาการ จึงมีการเสนอให้ใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ อันอาจแบ่งออกได้เป็นสองแนวทางได้แก่ “หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา” ซึ่งอธิบายว่านิติกรรมทางตุลาการต้องมีเนื้อหาสาระเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย และ “หลักเกณฑ์ทางรูปแบบ” ซึ่งมีสาระสำคัญว่านิติกรรมทางตุลาการต้องเกิดจากการใช้อำนาจขององค์กรกลุ่มที่มีความเป็นอิสระ และมีวิธีพิจารณาความที่สามารถ

ประกันความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพคดีของศาล อีกทั้งคำวินิจฉัยต้องมีลักษณะเด็ดขาด และมีผลบังคับผูกพันคู่กรณี แต่เนื่องจากแต่ละหลักเกณฑ์ยังมีข้อโต้แย้งและไม่สมบูรณ์ในตัวเอง ในทางปฏิบัติ สภาแห่งรัฐจึงใช้ทั้งสองหลักเกณฑ์ประกอบกัน โดยมีแนวโน้มว่าจะใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาเป็นหลักและใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบมาเสริมเพื่อประกอบการพิจารณา ด้วยเหตุนี้ เมื่อนำหลักเกณฑ์และแนวทางข้างต้น มาปรับใช้ จึงอาจจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศฝรั่งเศสออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การมีคำวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณวิชาชีพ เช่น ตักเตือน พักใช้ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพชั่วคราว เพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ หรือยกข้อกล่าวหา มีเนื้อหาสาระ เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทอันเกิดจากการโต้แย้งสิทธิระหว่างผู้เสียหายกับผู้ประกอบวิชาชีพ โดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย ประกอบกับคณะกรรมการดังกล่าวมีรูปแบบองค์กรและวิธีพิจารณาความอย่างศาล จึงมีลักษณะเป็น “นิติกรรมทางตุลาการ” ส่วนการใช้อำนาจเกี่ยวกับการออกกฎ การพิจารณารับหรือไม่รับ ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ อนุมัติหรือไม่อนุมัติใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การรับรองหรือไม่รับรอง ปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพ มีลักษณะเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” เนื่องจากไม่มีการโต้แย้งสิทธิระหว่างคู่กรณีที่จะทำให้เกิดข้อพิพาทให้ต้องวินิจฉัย แต่อย่างใด และผลจากการที่ประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกนิติกรรมทางตุลาการออกจากนิติกรรมทางปกครอง อย่างเด็ดขาดและชัดเจน นิติกรรมทางตุลาการจึงอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองด้วยกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะ กล่าวคือ คู่กรณีที่ไม่พอใจอาจโต้แย้งคำวินิจฉัยข้อพิพาทต่อสภาแห่งรัฐได้ทันทีในฐานะองค์กร วินิจฉัยในขั้นที่สุด โดยสภาแห่งรัฐมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย

ส่วนประเทศไทย แม้จะมีแนวคิดเกี่ยวกับการจำแนกกระหว่างการใช้อำนาจในการวินิจฉัย ข้อพิพาทกับการใช้อำนาจทางปกครองที่เป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง โดยมีการบัญญัติเกี่ยวกับ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ก็ตาม แต่ยังมีอาจถือได้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรตุลาการ ภายในฝ่ายปกครอง อันจะถือว่าคำวินิจฉัยขององค์กรประเภทนี้เป็น “นิติกรรมทางตุลาการ” จึงเห็นได้ว่า กฎหมายไทยยังไม่มีมีการแบ่งแยกระหว่างนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการที่เกิดขึ้นภายในองค์กร ฝ่ายปกครองออกจากกันอย่างเด็ดขาดและชัดเจนดังเช่นในประเทศฝรั่งเศส ด้วยเหตุนี้ การจำแนกลักษณะ การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทยออกเป็นนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการ จึงเป็นได้แค่เพียงในทางทฤษฎี แต่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่อาจจำแนกลักษณะการใช้อำนาจของ สภาวิชาชีพออกเป็นนิติกรรมทางปกครองกับนิติกรรมทางตุลาการ อาจจำแนกได้แต่เพียงว่าเป็นนิติกรรม ทางปกครองที่เป็น “กฎ” หรือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น โดยการใช้อำนาจ ของสภาวิชาชีพในการออกกฎระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับแก่สมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็น “กฎ” การใช้อำนาจในการออกคำสั่งเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าสู่ วิชาชีพและมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ เช่น การรับขึ้นทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอประกอบ วิชาชีพ การรับรองปริญญา หลักสูตร สถาบันการศึกษา วุฒิบัตรแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบ วิชาชีพ มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ส่วนการใช้อำนาจในการวินิจฉัย กรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ โดยวินิจฉัยยกข้อกล่าวหาหรือ ข้อกล่าวโทษ หรือลงโทษว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักใช้ใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ เพิกถอน ใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ หรือลบชื่อออกจากทะเบียนผู้ประกอบวิชาชีพ ก็มีลักษณะเป็นนิติกรรม ทางปกครองที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” เช่นกัน แต่ยังมีลักษณะเป็น “คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วินิจฉัยข้อพิพาท” ด้วย เนื่องจากเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กร

และวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กระนั้นก็ตาม ด้วยเหตุที่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยังถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง โดยหลักแล้วจึงยังต้องอยู่ในบังคับหลักเกณฑ์ของการเป็นคำสั่งทางปกครอง และถึงแม้ว่ามาตรา 11 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอาจประกาศกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดก็ตาม แต่จนถึงปัจจุบันยังไม่มีกำหนดให้คำวินิจฉัยกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกระทำผิดวินัยหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ ถือเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่คู่กรณีสามารถโต้แย้งต่อศาลปกครองสูงสุดได้ทันทีแต่อย่างใด การใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นกฎ คำสั่ง หรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จึงต่างก็อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองด้วยกระบวนการพิจารณาอย่างเดียวกัน กล่าวคือ ต้องเริ่มต้นด้วยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น และหากไม่พอใจคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นก็อาจอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด โดยทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดอาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดังกล่าวได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย

ท้ายสุดนี้ จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมาย ตลอดจนประเด็นปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการที่ได้นำมาใช้ในการวิเคราะห์ลักษณะการใช้อำนาจของสภาวิชาชีพในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยตามที่บทความนี้ได้นำเสนอไปแล้วนั้น มีข้อพิจารณาและเสนอแนะสำหรับประเทศไทยสามประการ ดังนี้

ประการแรก จากการศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับนิติกรรมทางตุลาการของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ทางเนื้อหาและหลักเกณฑ์ทางรูปแบบ นั้น เห็นว่า ควรให้ความสำคัญกับเนื้อหา มากกว่ารูปแบบ เพื่อหลีกเลี่ยงการนำผลของการเป็นนิติกรรมทางตุลาการมาเป็นเกณฑ์กำหนดการเป็นนิติกรรมทางตุลาการเสียเอง ซึ่งอาจนำแนวทางดังกล่าวมาปรับใช้กับ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ในประเทศไทย โดยหากคำวินิจฉัยขององค์กรใดมีเนื้อหาสาระเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย แต่ยังไม่มียุทธศาสตร์การบังคับใช้และวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ก็เป็นเรื่องที่องค์กรนั้น ควรปรับปรุงการบังคับใช้และวิธีพิจารณาให้เหมาะสมสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท เพื่อให้มีความเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยสมบูรณ์ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

ประการที่สอง โดยที่มาตรา 11 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้เป็นดุลพินิจของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในการประกาศกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้คู่กรณีสามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดได้ทันทีโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นก่อน อันเป็นการช่วยลดขั้นตอนและระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี จึงเห็นว่า หากองค์กรใดเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีการบังคับใช้และวิธีพิจารณาเหมาะสมสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ก็ควรประกาศกำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยขององค์กรนั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากองค์กรใดเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท แต่มีการบังคับใช้หรือวิธีพิจารณาที่ยังไม่เหมาะสมสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่

ตามกฎหมาย ก็ยังไม่สมควรที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะประกาศกำหนดให้คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด จนกว่าองค์กรนั้นจะได้ดำเนินการปรับปรุงการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาให้เหมาะสมสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว

ประการที่สาม แม้กฎหมายไทยจะไม่ได้บัญญัติให้คู่กรณีโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายอย่างประเทศฝรั่งเศส แต่ศาลปกครองก็ควรจำกัดการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยดังกล่าวเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมาย เช่น การกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ การวินิจฉัยข้อกฎหมายไม่ถูกต้อง หรือให้ลักษณะกฎหมายแก่อ้างอิงเท็จจริงไม่ถูกต้อง โดยศาลปกครองไม่ควรก้าวล่วงไปตรวจสอบในปัญหาข้อเท็จจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักหรือรับฟังข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นเรื่องทางเทคนิค หรือต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจเฉพาะด้าน ปัญหาดังกล่าวจึงควรเป็นที่ยุติในชั้นของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ อยู่แล้ว



บรรณานุกรม

- AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1^{ère} édition, 1869.
- AUBY Jean-Marie et DRAGO Roland, *Traité de contentieux administratif*, Tome 1, 3^e édition, 1984.
- BROUSSOLLE Yves, *Le droit public en fiches*, Ellipses, 2^e édition, 2012.
- CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie Générale de l'Etat*, Tome I, Centre national de la Recherche Scientifique, 1969.
- CHAPUS René, *Droit du Contentieux Administratif*. 13^e édition, Montchrestien, 2008.
- CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, Puf, 2007.
- EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tome I, Paris, L.G.D.J., 1982.
- CORMENIN, *Question de droit administratif*, 1^{ère} édition, Tome I, 1822.
- COUDEVYLLE Andrée, *Précis de droit public*, Ellipses, 2005.
- DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition, Tome II, 1928.
- ETIEN Robert, *Initiation au droit public*, Ellipses, 1998.
- FRAISSEIX Patrick et VALETTE Jean-Paul, *Précis de droit public*, PUF, 2000.
- GEORGES Philippe et SIAT Guy, *Droit public*, Sirey, 16^e édition, 2011.
- JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^e édition, 1935.
- JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, éd. française, Tome II, 1904.
- JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e édition, Tome I, 1925.
- KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, traduction Eisenmann, R.D.P., 1926.
- MERCATI Patrick, BUCHER Alexandra, BONIFASSI Marie-Hélène, TREGUER Chantal, VARLET Martine, *Introduction au droit*, Paris, DCG, Nathan, 2^e édition, 2010.
- MAYER Otto, *Le droit administratif allemand*, éd. française, Tome I, 1903.
- ROMAN Diane, *L'indispensable du droit administratif*, Studyrama, 2^e édition, 2004.
- VEDEL Georges et DELVOVLE Pierre, *Droit administratif*, P.U.F., 1984.
- WALINE Marcel, *Précis de Droit administratif*, Montchrestien, 1969.
- AUTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », R.D.P., 1900.
- HAURIU, « Les éléments du contentieux », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1905.
- LAMPUÉ Pierre, « La notion d'acte juridictionnel », R.D.P., 1946.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คดีปกครองเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพ (รายงานการวิจัย), กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (รายงานการวิจัย), กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, คดีปกครองเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (รายงานการวิจัย), กรุงเทพฯ : บริษัทชุมทองอุตสาหกรรมและการพิมพ์ จำกัด, 2546.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุมนิติกรรมในฝ่ายปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์ (ปีที่ 21 ฉบับที่ 4 2534), หน้า 592-632.

ชาญชัย แสวงศักดิ์, “เอกสารทางวิชาการประกอบการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา 7 (2) (ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522”, (เล่ม 7 สิงหาคม 2531), หน้า 658-669.

สมคิด เลิศไพฑูรย์, “นิติกรรมทางตุลาการ”, วารสารกฎหมายปกครอง, (เล่ม 9 เมษายน 2533), หน้า 143-157.