



การฟ้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่
(les actes non décisives) ในประเทศฝรั่งเศส

Legal action on *les actes non décisives* (administrative acts with no effects
to rights or obligations) in France

อานันท์ กระบวนศรี*

รับบทความเมื่อ 15 กันยายน 2566

แก้ไขบทความเมื่อ 19 มกราคม 2567

ตอบรับบทความเมื่อ 8 กุมภาพันธ์ 2567

บทคัดย่อ

หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล (la règle de la décision préalable) เป็นหนึ่งในเงื่อนไขการฟ้องคดีที่สำคัญที่ระบบกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสยึดถือมาช้านาน หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้ผู้ฟ้องคดีจะต้องรอจนกว่าฝ่ายปกครองจะมีการตัดสินใจออกนิติกรรมทางปกครองเสียก่อน จึงจะสามารถนำกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของตนไปฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองในฐานะที่ดำรงอยู่อย่างใกล้ชิดกับประชาชนและข้อเท็จจริง ได้ทำการตัดสินใจแก้ไขเยียวยาความเสียหายหรือความคับข้องใจของประชาชนนั่นเองเสียก่อน และเพื่อไม่ให้มีคดีขึ้นสู่ศาลปกครองมากเกินไปทำให้ศาลปกครองไม่สามารถอำนวยความสะดวกทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามการยึดถือตามหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดมากเกินไปของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง สภาแห่งรัฐจึงเริ่มผ่อนคลายความเข้มงวดในการปรับใช้หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ปัจจุบันสภาแห่งรัฐได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาคดี GSTI ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 2020 ว่าบรรดาเอกสารของฝ่ายปกครองที่อาจกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน ย่อมสามารถตกเป็นวัตถุแห่งคดีที่จะนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ทำให้ประชาชนสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้สะดวกขึ้น เนื่องจากสภาแห่งรัฐได้ให้ความสำคัญกับ “เนื้อหา”

*

นิติศาสตรมหาบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน สาขากฎหมายมหาชนภาคธุรกิจ มหาวิทยาลัย Paris - Saclay (เกียรตินิยม) ประเทศฝรั่งเศส พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ของการกระทำของฝ่ายปกครองว่ากระทบต่อสิทธิหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ จากเดิมที่ให้ความสำคัญกับ “รูปแบบ” ของการกระทำของฝ่ายปกครองมากกว่า จึงอาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาคดี GISTI ได้เปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาของศาลปกครองประเทศฝรั่งเศสอย่างมีนัยสำคัญ

คำสำคัญ : บทความวิชาการ, กฎหมายมหาชน, กฎหมายปกครอง, วิธีพิจารณาคดีปกครอง, ศาลปกครอง, สภาแห่งรัฐ, ฝรั่งเศส, นิติกรรมทางปกครอง, การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย, หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล, การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่

วารสารวิชาการศาลปกครอง



Abstract

The principle of “la règle de la decision préalable” has long been a cornerstone of French administrative law, It mandates that litigants must await administrative authorities’ decisions before initiating legal action to challenge administrative acts affecting their rights. Rooted in the belief that administrative bodies, having the closest proximity with the citizen as well as the relevant facts thereof, should first be allowed to rectify the grievances and damages occurred. This principle also aims to reduce the caseloads of the administrative court. However, the Conseil d’État’s stringent adherence to this principle has drawn criticism for potentially leaving litigants without recourse when confronted with unlawful administrative actions. In response, the Conseil d’État has adopted a more flexible approach, as exemplified by the GISTI Judgment of June 12, 2020. This landmark Judgment permits the examination of administrative documents that may impact citizens’ rights, simplifying access to French administrative courts by prioritizing the substance of administrative actions over their procedural form. This judgment represents a notable departure from the established norms governing French administrative courts.

Keywords : Academic articles, Public law, Administrative law, Contentieux administrative, Administrative Courts, Conseil d’État, France, Acte administratif, Recours pour excès de pouvoir, la règle de la décision préalable, actes non décisives

บทนำ

ฝ่ายปกครองมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะและการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ฝ่ายปกครองมีเครื่องมือสำคัญต่าง ๆ ทั้งที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมและที่มีลักษณะเป็นการกระทำในทางกายภาพ และเพื่อเป็นหลักประกันว่าการใดที่ฝ่ายปกครองได้กระทำอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจตามหลักนิติรัฐ ศาลปกครองในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระจากฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวไม่ได้หมายความว่า การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจะตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองเสมอไป โดยระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้วางหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่มีชื่อเรียกว่า “หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล” (*la règle de la décision préalable*)² อันถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขการฟ้องคดีที่สำคัญ หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ฟ้องคดีต้องรอจนกว่าฝ่ายปกครองจะตัดสินใจออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเสียก่อน จึงจะสามารถนำกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของตนไปฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ หลักการนี้มีขึ้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองในฐานะองค์กรที่ดำรงอยู่อย่างใกล้ชิดกับประชาชน และข้อเท็จจริง ได้แก่ ไขเยียวความเสียหายหรือความคับข้องใจของประชาชนนั่นเองเสียก่อน และเพื่อไม่ให้มีคดีขึ้นสู่ศาลปกครองมากจนทำให้ศาลปกครองไม่สามารถอำนวยความสะดวกทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในทางกลับกัน การใดที่ยังคงถือได้ว่าเป็นกระบวนการภายในของฝ่ายปกครอง ย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อน เพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล เช่น หนังสือเวียน แนวปฏิบัติ มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร การให้ความเห็น การให้ข้อมูล การขอความร่วมมือ หรือกรณีอื่น ๆ ที่ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ย่อมไม่อาจตกเป็นวัตถุแห่งคดีพิพาทที่ศาลปกครองรับไว้ตรวจสอบได้ การศึกษาเกี่ยวกับข้อความคิดตลอดจนประเภทหรือลักษณะของ “การกระทำของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่” จึงเป็นสิ่งจำเป็น

¹ ประเภทของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (*le contrôle de la légalité*) อาจจำแนกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) การควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง (*les recours administratifs*) ซึ่งอาจทำการควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายปกครองผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเอง (*le recours gracieux*) หรือโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองฉบับนั้น (*le recours hiérarchique*) และ (2) การควบคุมตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ (*les recours juridictionnels*) (โปรดดู Georges Dupuis et al., *Droit administratif*, (Sirey, 10^e éd., 2007), pp. 51-55.) อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะทำการศึกษาเฉพาะในส่วนของการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น

² สำนวนแปลของ ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ ใน บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, ‘การจัดความสัมพันธ์ระหว่างระบบการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นโดยฝ่ายปกครองกับการฟ้องคดีต่อศาล : ปัญหาเกี่ยวกับหลักคิดของศาลในการเป็นหลักประกันสุดท้ายของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน’ (โครงการสัมมนาเพื่อพัฒนาองค์ความรู้และรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพฯ, 27/มิถุนายน/2562). หน้า 5.

หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลมีที่มาจากประวัติศาสตร์ข้อความคิดว่าด้วยนิติกรรมทางปกครอง³ ของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีที่มาอย่างยาวนานและยังคงดำรงอยู่สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสได้เดินตามแนวทางนี้มาโดยตลอด ถึงแม้ว่าในอดีตจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จนถึงปัจจุบันที่ได้มีการตราหลักการดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา R. 421 - 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (le Code de justice administrative) ที่บัญญัติว่า “การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะคำฟ้องที่ทำได้แย้งการตัดสินใจ (ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่) เท่านั้น (...)”⁴ อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การยึดติดกับแนวทางดังกล่าวอย่างเคร่งครัดจนเกินไปไม่อาจนำมาซึ่งความมีประสิทธิภาพในการอำนวยความยุติธรรมซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานอีกประการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้ สภาแห่งรัฐจึงผ่อนคลายนัยความเคร่งครัดดังกล่าวโดยยอมรับว่าการกระทำของฝ่ายปกครองในหลายกรณีที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (non décisives)⁵ แต่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญแล้ว

³ วัตถุประสงค์การศึกษาของบทความฉบับนี้ ได้แก่ “นิติกรรมทางปกครอง” (l’acte administratif) ซึ่งเป็นข้อความคิดที่มีที่มาจากระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ในขณะที่ในระบบกฎหมายไทยคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในงานเขียนทางวิชาการ เช่น หนังสือตำรา งานวิจัย และบทความเกี่ยวกับกฎหมายปกครองเป็นหลัก แต่ไม่ใช่ถ้อยคำทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัตินิยามหรือคำจำกัดความไว้ในกฎหมายไทย (ต่างจากคำว่า “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ที่ปรากฏนิยามที่ชัดเจนในดับทกฎหมายของประเทศไทยในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ที่ได้รับการกล่าวถึงและให้ตัวอย่างไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) นอกจากนี้ในประเทศไทยพบว่า มีการใช้ คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” อย่างน้อยใน 3 ความหมายแตกต่างกันออกไป ได้แก่ (1) หมายความถึงนิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง (ได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง และสัญญาทางปกครอง) (2) หมายความถึงนิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกลาง (ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง) และ (3) หมายความถึงนิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ (เฉพาะคำสั่งทางปกครอง) ดังนั้น เพื่อทำความเข้าใจเนื้อหาในบทความนี้ จึงต้องอธิบายให้ชัดเจนก่อนว่า คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในฐานะที่เป็นศัพท์เทคนิค (terminus technicus) ของการศึกษานี้มีความหมายอย่างกลาง ได้แก่ กฎ และคำสั่งทางปกครอง เท่านั้น เนื่องจากเป็นการศึกษาเฉพาะการใช้เทคนิคทางกฎหมายของศาลปกครองในการกำหนดค่าบังคับของศาลใน “คดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (le recours pour excès de pouvoir) เท่านั้น ไม่รวมถึงคดีฟ้องโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ที่เป็นคดีปกครองแยกออกมาต่างหากอีกประเภทหนึ่ง ที่เรียกว่า “คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม” (le recours de plein contentieux) แต่อย่างใด

⁴ La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision (...)

⁵ ทั้งนี้ ในกฎหมายไทยไม่ได้มีการนิยามคำศัพท์นี้เอาไว้โดยเฉพาะ แต่จากการศึกษาพบว่า เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในทางตำราต่างประเทศแต่ก็ยังไม่ได้มีการแปลเป็นภาษาไทยเอาไว้โดยเฉพาะ หากจะแปลความตามถ้อยคำตัวอักษรแล้ว ก็อาจเรียกได้ว่า “การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจ” แต่ในบทความนี้จะใช้คำว่า “การกระทำของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่” (หรืออาจแปลตามเนื้อหาของเรื่องว่า “การกระทำ (มีต่อหน้าถัดไป)

ศาลปกครองก็สามารถที่จะรับคดีไว้พิจารณาได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แนวคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นในช่วงสิบปีที่ผ่านมา ในคดี Société Fairvesta International GmbH et autres (ค.ศ. 2016) คดี Marine Le Pen (ค.ศ. 2019) และล่าสุดในคดี GISTI (ค.ศ. 2020) ศาลปกครองชั้นต้นได้ผ่อนคลายเป็นหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล เป็นอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่า ปัจจุบันศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสแทบจะไม่ได้ยึดติดกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่จัดประเภทของ “รูปแบบ” การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (les actes non décisifs) ซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองเอาไว้ แต่พิจารณาจาก “เนื้อหา” ของการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นรายกรณีว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงแห่งนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีและส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่สำคัญถึงขนาดที่ควรจะถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองหรือไม่

เพื่อทำความเข้าใจถึงพัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและหลักกฎหมายที่ปรากฏผ่านการตีความของศาลปกครองฝรั่งเศส บทความนี้จะทำการศึกษาค้นคว้าหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ในส่วนที่ 1 ของบทความนี้ จากนั้นจะทำการศึกษากฎปฏิบัติที่ไม่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (les actes non décisifs) และการผ่อนคลายเป็นความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนที่เสนอโดยสภาแห่งรัฐ ในส่วนที่ 2 ของบทความนี้ และปิดท้ายด้วยการศึกษารวบรวมหลักในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจ แต่มีผลอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิหรือฐานะของบุคคล (des effets notables sur les droits ou la situation) โดยสภาแห่งรัฐในปัจจุบัน ในส่วนที่ 3 ของบทความนี้ ตามลำดับ

ส่วนที่ 1 หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล (la règle de la décision préalable)

ในการเสนอคดีต่อศาลปกครองนั้น นอกจากผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีสิทธิและมีความสามารถในการฟ้องคดีแล้ว ยังจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการฟ้องคดี (Conditions de saisine du juge administratif) ซึ่งได้แก่ (1) คดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (Litige d'ordre administratif) (2) ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการเบื้องต้นในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง (Le recours administratif

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 5)

ที่มีใช้กำหนดกฎเกณฑ์หรือการกระทำที่มีขึ้นนิติกรรม” ได้เช่นกัน) โดยเป็นการเน้นสาระสำคัญและความหมายโดยไม่ต้องเกาะติดกับคำในภาษาฝรั่งเศส เนื่องจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศสใช้ศัพท์เทคนิคที่แตกต่างจากกฎหมายปกครองไทย แต่ก็ยังคงเป็นถ้อยคำที่ไม่แพร่หลายมากนักในทางวิชาการ ดังนั้น ส่วนใหญ่แล้วในทางตำรา ก็มักจะเป็นการ “ยกตัวอย่าง” การกระทำดังกล่าวเสียมากกว่า โดยอาศัยการเรียกใช้ถ้อยคำที่ต่างกันตามลักษณะของเรื่อง เช่น คำสั่งภายในฝ่ายปกครองชั้นต้นภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้

préalable obligatoire (Rapo)) (3) ฝ่ายปกครองได้มีการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง (Nécessité d'une décision) ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล (4) ผู้ฟ้องคดีชำระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามอัตราที่กฎหมายกำหนด (Coût) และ (5) ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องคดีภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (Délais)⁶

เมื่อพิจารณาเงื่อนไขทั้ง 5 ประการ ดังที่กล่าวไปแล้วจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขที่เกี่ยวข้องที่จะนำเสนอในบทความฉบับนี้ ก็คือ *เงื่อนไขประการที่สาม* ซึ่งเป็นไปตามหลักการพื้นฐานที่มีชื่อเรียกว่า “หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล” อันถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขการฟ้องคดีที่สำคัญซึ่งเป็นที่ยอมรับมาโดยตลอดตามแนวคำวินิจฉัยของศาล⁷ หลักการนี้บังคับว่าศาลปกครองจะรับฟ้องได้ก็ต่อเมื่อข้อโต้แย้งที่พิพาทนั้นมีลักษณะเป็นการตัดสินใจโดยชัดแจ้งของฝ่ายปกครอง (une manifestation de volonté de l'administration) ในอันที่จะก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงในนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเท่านั้น⁸ แต่หากยังไม่ได้มีการตัดสินใจของฝ่ายปกครองออกมา เช่น เป็นเพียงการสั่งการภายในฝ่ายปกครอง การให้คำแนะนำ การเตือน การขอความเห็น ก็ย่อมไม่สามารถนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบได้ เนื่องจากมาตรการเหล่านี้โดยหลักแล้วยังไม่ได้มุ่งบังคับใช้กับประชาชนโดยตรง แต่จะมีผลโดยอ้อมเท่านั้น แตกต่างกับคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจใช้บังคับโดยตรงกับประชาชน⁹ กล่าวโดยสรุป มาตรการทางปกครองที่จะสามารถเป็นวัตถุแห่งคดีที่พิพาทต่อศาลปกครองได้จะต้องมีลักษณะเป็นการตัดสินใจให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่เท่านั้น (caractère décisoire)¹⁰ จึงถือได้ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ศาลปกครองจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย¹¹ ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเสนอคดีต่อศาลปกครองโดยไม่เคารพต่อหลักการดังกล่าว

⁶ Service-public.fr, Conditions de saisine du juge administratif, [Online], retrieved from <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2478> เมื่อ 13 กันยายน 2566.

⁷ หลักการดังกล่าวเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ความสัมพันธ์ในทางคดี” (liaison du contentieux), *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*

⁸ Alix Perrin, Contentieux administratif, (Daloz, 2^e éd., 2021), p. 83.

⁹ ยงยุทธ อนุกุล, “สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติ และมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 91.

¹⁰ ในอดีต บางตำราจะเรียกว่ามีลักษณะการบังคับในทันที (caractère exécutoire) ซึ่งมีความหมายนัยเดียวกัน ภายหลังหลักคิดดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปเนื่องจากได้สร้างความสับสนในทางวิชาการ โปรดดู Bertrand Seiller, Droit administratif Tome 2. L'action administrative, (Champs université, 7^e éd., 2018), p. 133.

¹¹ ดังสุภาวิชิตกฎหมายที่ว่า “point de décision préalable, point de saisine recevable” ซึ่งแปลโดยสรุปความหมายได้ว่า “การต้องมีการตัดสินใจของฝ่ายปกครองเสียก่อน เป็นฐานในการฟ้องคดีต่อศาล” โปรดดู Serge Daël, Contentieux administratif, (PUF, 3^e éd., 2010), p. 91.



โดยหลักแล้ว ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา (l'irrecevabilité de la requête)¹² เนื่องจากเป็นคำฟ้องที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการฟ้องคดี¹³

ประโยชน์ที่เห็นได้อย่างชัดเจนของหลักการนี้ คือ

(1) การตัดสินใจของฝ่ายปกครองย่อมก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี (ordonnancement juridique) ในอันที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้อยู่ในบังคับของนิติกรรมดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญ (faire grief)¹⁴ ดังนั้น หากยังไม่มีมติตัดสินใจดังกล่าว นิติสัมพันธ์ของคู่กรณีจึงยังไม่อาจถือได้ว่าได้รับผลกระทบอย่างแท้จริง ศาลปกครองจึงไม่สามารถที่จะเข้ามาเยียวยาความเสียหายที่ยังไม่เกิดขึ้นได้

(2) เป็นการให้ข้อมูลแก่ฝ่ายปกครองว่ามีความคับข้องใจหรือความขัดแย้งเกิดขึ้น และเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้แก้ไขเยียวยาข้อบกพร่องนั้น ก่อนที่จะมีคดีมาฟ้องต่อศาลซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาเป็นเวลานานกว่าการดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก¹⁵

(3) ในกรณีที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจปฏิเสธไม่ดำเนินการตามคำขอของผู้ร้อง ผู้ร้องก็จะได้ทราบเหตุผลในการปฏิเสธดังกล่าว เพื่อนำไปใช้ในการต่อสู้คดีในชั้นศาลต่อไป¹⁶

หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล เป็นหลักการที่มีประวัติความเป็นมาอย่างยาวนานสืบสวย้อนกลับไปได้ตั้งแต่สมัยที่ระบบกฎหมายปกครองอยู่ภายใต้ทฤษฎีที่ให้รัฐมนตรีทำหน้าที่ตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองแทนศาลยุติธรรม (la théorie du ministre - juge) ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายปกครองและศาลยุติธรรม

¹² Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, (Litec, 4^e éd., 2005), pp. 201.

¹³ ในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งการกระทำดังกล่าว ถึงแม้ว่าศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา แต่เมื่อศาลยังไม่ได้ตัดสินในเนื้อหาแห่งคดี เพราะฉะนั้น เมื่อต่อมาได้มีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งที่ออกมาโดยอาศัยฐานของการกระทำดังกล่าว เช่น มีการออกคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยฐานอ้างอิงมาจากแนวทางปฏิบัติ (les directives) และมีการฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแนวทางปฏิบัติดังกล่าวในเวลาเดียวกัน ศาลปกครองก็สามารถรับคดีไว้พิจารณาได้และเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของแนวทางปฏิบัติดังกล่าวได้ เนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองที่พิพาท การควบคุมตรวจสอบประเภทนี้ จะเรียกว่า voie d'exception หรือ exception d'illégalité ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Min. Éducation nationale c/Épx Gentihomme ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1994, โปรดดู Mattias Guyomar et al., *Contentieux administratif*, (Daloz, 6^e éd, 2021), pp. 318-319.

¹⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 129-131.

¹⁵ David Bailleul, *Le procès administratif*, (LGDJ, 1^{ère} éd., 2014), p. 61.

¹⁶ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 315-316.

(le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires)¹⁷ ดังนั้น การตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (la décision administrative) ในกรณีนี้จึงมีสถานะเป็นคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น การโต้แย้งนิติกรรมดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดขึ้นไป ถึงแม้ว่าภายหลังได้มีการยกเลิกทฤษฎีดังกล่าวโดยแนวคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐในคดี Cadot เมื่อปี ค.ศ. 1889¹⁸ ก็ตาม (ทำให้การตัดสินใจของฝ่ายปกครองมีสถานะเป็นเพียงนิติกรรมทางปกครอง ไม่ใช่คำพิพากษาของศาลปกครองอีกต่อไป) แต่สภาแห่งรัฐก็ยังคงยึดถือหลักว่าจะต้องมีการตัดสินใจของฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเสมอ สภาแห่งรัฐได้รับรองหลักการดังกล่าว ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร¹⁹ ต่อมา ได้มีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ในมาตรา R. 421 - 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (le Code de justice administrative) ซึ่งล่าสุดได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 2016-180 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2017 ที่ได้บัญญัติว่า “การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจะกระทำได้อีกแต่เฉพาะคำฟ้องที่พ้องโต้แย้งการตัดสินใจ (ให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่) (une décision) เท่านั้น (...)” หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้บุคคลที่ประสงค์จะโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองต่อศาลปกครอง จะสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (une décision de l’administration) เท่านั้น หลักการดังกล่าวนำมาใช้กับคดีทุกประเภทในศาลปกครอง²⁰

¹⁷ ในการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศส คณะปฏิวัติได้ตราบัญญัติ ลงวันที่ 16 และวันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 และรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1795 (16 fructidor an III) บัญญัติว่า ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมไม่สามารถแทรกแซงการบริหารกิจการของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ โปรตุ ดู Vie - publique, “Pourquoi existe-t-il une justice administrative ?,” [Online], retrieved from [https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites#:~:text=Sous%20la%20R%C3%A9volution%20\(loi%20des,des%20autorit%C3%A9s%20administratives%20et%20judiciaires](https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites#:~:text=Sous%20la%20R%C3%A9volution%20(loi%20des,des%20autorit%C3%A9s%20administratives%20et%20judiciaires) เมื่อ 19 สิงหาคม 2566.

¹⁸ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Cadot ลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1889

¹⁹ Charles Debbasch et al., *Contentieux administratif*, (Daloz, 8^e éd., 2001), p. 367.

²⁰ การแบ่งประเภทคดีปกครองในศาลปกครองอาจจำแนกตามแนวคำสอนของ Édouard Laferrière อดีตรองประธานสภาแห่งรัฐ นักกฎหมายมหาชนคนสำคัญของประเทศฝรั่งเศส ได้เป็นคดี 4 ประเภทที่สำคัญ ได้แก่ คดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (le contentieux de l’annulation) คดีที่ศาลปกครองมีอำนาจเต็ม (le contentieux de la pleine juridiction) คดีร้องขอให้ศาลตีความ (Le contentieux de l’interprétation) และคดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษ (le contentieux de la répression) โปรตุ ดู Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 122-123.

อย่างไรก็ตาม หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ดูเหมือนจะถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัดกับคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมากกว่าคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจเต็ม ซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องดำเนินการร้องขอให้ฝ่ายปกครองเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายก่อนที่ จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง, โปรตุ ดู Jacques Viguier, *Le Contentieux administratif*, (Daloz, 1^{ère} éd., 1998), (มีต่อหน้าถัดไป)



อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ได้มีข้อยกเว้นบางประการที่ไม่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไข เช่น กรณีที่เป็นเงื่อนไขที่อาจแก้ไขให้ถูกต้องสมบูรณ์ได้ในภายหลัง เช่น คดีพิพาทที่ขอให้รับผิดเป็นตัวเงิน²¹ ซึ่งเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องในชั้นพิจารณาคดีของศาลตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา คดี Andry²² หรือเป็นกรณีที่มีข้อบกพร่อง แต่ภายหลังจากที่ได้มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีได้ต่อสู้ ในเนื้อหาของคดีโดยที่ไม่ได้ยกข้อบกพร่องตามหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง เสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ขึ้นต่อสู้ในคำให้การแต่ประการใด ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา คดี Boussange²³ และยกเว้นไม่นำมาใช้ในกรณีที่ข้อพิพาทที่ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผู้ฟ้องคดี รวมถึง ในการร้องขอให้ศาลกำหนดวิธีการหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาคดีและในกรณีจำเป็น เร่งด่วน²⁴ นอกจากนี้ ในอดีต ได้ยกเว้นหลักการดังกล่าวให้แก่คดีพิพาทอันเกี่ยวกับการโยธาสาธารณณะอีกด้วย เนื่องจากเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดยกเว้นเอาไว้เป็นการเฉพาะ²⁵ ก่อนที่ข้อยกเว้นดังกล่าวจะถูกยกเลิก ในภายหลังโดยรัฐกฤษฎีกา เลขที่ 2016 - 1480 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016²⁶

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ความข้างต้นแสดงให้เห็นถึง วัตถุประสงค์ที่จะฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลพิพากษาสั่งให้เพิกถอนตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1)²⁷

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 20)

pp. 106-107. ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการศึกษา ในบทความนี้จะทำการศึกษาโดยเน้นไปที่คดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เพียงอย่างเดียว เนื่องจากเป็นแก่นของวิธีพิจารณาคดีปกครองที่จะทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจหลักการพื้นฐาน ในภาพรวมได้อย่างชัดเจน

²¹ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 2, หน้า 5-6.

²² คำพิพากษาของศาลฎีกา คดี Andry ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1970

²³ คำพิพากษาของศาลฎีกา คดี Boussange ลงวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ. 1971

²⁴ Jacques Viguier, *op. cit.*, p. 108.

²⁵ Charles Debbasch et al., *op. cit.*, p. 369.

²⁶ Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 81-82.

²⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 72 วรรคหนึ่ง “ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบางอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)”

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจ หน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้าง ขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น จะต้องเป็น “กฎ” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ตามนิยามในมาตรา 5²⁸ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น หากการกระทำใดไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีโดยตรง เช่น การตอบข้อหารือให้ความเห็นในทางกฎหมาย การแจ้งข้อมูลให้ทราบ การให้คำแนะนำหรือข้อเสนอแนะ ย่อมไม่อาจถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้²⁹ ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³⁰

ภายใต้หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล หากมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองทั้งที่ฝ่ายปกครองยังไม่ได้มีการตัดสินใจเพื่่มุ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสจะปฏิเสธไม่ควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีสภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าการเคร่งครัดกับหลักการดังกล่าวมากจนเกินไปอาจนำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมได้ สภาแห่งรัฐจึงได้เริ่มทำการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนทีละน้อย ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในส่วนที่ 2 ของบทความนี้

²⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้ (...)

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

²⁹ ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์, “หลักการพิจารณาเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 8 ฉบับที่ 1, 2558, หน้า 15-16.

³⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 42 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”

ส่วนที่ 2 การปฏิเสธไม่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (les actes non décisives) และการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ละน้อยโดยสภาแห่งรัฐ

จากการศึกษาพบว่า “การกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง” อาจมีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยจำแนกได้เป็น 10 รูปแบบ³¹ ดังต่อไปนี้

- 2.1 หนังสือเวียน (les circulaires)
- 2.2 การแนะนำ แนวปฏิบัติ (les directives, les lignes directrices, les orientations)
- 2.3 มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร (les mesures d'ordre intérieur)
- 2.4 การเตรียมการ (les actes préparatoires/les mesures préparatoires)
- 2.5 การให้ความเห็น (les avis)
- 2.6 เอกสารต้นแบบ (les documents types)
- 2.7 การขอความร่วมมือ การแสดงความคาดหวัง หรือความปรารถนา (les vœux)
- 2.8 การให้ข้อมูล (les renseignements)
- 2.9 การแจ้งเตือนเพื่อให้ปฏิบัติตาม (les mesures postérieurs aux décisions)
- 2.10 การกระทำที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างอ่อน (les actes de droit souple)

2.1 หนังสือเวียน (les circulaires)

หนังสือเวียน หมายถึง ข้อกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปที่หัวหน้าหน่วยงานออกหรือกำหนดให้แก่เจ้าหน้าที่ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตีความและการบังคับใช้

³¹ การกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองมีมากกว่า 10 รูปแบบ เช่น หนังสือรับรองหรือหนังสืออ้างอิง (les documents de référence) เอกสารที่กำหนดเป้าหมายและผลที่คาดว่าจะได้รับของโครงการ (les documents prévisionnels) เช่น แผนเศรษฐกิจแห่งชาติ (โปรดดู Didier Truchet, *Droit administratif*, (Puf, 7^e éd., 2017), pp. 310-311.) คำแถลงการณ์ (les actes déclaratifs) การกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดผลแต่อย่างใด (les actes superfétatoire) หรือมาตรการให้ความช่วยเหลือโดยแท้แต่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบรองรับ (les mesures purement gracieuses) (Serge Daël, *op. cit.*, pp. 96-99. Et Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 328) แต่ในบทความนี้จะทำการศึกษาเพียง 10 รูปแบบเท่านั้น โดยผู้เขียนเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาให้ครบถ้วนเนื่องจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีความละเอียดซับซ้อน และมีความคลุมเครือเป็นอย่างมาก ทั้งตำรากฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฝรั่งเศสก็ได้มีการอธิบายและการจัดประเภทที่แตกต่างกันออกไปตามแต่ความเห็นทางกฎหมายของผู้เขียนตำรากฎหมายของประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม เพื่อขจัดความยุ่งยากซับซ้อนดังกล่าว ในภายหลังสภาแห่งรัฐจึงได้วางแนวคำวินิจฉัยที่สำคัญโดยเฉพาะในคดี GISTI (ค.ศ. 2020) โดยวางหลักการพื้นฐานในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจก่อผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ในภาพรวมอย่างชัดเจน ซึ่งจะได้นำไปในส่วนที่ 3 ของบทความนี้

รัฐบัญญัติและกฎข้อบังคับ³² ปฏิบัติตาม โดยหนังสือเวียนนั้นอาจมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปก็ได้ เช่น บันทึกการปฏิบัติงาน (le note de service) หรือข้อปฏิบัติ (l'instruction) โดยหลักแล้วหนังสือเวียนมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการอธิบาย (expliciter) ขยายความ (commenter) ตีความ (interpréter) และระบุชี้ชัด (préciser) กฎหมายและระเบียบต่าง ๆ ที่จะใช้ปรับกับข้อเท็จจริงโดยฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ แต่เดิมนักกฎหมายฝรั่งเศสจึงถือว่าหนังสือเวียนไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจในอันที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายนอก³³ เป็นเพียงการกระทำภายในที่จะใช้กันเฉพาะเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเพื่อให้ปฏิบัติตามโดยอาศัยการเคารพเชื่อฟังตามสายงานบังคับบัญชาเท่านั้น ไม่ได้มีผลกระทบใด ๆ ต่อประชาชน ซึ่งโดยปกติไม่ได้รับรู้ถึงเนื้อหาของหนังสือเวียนดังกล่าว จึงไม่สามารถนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้³⁴

ในทางตำราได้แบ่งประเภทหนังสือเวียนออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ หนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎ (les circulaires non réglementaires) และหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการออกกฎ (les circulaires réglementaires)³⁵

2.1.1 หนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎ (les circulaires non réglementaires)

หนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎ ได้แก่ หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความกฎหมาย (les circulaires interprétatives) หนังสือเวียนประเภทนี้มีลักษณะเป็นการอธิบายการใช้ หรือการตีความกฎหมายระดับรัฐบัญญัติหรือรัฐกฤษฎีกา หนังสือเวียนประเภทนี้เป็นหนังสือเวียนที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของผู้ใด เนื่องจากเป็นเพียงการอธิบายหรือตีความกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นเท่านั้น ดังนั้น หนังสือเวียนประเภทนี้จึงไม่มีสภาพบังคับ (les circulaires non impératives)³⁶ และไม่อาจนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้

2.1.2 หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการออกกฎ (les circulaires réglementaires)

โดยหลักแล้ว หนังสือเวียนมีวัตถุประสงค์หลักในการส่งเสริมการใช้และการตีความกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า ในบางกรณีเนื้อหาในหนังสือเวียนได้เลยพ้นไปจากการตีความกฎหมายและได้กลายเป็นการสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ หนังสือเวียนประเภทนี้

³² ยงยุทธ อนุกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 94.

³³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 143.

³⁴ อย่างไรก็ตาม ต่อมา ได้มีการตราบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1987 กำหนดให้มีการประกาศหนังสือเวียนให้สาธารณชนทราบด้วย, โปรตดู สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 'หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส' (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, ตุลาคม 2545) หน้า 89-90.

³⁵ Jacques Viguier, *op. cit.*, pp. 106-107.

³⁶ Serge Daël, *op. cit.*, p. 94.



มีลักษณะเป็นการตัดสินใจและมีสภาพบังคับ (caractère impérative)³⁷ เกิดขึ้นในความเป็นจริง³⁸ ตามนัยคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Institution Notre-Dame du Kreisker³⁹ และคดี Mme Du vignères⁴⁰ ดังนั้น หนังสือเวียนประเภทนี้ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของผู้เสียหายอันเป็นเหตุให้นำมาฟ้องเป็นคดีขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ (recevabilité) ทั้งนี้ ส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองมักจะเพิกถอนหนังสือเวียนประเภทดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าหน่วยงานทางปกครองผู้ออกหนังสือเวียนที่พิพาทไม่ใช่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ (incompétence) ในการออกกฎ⁴¹ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Da Silva et C.F.D.T.⁴²

การแบ่งประเภทของหนังสือเวียนดังกล่าวเป็นที่ยึดถือกันมาในทางตำรา และในแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐมาเป็นเวลายาวนาน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2002 สภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษา คดี Mme Du vignères⁴³ วางหลักว่าหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการออกคำสั่ง (le caractère impératif) สามารถนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้⁴⁴ คำพิพากษาในคดีนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงการยกเลิกเกณฑ์การพิจารณาหนังสือเวียนตามหลักเดิม (กล่าวคือ หนังสือเวียนที่ไม่มีลักษณะเป็นการออกกฎ และหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการออกกฎ) แต่มุ่งไปศึกษาถึงสาระสำคัญของหนังสือเวียนว่า เป็นการออกคำสั่งหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สภาแห่งรัฐไม่ได้สนใจว่าหนังสือเวียนนั้นมี “รูปแบบ” อย่างไร แต่มุ่งพิจารณาว่า “เนื้อหา” สาระของหนังสือเวียนนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของผู้เสียหายหรือไม่ก็เพียงพอแล้วสำหรับการรับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณา⁴⁵

³⁷ องค์ประกอบเรื่องการมีสภาพบังคับ (caractère impérative) เป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญ และจะถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาอีกครั้งใน *ส่วนที่ 3.1* ของบทความนี้

³⁸ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 318., et Gilles Lebreton, *Droit administratif*, (Daloz, 11^e éd., 2021), pp. 115-119.

³⁹ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Institution Notre-Dame du Kreisker ลงวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1954

⁴⁰ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Mme Du vignères ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 2002

⁴¹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 34*, หน้า 90.

⁴² คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Da Silva et C.F.D.T. ลงวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1975

⁴³ คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Mme Du vignères ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 2002

⁴⁴ Didier Truchet, *op. cit.*, p. 308.

⁴⁵ Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, (Daloz, 16^e éd., 2014), p. 219., Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 109-110., et Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 318.

2.2 แนวปฏิบัติ (les directives⁴⁶, les lignes directrices)

แนวปฏิบัติ หมายถึง มาตรการที่ฝ่ายปกครองกำหนดเป็นหลักการหรือแนวทางล่วงหน้า ในเรื่องที่ดินมีดุลพินิจ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเฉพาะรายต่อไป ทั้งนี้ เพื่อช่วยในการปฏิบัติงานของตนและเพื่อหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการใช้อำนาจที่สับสนกัน⁴⁷ แนวปฏิบัติ จึงเป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง (une autorité hiérarchiquement supérieure) ต่อผู้ใต้บังคับบัญชา (les services subordonnés) เพื่อให้ประชาชนผู้รับบริการสาธารณะได้รับหลักประกันว่า ฝ่ายปกครองจะมีการออกคำสั่งเฉพาะเรื่องเฉพาะรายอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ⁴⁸ การออกแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครองมีประโยชน์เป็นอย่างมากในการกำหนดกรอบการใช้อำนาจดุลพินิจ ของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ การบริหารจัดการที่ดิน และกิจการด้านสังคม⁴⁹ กรอบการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวจึงเป็นการลดความเสี่ยงในการที่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการตามอำเภอใจหรือว่าปฏิบัติหน้าที่แล้วขัดกันเอง ดังนั้น แนวปฏิบัติ ของฝ่ายปกครองจึงไม่ได้มีลักษณะเป็นการออกกฎแต่เป็นการแนะนำแนวทางที่พึงปฏิบัติแก่เจ้าหน้าที่ ผู้ใต้บังคับบัญชาเท่านั้น โดยหลักแล้วจึงไม่อาจถือได้ว่ากระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน⁵⁰

ในประเด็นปัญหาดังกล่าว สภาแห่งรัฐได้เคยมีแนวคำพิพากษาในคดี *Crédit foncier de France (CFC)*⁵¹ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางหลักว่า แนวปฏิบัติเป็นเรื่องของการกำหนดแนวทางทั่วไป ในการปฏิบัติ แต่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งนั้นจะต้องพิจารณา ตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี กล่าวคือ แนวปฏิบัติไม่ได้มีผลเป็นการตัดอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ในการออกคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด⁵² แม้ว่าโดยหลักแล้ว แนวปฏิบัติจะเป็นเรื่องที่ใช้บังคับภายใน ฝ่ายปกครองก็ตาม แต่แนวปฏิบัติเดียวกันนี้อาจส่งผลกระทบต่อประชาชนในทางอ้อมได้เช่นกัน กล่าวคือ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้นำแนวปฏิบัตินั้นมาใช้เป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ผู้ที่ได้รับ

⁴⁶ พึงระมัดระวังเสมอว่า les directives ในความหมายดังกล่าว ไม่ใช่ la directive ตามความหมาย ในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่หมายถึงข้อกำหนดของสหภาพยุโรป (la directive de l'Union européenne) โปรดดู Didier Truchet, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁷ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 109-110.

⁴⁸ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 318-319.

⁴⁹ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁰ Didier Truchet, *op. cit.*, p. 309.

⁵¹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี *Crédit foncier de France* ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1970

⁵² Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 120-123., Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 318-319., Gustave Peiser, *op. cit.*, p. 219.

ผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยแนวปฏิบัติดังกล่าว ย่อมมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง⁵³ โดยอาจหยิบยกแนวปฏิบัติดังกล่าวมาใช้ประกอบในข้ออ้างหรือข้อโต้แย้งของตนได้ เช่น ข้ออ้างที่ว่า ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามแนวปฏิบัตินั้น หรือเป็นข้ออ้างที่ว่าแนวปฏิบัตินั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้ เมื่อศาลปกครองเห็นว่าแนวปฏิบัติอาจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายบางอย่าง กล่าวคือ ในกรณีที่ ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติตามประชาชนรายใดตามแนวปฏิบัติทั้งที่บุคคลนั้นเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ ก็ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย⁵⁴

2.3 มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร (les mesures d'ordre intérieur)

มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร หมายถึง มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การดำเนินการภายในองค์กรดำเนินไปด้วยความเป็นระเบียบเรียบร้อย และเพื่อให้ บุคคลในองค์กรเคารพและรักษาวินัยภายในองค์กรนั้น⁵⁵ ตัวอย่างเช่น คำสั่งที่เจ้าหน้าที่หรือองค์กร ฝ่ายปกครองสั่งการแก่เจ้าหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตน (instructions particulières de service) มาตรการที่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่และผู้ให้บริการ เช่น คำสั่งของผู้บริหารโรงเรียนที่สั่งห้ามนักเรียน มิให้ติดเครื่องหมายหรือแต่งกายโดยเครื่องแต่งกายอย่างหนึ่งอย่างใดไปโรงเรียน หรือมาตรการที่มีผล ใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย (certaines mesures individuelles) ซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัวและมีลักษณะ เป็นการดำเนินการทางวินัยที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการ ผู้ให้บริการ หรือผู้รับจ้างจัดหาพัสดุให้แก่ฝ่ายปกครอง และมาตรการภายในต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับทหาร เช่น คำสั่งลงโทษในกรณีที่ไม่มีผลกระทบต่อสภาพ ของผู้ถูกลงโทษ เช่น การอนุญาต (permissions) ให้เข้าไปในโรงพยาบาล เป็นต้น⁵⁶ ซึ่งในทางคดีปกครองนั้น ถือว่ามาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อย และไม่สมควรที่จะให้เรื่องเล็กน้อย เหล่านี้ ล้นเข้ามาสู่การพิจารณาคดีของศาลปกครอง นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวโดยหลักแล้วถือว่าเป็นเรื่อง ที่ใช้บังคับกันเองภายในองค์กรฝ่ายปกครอง จึงไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของประชาชน ตามคำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Riollot⁵⁷ และคดี Géniteau⁵⁸ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์แห่งการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง⁵⁹

⁵³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 147-148. และ Jacques Viguier, *op. cit.*, p. 107. และโปรดดู เทคนิคการควบคุมตรวจสอบที่เรียกว่า voie d'exception หรือ exception d'illégalité ในเชิงอรรถที่ 13.

⁵⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 147-148.

⁵⁵ มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร (les mesure d'ordre intérieur) มีหลายรูปแบบ โดยในความหมายอย่างกว้างจะเรียกว่า คำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง (l'ordre intérieur des services publics) มีความหมายถึง หนังสือเวียนตามส่วนที่ 2.1 และแนวปฏิบัติตามส่วนที่ 2.2 ด้วย (โปรดดู Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 318-319.)

⁵⁶ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 122-123.

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Riollot ลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 1993

⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Géniteau ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1995

⁵⁹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 326. และ Jacques Viguier, *op. cit.*, p. 107.

อย่างไรก็ตาม มาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการรักษาความสงบเรียบร้อย (la police administrative) จึงอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในองค์กรประเภทสถานศึกษา ทัศนสถาน และค่ายทหาร⁶⁰ ซึ่งแต่เดิมสภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธไม่รับฟ้องในกรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งมาตรการดังกล่าว เช่น คำสั่งปฏิเสธคำร้องขอให้มีการไต่สวน คำสั่งลงโทษนักเรียนในสถานศึกษา แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐได้เปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาในภายหลังเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนมากขึ้น⁶¹ หลักคิดส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากอิทธิพลของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งแนวคำพิพากษาศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่สนับสนุน ส่งเสริม และคุ้มครองให้ปัจเจกชนได้รับหลักประกันในการใช้สิทธิทางศาล

ในองค์กรประเภทสถานศึกษานั้น เคยมีคดีขึ้นสู่สภาแห่งรัฐ โดยวัตถุแห่งคดีที่พิพาทได้แก่ ระเบียบของโรงเรียนที่ห้ามไม่ให้นักเรียนหญิงสวมกางเกงภายในโรงเรียน ซึ่งแต่เดิมนั้นศาลปกครองพิจารณาว่าเป็นมาตรการภายในองค์กร ไม่สามารถนำมาฟ้องคดีขอให้ยกเลิกการกระทำดังกล่าวได้ (ในคดี Chapou)⁶² แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐก็ได้กลับแนวคำพิพากษาในคดี Kherouaa⁶³ โดยรับฟ้องคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งระเบียบของโรงเรียนที่ห้ามนักศึกษามุสลิมสวมผ้าโพกศีรษะหรือผ้าคลุมหน้าในชั้นเรียน⁶⁴

เช่นเดียวกับกรณีของสถานศึกษา ในกรณีของทัศนสถานและค่ายทหาร ก็เคยมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของสภาแห่งรัฐ ซึ่งสภาแห่งรัฐเคยปฏิเสธไม่ตรวจสอบมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในทัศนสถานและค่ายทหารในคดี Dewavrin⁶⁵ และคดี Caillot⁶⁶ ตามลำดับ⁶⁷ แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐได้กลับแนวคำพิพากษาดังกล่าวในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Hardouin et Marie⁶⁸ ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลงโทษทหารโดยกำหนดโทษกักขังเป็นเวลา 10 วัน เนื่องจากสภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทางมหาชนของทหารผู้นั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจำกัดสิทธิในการเดินทาง (ซึ่งเป็นสิทธิในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส) คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการสร้างความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี เมื่อพิจารณาถึงสภาพและความร้ายแรงของคำสั่งดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงรับเรื่องนี้ไว้พิจารณา

⁶⁰ Georges Dupuis et al., *op. cit.*, p. 620.

⁶¹ Serge Daël, *op. cit.*, p. 98.

⁶² คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Chapou ลงวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1954

⁶³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Kherouaa ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992

⁶⁴ Gilles Lebreton, *op. cit.*, pp. 126-127., et Gustave Peiser, *Droit administratif général*, (Daloz, 26^e éd., 2014), p. 63.

⁶⁵ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Dewavrin ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1947

⁶⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Caillot ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1984

⁶⁷ Marceau Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, (Daloz, 23^e éd., 2021), p. 655.

⁶⁸ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Hardouin et Marie ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995



คำพิพากษาคดีนี้มีความสำคัญเป็นอย่างมากเนื่องจากได้ทำการจำกัดขอบเขตของมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาล โดยจะต้องมี 3 องค์ประกอบ ดังนี้ (1) เป็นมาตรการที่มีลักษณะไม่กระทบต่อสิทธิ (nature non liberticide) (2) ไม่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรง (faible gravité) และ (3) ไม่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในภายหลัง (absence de conséquences juridiques ultérieures) หากมาตรการดังกล่าวฝ่าฝืนต่อเงื่อนไขข้างต้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร⁶⁹ ตัวอย่างของมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรที่ยังคงอยู่ภายในองค์ประกอบดังกล่าว ได้แก่ คำสั่งให้ทนายยุติการติดต่อกับสื่อมวลชน⁷⁰ มาตรการควบคุมอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ของผู้ต้องขัง⁷¹ ซึ่งไม่สามารถนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมาตรการดังกล่าวได้⁷²

อย่างไรก็ดี มีบางกรณีที่สภาแห่งรัฐยังถือว่าเป็นมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรแต่เข้าลักษณะบางประการที่ทำให้สามารถรับคดีไว้พิจารณาได้ เช่น คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐคดี Madame Bourjolly⁷³ ที่สภาแห่งรัฐเห็นว่ามาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กรที่พิพาทมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (une discrimination) ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่มีความร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้สภาแห่งรัฐรับคดีไว้พิจารณาได้⁷⁴

2.4 การเตรียมการ (les actes préparatoires/les mesure préparatoires)

ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกกฎหมายหรือออกคำสั่งทางปกครอง โดยปกติแล้วจะมีขั้นตอนภายในของฝ่ายปกครอง อันเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อความรอบคอบรัดกุมและประกันสิทธิของประชาชนในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง เช่น การส่งเอกสาร การจัดทำรายงาน การศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เป็นต้น โดยหลักแล้วขั้นตอนต่าง ๆ ถือเป็นเพียงการบริหารจัดการภายในองค์กร เป็นเรื่องเล็กน้อยและไม่ได้มีผลประการใดต่อผู้เกี่ยวข้อง จึงไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี ศาลย่อมไม่อาจรับฟ้องคดีดังกล่าวได้ แต่ศาลจะถือว่าขั้นตอนเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง หากมีข้อบกพร่องในขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดแล้ว อันเป็นรูปแบบหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญในกระบวนการพิจารณาทางปกครองอาจส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเหตุภายนอกได้⁷⁵

⁶⁹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 679.

⁷⁰ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Jean-Hugues A ลงวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2006

⁷¹ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Dos Santos Pedro ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015

⁷² Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 679.

⁷³ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Madame Bourjolly ลงวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 2015

⁷⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 142.

⁷⁵ Bertrand Seiller, *Droit administratif Tome 1. Les sources et le juge*, (Champs université, 7^e éd., 2018), pp. 193-195.

อนึ่ง การเตรียมการบางอย่างอาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นการตัดสินใจ (décisoire) ของฝ่ายปกครอง เช่น การตัดสินใจเปิดหรือไม่เปิดให้มีการไต่สวนสาธารณะ (l'enquête publique) ในคดีปกครองเกี่ยวกับการเวนคืนที่ดิน (la décision d'utilité publique) แต่ยังไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำที่อาจนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวยังไม่อาจทราบได้ว่าจะมีผลลัพธ์จากการดำเนินการอย่างไร ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงแห่งนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีหรือไม่ และในท้ายที่สุดยังไม่อาจรับประกันได้ว่าจะมีการออกนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองในภายหลังหรือไม่ และหรือหากมีการออกนิติกรรมทางปกครองในภายหลังการไต่สวนสาธารณะแล้วเสร็จ ก็ยังไม่อาจทราบได้ว่านิติกรรมของฝ่ายปกครองจะออกมาในลักษณะอย่างไร

อย่างไรก็ดี การเตรียมการอาจถูกโต้แย้งในภายหลังได้เสมอเมื่อมีการออกนิติกรรมทางปกครองที่ผ่านกระบวนการเตรียมการที่พิพาทแล้ว โดยคู่กรณีจะต้องรอนจนกว่าจะมีการกระทำสุดท้ายที่มีลักษณะเป็นการสิ้นสุดกระบวนการทางปกครองทั้งหมด (clôt le processus) ตามนัยคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Cne Évreux⁷⁶ จึงจะเป็นวัตถุประสงค์ที่สามารถนำมาฟ้องคดีได้ เพราะเมื่อมีการกระทำสุดท้ายที่มีลักษณะเป็นการปิดกระบวนการทางปกครองทั้งหมดก็ย่อมเท่ากับว่าฝ่ายปกครองได้ตัดสินใจก่อนผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้รับคำสั่งในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแล้ว ซึ่งคู่กรณีสามารถโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวโดยหยิบยกความบกพร่องในกระบวนการเตรียมการก่อนออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองมาเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทได้ ในแง่นี้ย่อมเท่ากับว่าศาลปกครองสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเตรียมการได้นั่นเอง⁷⁷

นอกเหนือไปจากการขอให้มีการกระทำสุดท้ายที่มีลักษณะเป็นการสิ้นสุดกระบวนการทางปกครองทั้งหมดตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีกรณีที่ศาลปกครองอาจรับคำฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการเตรียมการไว้พิจารณา ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเตรียมการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของศาลปกครองโดยการเสนอคดีผ่านผู้ว่าราชการจังหวัด⁷⁸

⁷⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Cne Évreux ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1998

⁷⁷ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 325-326.

⁷⁸ ในประเทศฝรั่งเศส ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เรียกว่า un déféré préfectoral โดยอำนาจดังกล่าวมีฐานมาจากรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ซึ่งเป็นกฎหมายปกครองที่สำคัญของฝรั่งเศสในช่วงที่มีการปฏิรูประบบกฎหมายปกครอง กฎหมายฉบับนี้เข้ามาแก้ไขปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารราชการส่วนภูมิภาคและการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นที่มีการวิจารณ์ว่าผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจมากเกินไปจนขัดต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายฉบับนี้ได้เปลี่ยนบทบาทของผู้ว่าราชการจังหวัดอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ แต่เดิมผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ด้วยตนเอง ต่อมา รัฐบัญญัติฉบับนี้ได้เปลี่ยนแปลงอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นเพียง (มีต่อหน้าถัดไป)



ตามนัยคำพิพากษาศาลปกครอง คดี Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux⁷⁹ ศาลปกครองวินิจฉัยว่า ถึงแม้ว่าจะเป็นเพียงขั้นตอนเตรียมการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดก็มีอำนาจที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ หากเห็นว่าการเตรียมการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการลงมติโดยองค์กรกลุ่ม⁸⁰ นอกจากนี้ การปฏิเสธไม่ดำเนินการเตรียมการถือเป็นการปฏิเสธไม่ออกนิติกรรมทางปกครองด้วยเช่นกัน ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครอง คดี Tinez et autres⁸¹ ซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่ดำเนินการกระบวนการสอบสวนทางวินัยมีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีแล้ว⁸² รวมถึงกรณีที่ยังอยู่ในขั้นตอนเตรียมการแต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าวมีความสำคัญเป็นอย่างมาก ศาลก็อาจรับไว้พิจารณาได้ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้ไม่บ่อยนัก ดังที่พบในคำพิพากษาศาลปกครอง คดี Région du Limousin⁸³ ซึ่งเป็นการฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของแผนพัฒนาชนบทซึ่งจัดทำโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่เสนอต่อคณะกรรมการประชาคมยุโรป ด้านกองทุนสนับสนุนการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน โดยแผนดังกล่าวมีเนื้อหาสาระเป็นการจำกัดงบประมาณของภูมิภาคที่จะได้รับการจัดสรรจากประชาคมยุโรป ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้แผนดังกล่าวจะอยู่ในขั้นตอนเตรียมการ แต่ก็ส่งผลกระทบต่อสิทธิของภูมิภาค Région du Limousin อย่างมีนัยสำคัญ ในอันที่จะรับคดีไว้พิจารณาได้แล้ว⁸⁴

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 78)

ผู้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองขั้นต้น เพื่อให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ปัจจุบันหลักการดังกล่าวปรากฏในประมวลกฎหมายกลางว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Code général des collectivités territoriales) มาตรา L. 2131-6 (กรณีเทศบาล (commune)) มาตรา L. 3132-1 (กรณีองค์การบริหารระดับจังหวัด (département)) และมาตรา L. 4142-1 (กรณีองค์การบริหารระดับมณฑล (region)), โปรดดู André Legrand et al., *Le droit public*, (La Documentation française, 2017), pp. 92-93.

รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 จึงเป็นกฎหมายพิเศษที่เปิดช่องให้ผู้ว่าราชการจังหวัด อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้เสมอ ถึงแม้ว่ามติดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นเพียงการขอความร่วมมือที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองในอันที่จะกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีก็ตาม โดยเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล

⁷⁹ คำพิพากษาศาลปกครอง คดี Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1996

⁸⁰ Marceau Long et al., *op. cit.*, pp. 64-65.

⁸¹ คำพิพากษาศาลปกครอง คดี Tinez et autres ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2007

⁸² Serge Daël, *op. cit.*, pp. 97-98.

⁸³ คำพิพากษาศาลปกครอง คดี Région du Limousin ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1999

⁸⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 141.

2.5 การให้ความเห็น (les avis)

การให้ความเห็นเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีความหมายอย่างกว้าง ในบางกรณีเป็นเรื่องของการให้ความเห็นภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ไม่ว่าจะอยู่ในหน่วยงานเดียวกันหรือไม่ก็ตาม โดยหลักแล้ว การให้ความเห็นมักจะเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการพิจารณาเพื่อจัดให้มีการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองในภายหลัง⁸⁵ แต่ก็มีบางกรณีที่เป็นการให้ความเห็นออกไปยังภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นลักษณะเป็นการตีความกฎหมายหรือเป็นเพียงการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชน เช่น การประกาศเจตนารมณ์ (la déclaration d'intention) ของนายกรัฐมนตรี คำประกาศเจตนารมณ์ของคณะรัฐมนตรี การตอบข้อหารือของรัฐมนตรี หรือการให้ความเห็นระหว่างหน่วยงานก่อนที่จะมีการดำเนินโครงการร่วมกัน เป็นต้น

ตำรากฎหมายปกครองฝรั่งเศสของ Bertrand Seiller ได้จำแนกการให้ความเห็นของฝ่ายปกครองออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) ความเห็นประกอบการพิจารณา (avis simple) (ที่ไม่มีสภาพบังคับผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม) และ (2) ความเห็นที่ผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม (avis conforme)⁸⁶

2.5.1 ความเห็นประกอบการพิจารณา (avis simple)

การให้ความเห็นของฝ่ายปกครองส่วนมากแล้วจะมีลักษณะเป็นการให้ความเห็นแบบทั่วไป ซึ่งในบางครั้ง ความเห็น ข้อเสนอแนะ หรือข้อเสนอทางเศรษฐกิจ ก็ได้กลายมาเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น ข้อเสนอแนะสำหรับผู้ส่งออกและนำเข้า (avis aux importateurs et exportateurs) ของรัฐมนตรีเศรษฐกิจ⁸⁷ แต่โดยหลักแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่าความเห็นทั่วไปไม่ถือเป็นวัตถุประสงค์เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่มีพันธะผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด ฝ่ายปกครองอาจจะปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ และหากปฏิบัติตาม ฝ่ายปกครองก็มีอิสระที่จะตัดสินใจให้แตกต่างออกไปในบางส่วนได้เช่นเดียวกัน ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Syndicat des sylviculteurs du Sud - Ouest⁸⁸ ดังนั้น แม้ความเห็นดังกล่าวจะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองที่ออกมาในภายหลังก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนความเห็นดังกล่าวได้ ส่วนในกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ตัดสินใจแตกต่างออกไปจากความเห็นดังกล่าวอย่างเห็นได้ชัดในภายหลัง โดยหลักแล้วก็ไม่สามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ในกรณีหลังอาจเป็นที่มา

⁸⁵ ซึ่งหากความเห็นนั้นได้กลายมาเป็นคำสั่งทางปกครองในภายหลังแล้ว การให้ความเห็นดังกล่าวอาจจำแนกให้อยู่ในประเภทเดียวกับการเตรียมการในข้อ 2.4 ได้เช่นเดียวกัน

⁸⁶ Bertrand Seiller, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁸⁷ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 124.

⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Syndicat des sylviculteurs du Sud - Ouest ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1990

ของเหตุแห่งการฟ้องคดีเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ แต่ก็ยังคงฟ้องขอเพิกถอนความเห็นดังกล่าวไม่ได้แต่อย่างใด⁸⁹

การโต้แย้งความเห็นของฝ่ายปกครองโดยหลักแล้วต้องรอให้ฝ่ายปกครองออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยอาศัยฐานมาจากความเห็นนั้นเสียก่อนเหมือนในกรณีอื่นที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ตามหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล⁹⁰ อย่างไรก็ตาม ความเห็นทั่วไปที่ไม่ได้มีสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม ก็อาจมีผลบังคับได้เช่นเดียวกันในบางกรณี เช่น การขอความเห็นของคณะรัฐมนตรีก่อนตราารัฐกฤษฎีกาเป็นเงื่อนไขบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม กล่าวคือ แม้ว่ารัฐมนตรีไม่มีหน้าที่ผูกพันต้องปฏิบัติตามความเห็นดังกล่าว แต่อย่างน้อยจะต้องดำเนินการขอความเห็นของคณะรัฐมนตรีเสียก่อน เพื่อให้การออกนิติกรรมทางปกครองมีความรอบคอบรัดกุม และยังเป็นการแจ้งให้หน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องทราบเพื่อควมมีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการประเทศต่อไป ดังนั้น หากมีการตราารัฐกฤษฎีกาโดยไม่ขอความเห็นดังกล่าว ย่อมถือว่าเป็นข้อบกพร่องในขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ (vice de procédure) ที่ศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้⁹¹

2.5.2 ความเห็นที่ผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม (avis conforme)

ถึงแม้ว่าชื่อของการกระทำของฝ่ายปกครองในส่วนนี้จะมีชื่อว่า “ความเห็น” (avis) ก็ตาม แต่การพิจารณาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจหรือไม่นั้น ในทางกฎหมายจะไม่ได้คำนึงถึง “ชื่อ” ของการกระทำที่พิพาทนั้นเป็นสาระแต่ต้องพิจารณาจากผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นรายกรณีไป ดังนั้น หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า การให้ความเห็นของฝ่ายปกครองมีสภาพบังคับในทางกฎหมายอย่างแท้จริงแล้ว ศาลปกครองก็อาจรับคดีฟ้องโต้แย้งการให้ความเห็นดังกล่าวไว้พิจารณาได้เสมอ

การให้ความเห็นที่ศาลปกครองถือว่ามีสภาพบังคับในทางกฎหมายปรากฏในกรณีที่การออกนิติกรรมทางปกครองมีองค์กรที่เกี่ยวข้องมากกว่าหนึ่งองค์กร กล่าวคือ (1) องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกนิติกรรมทางปกครอง และ (2) องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นหรือให้ความเห็นชอบแก่องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งองค์กรประเภทหลังนี้เรียกว่า “องค์กรที่ปรึกษา” เพื่อให้การตัดสินใจขององค์กรประเภทแรกผ่านการพิจารณาร่วมกันหลายฝ่ายอย่างรอบคอบและมีประสิทธิภาพ โดยองค์กรหนึ่งจะใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดแต่เพียงองค์กรเดียวโดยปราศจากการกระทำขององค์กรอีกองค์กรหนึ่งไม่ได้ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกนิติกรรมทางปกครอง

⁸⁹ Mattias Guyomar, *op. cit.*, pp. 319-320., et Jean-Claude Bonichot, *Les grands arrêts du contentieux administratif* (7^e éd., 2020), pp. 737-738.

⁹⁰ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8

⁹¹ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 319-320.

ไม่สามารถออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้โดยปราศจากความเห็นหรือความเห็นชอบขององค์กรที่ปรึกษา ในขณะที่องค์กรที่ปรึกษาย่อมไม่มีอำนาจริเริ่มได้เองในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน ความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “การใช้อำนาจร่วมกัน” ในการดำเนินการทางปกครอง ก่อนที่จะมีการตัดสินใจในขั้นตอนสุดท้าย

ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ การให้ความเห็นขององค์กรที่ปรึกษานี้มีสถานะ ในทางกฎหมายอย่างไร หากคู่กรณีเห็นว่า ความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาได้สร้างความเดือดร้อนเสียหายแล้ว คู่กรณีจะนำความเห็นดังกล่าวมาฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนความเห็นนี้ได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งปัญหานี้อาจศึกษาโดยจำแนกความเห็นขององค์กรที่ปรึกษาออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

(1) ความเห็นในเชิงปฏิฐาน (positif)

กรณีนี้ ฝ่ายปกครองผู้ขอความเห็นจะต้องดำเนินการตามความเห็น หรือยุติไม่ดำเนินการต่อไปเท่านั้น จะดำเนินการต่อไปในทางที่แตกต่างไปจากความเห็นที่ได้รับไม่ได้ มิฉะนั้นแล้ว การดังกล่าวย่อมบกพร่องในเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลปกครองพิพากษา เพิกถอนในภายหลังได้⁹² ในอดีตสภาแห่งรัฐยังไม่ยอมรับฟ้องโต้แย้งความเห็นของฝ่ายปกครอง (คดี Sri⁹³) แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐได้กลับแนวคำพิพากษาในคดี Mlle Richaude⁹⁴ โดยศาลเห็นว่าความเห็นในเชิงปฏิฐานนี้มีสภาพบังคับต่อการตัดสินใจของฝ่ายปกครองอย่างแท้จริง⁹⁵ ตัวอย่างสำคัญที่สภาแห่งรัฐยอมรับว่าเป็นความเห็นที่กระทบต่อสิทธิ คือ การพิจารณาทางปกครองในคดีวินัย เช่น คดี Ville de Toulouse c/Mme Jourquet⁹⁶ ในกรณีที่คณะกรรมการวินัยจังหวัดให้ความเห็นเกี่ยวกับโทษทางวินัยข้าราชการจังหวัด เป็นต้น⁹⁷ และคดี Assistance publique - Hôpitaux de Paris⁹⁸ ในการให้ความเห็นเกี่ยวกับโทษทางวินัย

⁹² การปฏิเสธไม่ดำเนินการตามความเห็นดังกล่าวอาจนำมาซึ่งความบกพร่องในความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองซึ่งอาจส่งผลทำให้การดังกล่าวถูกศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ในภายหลัง ดังตัวอย่างในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Titran ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 กรณีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมออกกฎกระทรวง 2 ฉบับ โดยไม่เป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และเสรีภาพแห่งชาติตามรัฐบัญญัติ เลขที่ 78 - 17 ลงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1978 ว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (le droit à l'information) โปรตดู อานันท์ กระบวนศรี, “การผ่อนคลายนความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (L'atténuation de l'effet rétroactif de l'annulation des actes administratifs) ในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 23 ฉบับที่ 1, 2566, หน้า 29-34.

⁹³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Sri ลงวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 1986

⁹⁴ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Mlle Richaude ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999

⁹⁵ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 149.

⁹⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Ville de Toulouse c/Mme Jourquet ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1994

⁹⁷ Serge Daël, *op. cit.*, p. 95.

⁹⁸ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Assistance publique - Hôpitaux de Paris ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 2008



ข้าราชการสถานพยาบาล ซึ่งการให้ความเห็นทั้งสองกรณีล้วนแล้วแต่เป็นกรณีที่มีสภาพบังคับอย่างแท้จริง เพราะนอกจากฝ่ายปกครองจะไม่สามารถดำเนินการเป็นอย่างอื่นได้แล้ว ก็ยังไม่สามารถยุติกระบวนการพิจารณาทางปกครองได้เองอีกด้วย⁹⁹

(2) ความเห็นในเชิงปฏิเสธ (négatif)

กรณีนี้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ยุติการดำเนินการดังกล่าว ในกรณีที่เป็นกรณียุติการให้ความเห็นในเชิงปฏิเสธ (négatif) กล่าวคือ ส่งผลให้ฝ่ายปกครองยุติการดำเนินการใด ๆ ต่อไป กรณีดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีแล้ว ศาลปกครองย่อมมีอำนาจที่จะรับคดีไว้พิจารณา ตัวอย่างที่สภาแห่งรัฐยอมรับว่าเป็นความเห็นที่กระทบต่อสิทธิแล้ว เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Mialhe¹⁰⁰ และคดี Mme Mocko¹⁰¹ การให้ความเห็นในเชิงปฏิเสธที่ส่งผลเป็นการยุติกระบวนการสรรหาบุคลากรภาครัฐทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการสรรหาในขั้นตอนลำดับถัดไป¹⁰² เป็นต้น

2.6 เอกสารต้นแบบ (les documents types)

เอกสารต้นแบบหรืออาจเรียกว่าแบบตัวอย่าง (actes - types) เป็นเอกสารต้นแบบของฝ่ายปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่จะถูกกำหนดโดยผู้บังคับบัญชาระดับสูงเพื่อให้เจ้าหน้าที่ในสังกัดใช้เป็นต้นแบบในการดำเนินการกิจ เช่น ใช้เป็นต้นแบบในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง¹⁰³ เอกสารต้นแบบอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ (1) เอกสารต้นแบบที่มีลักษณะเป็นข้อเสนอ เช่น แบบตัวอย่าง (modèle) (2) เอกสารต้นแบบที่เป็นแบบให้ต้องปฏิบัติตาม¹⁰⁴ เอกสารต้นแบบประเภทแรก คือ เอกสารต้นแบบที่เป็นเพียงแนวทางที่ฝ่ายปกครองเสนอและประชาชนสามารถที่จะเลือกทำตามหรือไม่ก็ได้ กรณีจึงไม่ได้มีลักษณะเป็นการออกกฎที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน ดังนั้น เมื่อเอกสารต้นแบบดังกล่าวเป็นเพียงแบบที่เป็นข้อเสนอของฝ่ายปกครอง จึงเป็นที่ชัดเจนว่าเอกสารต้นแบบนี้เป็นมาตรการภายในที่ไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองและฟ้องร้องไม่ได้¹⁰⁵ ส่วนเอกสารต้นแบบประเภทที่สอง คือ กรณีที่บังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมีลักษณะเป็นการวางระเบียบหรือกฎหมาย และบางครั้งรัฐบัญญัติได้บัญญัติไว้ด้วยว่า ในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามก็จะมีผลทางกฎหมาย (nul) นอกจากนี้ ในบางกรณีก็มีทางเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตามแบบตัวอย่างก็ได้ แต่ก็ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าจะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษว่าไม่ต้องปฏิบัติตาม

⁹⁹ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Mialhe ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1982

¹⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Mme Mocko ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2003

¹⁰² Serge Daël, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰³ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 34*, หน้า 89.

¹⁰⁴ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 125.

¹⁰⁵ Serge Daël, *op. cit.*, pp. 95-96.

ก็ได้เท่านั้น¹⁰⁶ ดังนั้น จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า เอกสารต้นแบบที่มีลักษณะเป็นข้อเสนอเป็นเพียงแค่การแจ้งให้ฝ่ายปกครองด้วยกันเองทราบ แบบดังกล่าวย่อมมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการภายในฝ่ายปกครอง แต่เอกสารต้นแบบที่เป็นแบบให้ต้องปฏิบัติตามมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์อย่างแท้จริง (véritables règlements) กรณีย่อมมีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อาจฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้¹⁰⁷

2.7 การขอความร่วมมือ การแสดงความคาดหวัง หรือความปรารถนา (Les vœux)

การขอความร่วมมือ การแสดงความคาดหวัง หรือความปรารถนาเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจในทางกฎหมายที่จะบังคับการให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงทำได้เพียงแค่ร้องขอให้ประชาชนดำเนินการตามแนวทางที่ฝ่ายปกครองเห็นสมควรโดยไม่มีสภาพบังคับต่อประชาชน และไม่มีผลผูกมัดกับฝ่ายปกครองเช่นเดียวกันตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี CGT - FO¹⁰⁸ ตัวอย่างของการขอความร่วมมือ ได้แก่ การร้องขอให้ประชาชนสวมหน้ากากอนามัย ล้างมือให้สะอาด และรักษาระยะห่างในการอยู่ร่วมกันในช่วงที่มีการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 19 ซึ่งภายหลังจากที่สถานการณ์ผ่อนคลายลงจนรัฐบาลได้ประกาศยกเลิกมาตรการฉุกเฉินแล้ว แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองก็ยังคงเห็นว่าเป็นการสมควรที่ประชาชนจะต้องรักษาวินัยในการป้องกันสุขภาพของตนเองและของผู้อื่น เป็นต้น โดยมากแล้วการใช้มาตรการดังกล่าวมักจะเป็นกรณีที่ต้องคุ้มครองส่วนท้องถิ่นต้องการแสดงความต้องการบางอย่างในเรื่องที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจของตนแต่เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจรัฐส่วนกลาง¹⁰⁹ มาตรการดังกล่าวเมื่อไม่มีสภาพบังคับให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม จึงไม่อาจถือได้ว่า เข้าลักษณะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองในอันที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี ดังนั้น ประชาชนที่ไม่พอใจมาตรการดังกล่าวจึงไม่มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมาตรการดังกล่าวได้¹¹⁰

อย่างไรก็ตาม กรณีมีข้อยกเว้นสำหรับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี SARL Enlem¹¹¹ ที่สภาแห่งรัฐพิพากษาว่า โดยหลักแล้ว มติของเทศบาล Saint - Denis ที่มีลักษณะเป็นการขอความร่วมมือนั้น ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ตกอยู่ภายใต้นิติกรรมดังกล่าวนั้นอย่างมีนัยสำคัญ (faisant grief) จึงไม่สามารถฟ้องโต้แย้งขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนการขอความร่วมมือดังกล่าวได้ เว้นแต่

¹⁰⁶ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 125-126.

¹⁰⁷ *เพ็ญอ่าง*

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี CGT - FO ลงวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1999

¹⁰⁹ ในประเทศฝรั่งเศสได้แยกรัฐ (l'État) เป็นนิติบุคคลในทางมหาชนออกจากองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและรวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivité territoriale) ซึ่งจะมีเขตอำนาจที่แตกต่างกันในทางพื้นที่อย่างชัดเจน ตามหลักการกระจายอำนาจและหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

¹¹⁰ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 320.

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี SARL Enlem ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1997



กฎหมายจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งในคดีพิพาทนี้รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982¹¹² ให้อำนาจแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในการฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้เสมอถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจแต่อย่างใด ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีอำนาจรับคดีฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของมติของเทศบาล Saint - Denis¹¹³

2.8 การให้ข้อมูล (les renseignements)

การให้ข้อมูลและรวมถึงการแจ้งให้ทราบ (informer) เป็นการที่ฝ่ายปกครองทำการเลือกสรรข้อมูลที่มีเนื้อหาสาระที่สำคัญและส่งต่อข้อความดังกล่าวนี้ให้กับประชาชน การดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นทั้งการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่และไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เช่น การแถลงข่าว การตอบคำถาม การประกาศ การเผยแพร่ข่าวประชาสัมพันธ์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า การให้ข้อมูลดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตอบคำถามที่สร้างผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมาย ศาลปกครองก็สามารถที่จะรับคดีไว้พิจารณาได้ตามนัยคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Friadent France¹¹⁴ ที่ได้ยืนยันหลักการว่าลำพังแต่เพียงการตอบคำถามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจ การคลัง และอุตสาหกรรมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี แต่เมื่อเนื้อหาในคำตอบดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตีความกฎหมายการคลังที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนผู้เสียหาย ศาลปกครองจึงมีอำนาจที่จะรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาได้¹¹⁵

2.9 การเตือนให้ปฏิบัติตาม (les mesures postérieures aux décisions)

การเตือนให้ปฏิบัติตามหรือการแจ้งเตือนให้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือหน้าที่ (Une mise en demeure) ถือเป็นมาตรการหลังการออกคำสั่ง (les mesures postérieures aux décisions) เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญ เช่น การออกหนังสือแจ้งเตือนว่ามีการร้องเรียนผู้ประกอบกิจการไม่รักษาความสะอาดตามมาตรการรักษาความสะอาดที่กฎหมายสาธารณสุขกำหนดโดยหลักแล้ว การแจ้งเตือนเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อช่วยเหลือผู้ถูกเตือนที่อาจจะถูกลงโทษตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาให้บุคคลผู้นั้นปฏิบัติตามกฎหมายเอาไว้อย่างชัดเจน ฝ่ายปกครองอาจเตือนให้บุคคลนั้นดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลา

¹¹² ผู้ว่าราชการจังหวัดมีสิทธิฟ้องคดีไปยังศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (un déferé préfectoral), อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 78*

¹¹³ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 148.

¹¹⁴ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Friadent France ลงวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 2005

¹¹⁵ Serge Daël, *op. cit.*, p. 95.

ดังกล่าวได้ ซึ่งในการเตือนนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่แก่ผู้ประกอบการดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น การเตือนให้ปฏิบัติตามจึงไม่สามารถนำมาฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนได้ ตัวอย่างปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux¹¹⁶ กรณีที่มีการฟ้องโต้แย้งหนังสือของประธานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติถึงประธานบริษัท TF1 ว่าได้มีการถ่ายทอดสัญญาณภาพและเสียงการแข่งขันกีฬาโดยมีการโฆษณาเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ซึ่งฝ่าฝืนต่อกฎหมายควบคุมเครื่องดื่ม สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า คำเตือนดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีในอันที่จะสามารถนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้แต่อย่างใด¹¹⁷

จะเห็นได้ว่า คำเตือนให้ปฏิบัติตามกฎหมายไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะยังไม่ได้มีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจโดยมุ่งก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา สภาแห่งรัฐได้พิจารณาลึกลงไปถึงเนื้อหาของคำเตือนของฝ่ายปกครองว่า ในทางปฏิบัติมีลักษณะเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์แก่คู่กรณีหรือไม่ กล่าวคือ หากสภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ได้มีลักษณะเป็นเพียงการกล่าวเตือนแต่มีสภาพบังคับในความเป็นจริงที่ทำให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม คำเตือนดังกล่าวก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้ เช่น คำเตือนที่มีลักษณะขู่ว่าจะลงโทษ โดยการออกคำเตือนให้ข้าราชการเลิกประกอบอาชีพทนายความ มิฉะนั้นจะลงโทษทางวินัย หรือการเตือนให้ปฏิบัติงานภายในเวลาที่กำหนด เป็นต้น¹¹⁸ ตัวอย่างในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Confédération nationale des associations familiales catholiques¹¹⁹ ที่ศาลเห็นว่า ขั้นตอนดังกล่าวไม่ได้ปรากฏในกฎหมายลายลักษณ์อักษร การแจ้งเตือนดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นบทลงโทษที่ศาลปกครองสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้¹²⁰ และคดี Société Chazal¹²¹ ที่นายกเทศมนตรีเมือง Saint-Priest ได้มีหนังสือเตือนว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายผังเมือง หากผู้ฟ้องคดีไม่ยุติการกระทำดังกล่าวภายใน 1 เดือน นายกเทศมนตรีจะดำเนินคดีตามกฎหมายที่มีโทษทางอาญาต่อไป ในกรณีนี้สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า การเตือนให้ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวมีสถานะเป็นการตัดสินใจของฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองแล้ว เนื่องจากมีการกำหนดการกระทำที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าฝ่าฝืนต่อกฎหมายเอาไว้

¹¹⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1996

¹¹⁷ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 328.

¹¹⁸ ยงยุทธ อนุกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, หน้า 124-125.

¹¹⁹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Confédération nationale des associations familiales catholiques ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1991

¹²⁰ Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 150.

¹²¹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Chazal ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001

อย่างชัดเจนและมีการเตือนว่าหากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในระยะเวลา 1 เดือน จะดำเนินการตามกฎหมายต่อไป¹²²

2.10 การกระทำที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างอ่อน (les actes de droit souple)

ในเบื้องต้น ต้องอธิบายก่อนว่า droit souple (ที่อาจแปลโดยตรงได้ว่า “กฎหมายอย่างอ่อน”) นี้ ไม่ได้มีความหมายอย่างเดียวกับความหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศเรียกว่า “กฎหมายที่มีค่าบังคับอย่างอ่อน” หมายถึง บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่ได้มีสภาพบังคับอย่างเคร่งครัดเหมือนอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น สนธิสัญญา แต่มีแนวโน้มที่จะกลายเป็นกฎหมายต่อไปในอนาคตซึ่งต้องรอการยืนยันต่อไป¹²³

ในทางกฎหมายปกครอง การกระทำที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างอ่อน หรือที่เรียกกันเป็นการทั่วไปในภาษาอังกฤษว่า Soft Law นั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับแนวปฏิบัติดังที่กล่าวไปแล้วในข้อ 2.2 แต่มีความแตกต่าง กล่าวคือ Soft Law เป็นมาตรการที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่บุคคลภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ได้ใช้ภายในฝ่ายปกครองด้วยกันอย่างเช่นแนวปฏิบัติ (les directives) โดยหลักแล้วจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่มีความเป็นอิสระ (Les autorités administratives indépendantes (AAI)) ในฐานะองค์กรกำกับกิจการ (régulateur)¹²⁴ ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายเหนือเอกชนผู้ประกอบการ (opérateur) แต่ปฏิเสธที่จะใช้อำนาจที่มีสภาพบังคับดังกล่าว แต่กลับใช้ “อำนาจอย่างอ่อน” ในการชักจูงใจพฤติกรรมของผู้ตกอยู่ภายใต้การกำกับกิจการให้ปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะใช้ชื่อการกระทำดังกล่าวอย่างไรก็ตาม เช่น คำแนะนำ (recommandations) ความเห็น (avis) ข่าวประชาสัมพันธ์ (communiqués) การแนะแนว (orientations)¹²⁵ เป็นต้น

ในกรณีที่สภาแห่งรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่ได้มีเจตนาตัดสินใจใช้อำนาจตามกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชนก็ตาม แต่หากมาตรการดังกล่าวมีผลในทางความเป็นจริงอย่างชัดเจนต่อพฤติกรรมของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของฝ่ายปกครองนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมสามารถตกเป็นวัตถุแห่งคดีในการฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ด้วยอย่างเช่น คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Association pour une information médicale indépendante¹²⁶ ที่มีการฟ้องโต้แย้งคำแนะนำเพื่อการปฏิบัติที่ดี (les recommandations de bonne pratique)

¹²² Bertrand Seiller, *op. cit.*, p. 151.

¹²³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2550, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 121.

¹²⁴ มีข้อสังเกตว่าการกำกับของ regulator ในทางเศรษฐกิจจะใช้คำศัพท์ว่า “กำกับกิจการ (regulate)” โดยที่ไม่มีคำว่า “ดูแล” เพราะศัพท์คำว่า “กำกับดูแล” มาจาก autorité de tutelle ซึ่งไม่ได้ใช้ในความหมายทางเศรษฐกิจ

¹²⁵ Didier Truchet, *op. cit.*, p. 310.

¹²⁶ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Association pour une information médicale indépendante ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2011

ของสำนักงานสุขภาพแห่งชาติฝรั่งเศส (la Haute Autorité de santé)¹²⁷ และคำพิพากษาสภาแห่งรัฐคดี Société Casino Guichard-Perachon¹²⁸ และคดี Société NC Numericable¹²⁹ เป็นการฟ้องโต้แย้งคำแนะนำและความเห็นของคณะกรรมการกำกับการแข่งขันทางการค้า (la commission permanente de l'autorité de la concurrence)¹³⁰ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า สภาแห่งรัฐได้สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับวัตถุแห่งคดีพิพาทในการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาเป็นระยะเวลายาวนาน โดยสภาแห่งรัฐเริ่มจากการยืนยันหลักว่า การกระทำของฝ่ายปกครองที่จะสามารถถูกโต้แย้งและฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่เท่านั้น มิฉะนั้นแล้ว ศาลปกครองย่อมไม่สามารถรับคดีไว้พิจารณาพิพากษาได้เนื่องจากยังไม่มีวัตถุแห่งคดีที่พิพาทเลยมาตั้งแต่แรก อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้ทบทวนแนวคำพิพากษาในอดีตและเริ่มผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าวนี้ทีละน้อย โดยพิจารณาจากผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงต่อคู่กรณีเป็นรายคดี จนกระทั่งในที่สุดสภาแห่งรัฐได้พัฒนาหลักกฎหมายปกครองเพื่อเปิดโอกาสให้มีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองมากยิ่งขึ้น ดังปรากฏในคำพิพากษาบรรทัดฐานที่สำคัญ 3 คดี ที่จะได้กล่าวต่อไปใน *ส่วนที่ 3* ของบทความนี้

ส่วนที่ 3 การวางหลักในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจ แต่มีผลอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิหรือฐานะของบุคคล (des effets notables sur les droits ou la situation) โดยสภาแห่งรัฐในปัจจุบัน

จากการศึกษาใน *ส่วนที่ 2* ของบทความนี้จะเห็นได้ว่า สภาแห่งรัฐได้วางหลักเชิงการปฏิเสธไม่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ โดยให้เหตุผลว่าต้องถือตามหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ซึ่งบทความฉบับนี้ได้นำเสนอรายละเอียดไว้แล้วใน *ส่วนที่ 1* ซึ่งได้มีการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าวมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามลำดับ แต่การผ่อนคลายดังกล่าวเป็นผลมาจากการพิจารณาถึงความจำเป็นและความร้ายแรงของการกระทำที่พิพาทเป็นรายกรณีเท่านั้น โดยหากพิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้วจะเห็นได้ว่า แนวคำพิพากษาดังกล่าวยังคงมีความคลุมเครือ ส่วนในทางตำรา มีการจัดประเภทของการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่อย่างไม่เป็นระเบียบนัก อย่างไรก็ตาม ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา สภาแห่งรัฐได้ให้ความสำคัญกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่มากยิ่งขึ้น และได้มี

¹²⁷ Didier Truchet, *op. cit.*, p. 310.

¹²⁸ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Casino Guichard-Perachon ลงวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 2012

¹²⁹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société NC Numericable ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 2016

¹³⁰ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, p. 322.

การวางแผนคำพิพากษาที่สำคัญในหลายคดี ในบทความนี้จะทำการศึกษาคดีสำคัญ 3 คดี ได้แก่ คำพิพากษา
สภาแห่งรัฐ คดี Société Fairvesta International GMBH et autres (ค.ศ. 2016) คดี Marine Le Pen
(ค.ศ. 2019) และล่าสุด คดี GISTI (ค.ศ. 2020) ซึ่งเป็นคำพิพากษาสภาแห่งรัฐที่มีชื่อเสียงและมีบทบาทสำคัญ
ในการวางหลักในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจ
ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ในปัจจุบัน¹³¹

3.1 คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Fairvesta International GMBH et autres

ในปี ค.ศ. 2016 สภาแห่งรัฐในคดี Société Fairvesta International GMBH et autres¹³²

หรือที่นิยมเรียกโดยย่อว่าคดี Fairvesta ได้วางแนวบรรทัดฐานสำคัญในการพิจารณาคำฟ้องโต้แย้งการกระทำ
ของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ โดยในคดีนี้
บริษัท Fairvesta International GMBH ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติเยอรมันกับพวก ฟ้องโต้แย้งความชอบ
ด้วยกฎหมายของจดหมายข่าวประชาสัมพันธ์ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
(l’Autorité des marchés financiers) ที่เผยแพร่บนเว็บไซต์ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์
และตลาดหลักทรัพย์ เนื้อความว่าคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มีเจตนา
ที่จะประกาศเตือนให้นักลงทุนระมัดระวังในการลงทุนด้านอสังหาริมทรัพย์ที่นำเสนอโดยบริษัท Fairvesta
International GMBH กับพวก เนื่องจากคณะกรรมการดังกล่าวเห็นว่า บริษัทดังกล่าวประกอบธุรกิจ
ในลักษณะเชิงรุกมาก และบางครั้งมีการออกมาให้ข่าวหรือกล่าวสุนทรพจน์ในลักษณะเกินจริง ไม่ได้สัดส่วน
กับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น บริษัท Fairvesta International GMBH กับพวก จึงฟ้องโต้แย้งจดหมาย
ข่าวประชาสัมพันธ์ดังกล่าวต่อศาลปกครอง¹³³

ศาลได้พิพากษาวางหลักว่า บรรดาความเห็นขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง
ที่มีความเป็นอิสระที่ปฏิบัติหน้าที่องค์กรกำกับกิจการ (régulateur) ไม่ว่าจะเป็นการกำกับกิจการกระจายเสียง
กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์และไปรษณีย์ รถไฟ พลังงาน เป็นต้น
ถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีการกำหนดสภาพบังคับทางกฎหมายแก่เอกชนผู้ประกอบการ (opérateur) อย่างชัดเจน
เช่น หนังสือของหน่วยงานที่มีสภาพบังคับอย่างอ่อน (les actes de droit souple) แต่ถ้าเป็นกรณี
ที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจหรือมีลักษณะเป็นการส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญกับการตัดสินใจ

¹³¹ Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 968.

¹³² คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Fairvesta International GMBH et autres ลงวันที่ 21 มีนาคม
ค.ศ. 2016

¹³³ อภิญา แก้วกำเนิด, “ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสวางหลักเกี่ยวกับการฟ้องคดีขอให้ยกเลิกเพิกถอน
การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็น “Soft Law” (Des actes de droit souple),” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 18
ฉบับที่ 2, 2561, หน้า 236.

ของผู้ประกอบกิจการ การกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองก็อาจตกเป็นวัตถุประสงค์ที่อาจฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและพิพากษาเพิกถอนได้¹³⁴

ในคดีนี้ศาลได้วางหลักเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ถึงแม้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะมีลักษณะเป็นเพียงแค่การกระทำที่มีสภาพบังคับทางกฎหมายอย่างอ่อน (*droit souple*) ไม่ว่าจะเป็นการให้ความเห็น คำแนะนำ คำเตือน หรือการจัดประเภท แต่เมื่อเป็นการกระทำขององค์กรกำกับกิจการทางเศรษฐกิจที่มีอำนาจเป็นอย่างมากในการชี้นำพฤติกรรมของผู้ประกอบกิจการในความเป็นจริง (*pouvoir d'orienter les comportements*) ศาลปกครองก็สามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ หากเข้าลักษณะเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของผู้ตกอยู่ภายใต้มาตรการดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่ประชาชนหรือเอกชนผู้ประกอบกิจการที่ตกอยู่ภายใต้การกำกับกิจการของฝ่ายปกครองจะถูกกดดันจากการใช้อำนาจรัฐในทางความเป็นจริง หลักคิดดังกล่าวย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้มีการนำคดีเข้าสู่ศาลปกครองเพื่ออำนวยการยุติธรรมมากขึ้น แนวคำพิพากษาคดี *Fairvesta* ได้ลดระดับความเข้มงวดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อน เพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ยิ่งไปกว่านั้น คำพิพากษาคดี *Mme Duviègnères*¹³⁵ ที่ยังคงเรียกร้องว่า วัตถุประสงค์จะต้องมีสภาพบังคับ (*caractère impérative*) เนื่องจากคดี *Fairvesta* ศาลพิจารณาเพียง “ผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญ” (*effets notables*) ซึ่งไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีสภาพบังคับในทางกฎหมายก็สามารถเป็นวัตถุประสงค์ที่ฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวได้¹³⁶ อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของคำพิพากษาคดี *Fairvesta* คือ การพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า การกระทำที่พิพาทได้สร้างผลกระทบทางกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางเศรษฐกิจ (*produire des effets notables, notamment de nature économique*) หรือเป็นเรื่องที่ร้ายแรงถึงขนาดที่มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของผู้ฟ้องคดีอย่างมีนัยสำคัญ (*influer de manière significative les comportements*) ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ค่อนข้างกว้างและคลุมเครือเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม แนวทางดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทอื่นในภายหลัง ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี *Sté Bouygues Télécom*¹³⁷ ที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่า มีการนำหลักคิดในเรื่องการสร้างผลกระทบทางกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ หรือเป็นเรื่องที่ร้ายแรงถึงขนาดก่อให้เกิดผลกระทบต่อพฤติกรรมของผู้ฟ้องคดีอย่างมีนัยสำคัญมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบแนวปฏิบัติของฝ่ายปกครอง¹³⁸

¹³⁴ Conseil d'Etat, “Recours contre les actes de droit souple des autorités de régulation,” [Online], retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/> เมื่อ 10 สิงหาคม 2566.

¹³⁵ โปรดดู ส่วนที่ 2.1.2 ของบทความนี้

¹³⁶ Marceau Long et al., *op. cit.*, pp. 967-968.

¹³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี *Sté Bouygues Télécom* ลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 2017

¹³⁸ Mattias Guyomar et al., *op. cit.*, pp. 319-322.

3.2 คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Marine Le Pen

จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้ว แนวคำพิพากษาสภาแห่งรัฐในคดี Fairvesta ถูกนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่มีความเป็นอิสระซึ่งมีภาระหน้าที่ในเชิงองค์การกำกับกิจการทางเศรษฐกิจที่สร้างผลกระทบทางกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญหรือเป็นเรื่องที่ร้ายแรงถึงขนาดที่ว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อพฤติกรรมของคู่กรณี ในปีต่อมา สภาแห่งรัฐได้วางแนวคำพิพากษาในคดี Marine Le Pen¹³⁹ โดยได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากแนวคำพิพากษาคดี Fairvesta¹⁴⁰ แต่ได้นำมาปรับใช้กับองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่มีความเป็นอิสระที่ปฏิบัติหน้าที่องค์การกำกับดูแลในกิจการอื่น ๆ ที่ไม่ใช่เรื่องในทางเศรษฐกิจด้วยเช่นกัน¹⁴¹

ในคดีนี้ Marine Le Pen นักการเมืองฝ่ายขวาของประเทศฝรั่งเศส ฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการแสดงรายการทรัพย์สินของตน (la déclaration de situation patrimoniale) เนื่องจากเห็นว่าการเปิดเผยรายงานดังกล่าวจะทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ชื่อเสียงในทางการเมือง สภาแห่งรัฐพิพากษาว่า แม้รายงานของสำนักงานเพื่อความโปร่งใสสาธารณะ (Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, HATVP) จะไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายก็ตาม แต่ผลของรายงานที่เผยแพร่สู่สาธารณะอาจทำให้ผู้ฟ้องคดีเสื่อมเสียชื่อเสียงและอาจส่งผลให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งตัดสินใจไม่เลือกผู้ฟ้องคดีได้ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิฟ้องเพิกถอนรายงานของสำนักงานเพื่อความโปร่งใสสาธารณะ¹⁴²

3.3 คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี GISTI

คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี GISTI¹⁴³ เป็นคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐฉบับล่าสุดที่ศาลได้วางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ คดีนี้สภาแห่งรัฐได้ขยายความหลักคิดในเรื่องการมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญในแนวคำพิพากษาคดี Fairvesta ให้ครอบคลุมไปถึงเอกสารทุกชนิดที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปซึ่งออกโดยฝ่ายปกครอง¹⁴⁴ สภาแห่งรัฐวางหลักว่า เอกสารทั้งหลายที่ออกโดยฝ่ายปกครองเป็นการทั่วไป ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์หรือรูปแบบกระดาษ และไม่ว่าจะมีลักษณะเป็นหนังสือเวียน คำแนะนำ แนวปฏิบัติ บันทึก รายงาน หรือการตีความกฎหมาย ล้วนแล้วแต่อาจจะถูกฟ้องเพิกถอนต่อศาลได้ หากมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิทธิหรือสถานะของบุคคลภายนอก

¹³⁹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Marine Le Pen ลงวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2019

¹⁴⁰ Marie - Christine de Montecler, “La jurisprudence Fairvesta-Numericable transposée aux appréciations de la HATVP,” Dalloz actualité, 25 juillet 2019.

¹⁴¹ Florence Chaltiel, “La circulaire est-elle soluble dans le droit souple ? (A propos de l’arrêt GISTI du 12 juin 2020),” Doctrine Administratif, Petites Affiches - 3 décembre 2020 - no 242, p. 15.

¹⁴² Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁴³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี GISTI ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 2020

¹⁴⁴ Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 968.

ที่ไม่ใช่ฝ่ายปกครองด้วยตนเอง¹⁴⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เอกสารดังกล่าวมีสภาพบังคับ (caractère impératif) หรือมีลักษณะเป็นแนวปฏิบัติ (caractère de lignes directrices)¹⁴⁶ จะเห็นได้ว่า ความที่ปรากฏในคำพิพากษาฉบับนี้เป็นการรับรองแนวคำพิพากษาคดี Duvignères (ค.ศ. 2002) และคดี Crédit foncier (ค.ศ. 1970) ที่สภาแห่งรัฐเคยวางหลักในการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ละน้อย¹⁴⁷

จากการศึกษาในส่วนที่ 2 จะเห็นได้ว่า สภาแห่งรัฐได้ทำการ (1) จัดประเภทของการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ (2) วางหลักว่าเป็นการกระทำที่ไม่สามารถฟ้องโต้แย้งขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนได้ และ (3) กำหนดข้อยกเว้นเป็นรายกรณี ในกรณีที่ศาลปกครองอาจรับคดีไว้พิจารณาเนื่องจากเห็นว่าวัตถุประสงค์มีความสำคัญถึงขนาดที่ศาลปกครองจะต้องเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การวางข้อยกเว้นดังกล่าวมาข้างต้นจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ จนแทบจะกลายเป็นหลักทั่วไปที่เข้ามาแทนที่หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ศาลปกครองยึดถือและเดินตามแนวทางดังกล่าวมาโดยตลอด ประกอบกับอิทธิพลของหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป และแนวคำพิพากษาของศาลยุโรปที่ให้ความสำคัญกับหลักความมีประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวก โดยองค์กรตุลาการ (le bon fonctionnement de la justice) สภาแห่งรัฐจึงวางหลักการดังกล่าวอย่างชัดเจนในคดี GISTI ว่า บรรดา “เอกสาร” (Les documents) ของฝ่ายปกครองที่อาจกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน ย่อมสามารถตกเป็นวัตถุประสงค์ที่จะนำมาฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้¹⁴⁸

อาจกล่าวได้ว่า คดี GISTI เป็นบทสรุปของการฟ้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ ดังนั้น นับแต่คำพิพากษาฉบับนี้เป็นต้นมานักกฎหมายจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องถกเถียงกันอีกต่อไปว่า การกระทำของฝ่ายปกครองในแต่ละกรณีมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร เป็นหนังสือเวียนหรือเป็นแนวปฏิบัติ เป็นหนังสือเวียนที่มีสภาพบังคับ เป็นเพียงการตีความกฎหมาย เป็นความเห็นทั่วไป หรือเป็นความเห็นที่มีสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม

แนวคำพิพากษาคดีดังกล่าวเป็นการยอมรับว่าการบริหารและการปกครองประเทศมีความซับซ้อน เครื่องมือต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองล้วนแล้วแต่มีความคลุมเครือตามลักษณะของเรื่อง ที่ฝ่ายปกครองต้องพิจารณาและปรับใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกัน ดังเช่นที่ได้ศึกษามาแล้วในส่วนที่ 2 ของบทความนี้ ที่การกระทำของฝ่ายปกครองบางอย่างมีลักษณะที่ถกเถียงกันในทางตำรา เช่น การอธิบายว่า

¹⁴⁵ Alix Perrin, *op. cit.*, pp. 108-110.

¹⁴⁶ Florence Chaltiel, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁷ Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 968.

¹⁴⁸ Florence Chaltiel, *op. cit.*, p. 17.

การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน แต่บ้างก็ว่าอาจมีลักษณะที่ส่งผลกระทบดังกล่าวแต่ไม่ร้ายแรงถึงขนาดที่จะยอมให้ประชาชนนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอน หรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจแต่ไม่ได้ส่งผลกระทบออกไปยังภายนอกฝ่ายปกครองจึงไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน เป็นต้น หรือกรณีที่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีความเชื่อมโยงหรือทับซ้อนกัน เช่น การอธิบายว่าหนังสือเวียน (ส่วนที่ 2.1) และการแนะแนว แนวปฏิบัติ (ส่วนที่ 2.2) เป็นส่วนหนึ่งของมาตรการรักษาความเรียบร้อยภายในองค์กร (ส่วนที่ 2.3) หรือการอธิบายว่าการขอความร่วมมือ การแสดงความคาดหวัง หรือความปรารถนา (ส่วนที่ 2.7) เป็นคำที่ใช้เรียกกันอย่างกว้าง โดยไม่สำคัญว่าฝ่ายปกครองจะเรียกเครื่องมือของฝ่ายปกครองนั้นว่าอย่างไร เช่น ข้าราชการสัมพันธ์ ที่อาจเข้าลักษณะเป็นการให้ข้อมูล (ส่วนที่ 2.8) ได้เช่นเดียวกัน หรือการขอความร่วมมือฯ (ส่วนที่ 2.7) ที่บางตำราจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของการให้ความเห็น (ส่วนที่ 2.5) หรือการเตือนให้ปฏิบัติตาม (ส่วนที่ 2.9) ที่บางตำราจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของการตระเตรียมการ (ส่วนที่ 2.4) เป็นต้น ตัวอย่างที่ได้กล่าวมานี้สะท้อนให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การฟ้องเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่เป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนและสร้างความสับสนให้แก่ นักกฎหมายฝรั่งเศสมาอย่างยาวนาน ดังนั้น แนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี GISTI จึงมีคุณูปการที่สำคัญในการให้ศาลปกครองฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับ “เนื้อหา” ของการกระทำของฝ่ายปกครอง ว่าเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ แทนที่จะยึดติดอยู่กับ “รูปแบบ” ของการกระทำของฝ่ายปกครองเหมือนอย่างในอดีต

อย่างไรก็ดี ความที่กล่าวมาข้างต้นไม่ได้เป็นการแสดงว่า สภาแห่งรัฐได้ยกเลิกหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล ทั้งนี้ เนื่องจากสภาแห่งรัฐได้วางหลักที่จะต้องเป็น “เอกสาร” ที่อาจจะกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนเท่านั้น ดังนั้น เอกสารทั่วไปที่ไม่ได้มีนัยสำคัญอะไรกับสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนซึ่งเอกสารเหล่านี้ อาจมีลักษณะที่เป็นบันทึกทั่วไปที่ใช้ภายในของฝ่ายปกครอง เช่น แผนและขั้นตอนการดำเนินงาน บทความ รายงานการศึกษา สรุปข้อมูลข่าวสารภายในและภายนอกองค์กร จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการตัดสินใจใช้อำนาจตามกฎหมายในอันที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีที่จะสามารถเป็นวัตถุแห่งคดีตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองได้

กล่าวโดยสรุป สภาแห่งรัฐได้ “วางหลักทั่วไป” เกี่ยวกับ “เอกสาร” ที่อาจจะกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชนที่ศาลปกครองสามารถนำหลักการนี้ไปปรับใช้กับกรณีอื่นเป็นการทั่วไป อันเป็นการเปิดโอกาสในการรับคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ จากเดิมดังที่ได้ศึกษาใน *ส่วนที่ 2* ของบทความนี้ว่า สภาแห่งรัฐทำแค่เพียง “ค่อย ๆ” ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล เป็นรายกรณี ทั้งนี้ พึงระมัดระวังเสมอว่า การกลับแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี GISTI

ไม่ได้หมายความว่าประชาชนจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ทุกกรณี การผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าว เป็นเพียงเงื่อนไขหนึ่งในการฟ้องคดีเท่านั้น¹⁴⁹ ผู้ฟ้องคดียังคงจะต้องมีประโยชน์ได้เสียกับคดีโดยตรงและอย่างชัดเจน (intérêt direct et certain) ตามแนวคำพิพากษาศาษาแห่งรัฐในคดี Casanova¹⁵⁰ และคดี Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli¹⁵¹ จึงจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้¹⁵²

บทสรุป

ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและการจัดทำบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองมีเครื่องมือที่หลากหลายในการบริหารจัดการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดของประชาชน และเพื่อเป็นการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวบรรลุผล กฎหมายจึงให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการ “ตัดสินใจ” กำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิหรือหน้าที่ในทางกฎหมาย และเพื่อให้หลักประกันแก่ประชาชนว่า การกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนอย่างแท้จริงภายใต้กรอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรสำคัญที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม การกระทำของฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นการ “ตัดสินใจ” ในอันที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแห่งนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีเสมอไป ฝ่ายปกครองอาจดำเนินการในลักษณะอย่างอื่น เช่น การขอความร่วมมือ การให้ข้อมูล การให้ความเห็น การให้คำแนะนำ ได้เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี โดยหลักแล้ว การกระทำที่ไม่มีลักษณะเป็นการตัดสินใจไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน การกระทำดังกล่าวจึงไม่สามารถตกเป็นวัตถุแห่งคดีในการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เนื่องจากไม่อาจถือได้ว่ามี การเกิดขึ้นของนิติกรรมทางปกครองเลยมาตั้งแต่แรก หลักการดังกล่าวเรียกว่า “หลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาล” ซึ่งเป็นหลักการที่ถูกริเริ่มและพัฒนาโดยการใช้และการตีความกฎหมายของสภาแห่งรัฐและเป็นหลักการที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้เคารพและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดเป็นเวลายาวนาน หลักการดังกล่าวจึงเป็นผลผลิตมาจากประวัติศาสตร์ ข้อความคิดว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสที่มีความซับซ้อนและมีความไม่แน่นอนชัดเจน จนนำมาสู่การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายรับรองหลักคิดดังกล่าวเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในมาตรา R. 421 - 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง

¹⁴⁹ โปรดดูเงื่อนไขการฟ้องคดีในย่อหน้าที่ 1 ของส่วนที่ 1 ในบทความนี้

¹⁵⁰ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Casanova ลงวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1901

¹⁵¹ คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1906

¹⁵² Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 1018.

หลักการดังกล่าวได้ถูกตั้งคำถามถึงควมมีประสิทธิภาพในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองและการตั้งคำถามถึงบทบาทหน้าที่ขององค์กรตุลาการในการอำนวยความสะดวกทางปกครองเป็นอย่างมากและเป็นระยะเวลายาวนาน เนื่องจากถึงแม้ว่าฝ่ายปกครองจะไม่ได้มีเจตนากระทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ในทางกฎหมายของคู่กรณีมาตั้งแต่แรก แต่ในทางปฏิบัติ การกระทำนี้ได้สร้างความเปลี่ยนแปลงต่อนิติสัมพันธ์อย่างมีนัยสำคัญ เช่น หนังสือเวียนที่มีสถานะเป็นการออกกฎหมายเห็นที่มีสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม หรือคำเตือนที่กำหนดรายละเอียดของข้อเท็จจริงที่เข้าองค์ประกอบความผิดอย่างชัดเจนและมีการเตือนว่าจะดำเนินการทางกฎหมายและกำหนดโทษทางกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ยอมรับถึงความเดือดร้อนเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการปฏิเสธไม่เข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว เนื่องจากขัดต่อหลักความมีประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรอง คุ่มครอง และสนับสนุนโดยสหภาพยุโรป สภาแห่งรัฐจึงค่อย ๆ ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ละน้อย ผ่านการให้เหตุผลในทางกฎหมายในการวินิจฉัยเป็นรายคดี

สภาแห่งรัฐได้เริ่มผ่อนคลายความเคร่งครัดในการปฏิบัติตามหลักว่าด้วยการต้องมีคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองเสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการเสนอคดีต่อศาลที่ละน้อย จนในที่สุด สภาแห่งรัฐได้วางหลักในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่เป็นการทั่วไปในแนวคำพิพากษาคดี GISTI ในปี ค.ศ. 2020 ซึ่งเป็นผลผลิตมาจากการตมถกเถียงทางความคิดในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่มีสภาพบังคับอย่างอ่อนตามแนวคำพิพากษาในคดี Fairvesta ในปี ค.ศ. 2016 การควบคุมตรวจสอบหนังสือเวียนตามแนวคำพิพากษาคดี Duvignères ในปี ค.ศ. 2002 และการควบคุมตรวจสอบแนวทางปฏิบัติตามแนวคำพิพากษาคดี Crédit foncier ในปี ค.ศ. 1970 ทำให้ปัจจุบัน ศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถควบคุมตรวจสอบ “เอกสาร” ทุกชนิดของฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิอย่างมีนัยสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดว่ามีสภาพบังคับ และไม่สำคัญว่าเอกสารนั้นจะอยู่ในรูปของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์หรือเอกสารรูปแบบกระดาษ และไม่ว่าจะมีลักษณะเป็นหนังสือเวียน คำแนะนำ แนวปฏิบัติ บันทึก รายงาน การตีความกฎหมาย หรือเอกสารที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น เนื่องจากศาลปกครองให้ความสำคัญกับ “เนื้อหา” ของการกระทำของฝ่ายปกครองมากกว่า “รูปแบบ” ของการกระทำดังกล่าว และให้ความสำคัญกับการอำนวยความสะดวกในทางปกครองที่มุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิของประชาชน แต่ยังคงตั้งอยู่บนฐานของการสร้างความสมดุลเพื่อไม่ให้เกิดความติดขัดในการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายปกครองและเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการมีคดีรอกศาล เนื่องจากศาลปกครองยังคงเคารพต่อหลักการที่ว่าผู้ฟ้องคดียังคงต้องมีประโยชน์ได้เสียกับคดีโดยตรงและอย่างชัดเจน (intérêt direct et certain) ตามแนวคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Casanova และคดี Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli ดังที่ได้กล่าวมาแล้วใน *ส่วนที่ 3* ของบทความนี้

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2550, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, 'การจัดความสัมพันธ์ระหว่างระบบการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้น โดยฝ่ายปกครองกับการฟ้องคดีต่อศาล : ปัญหาเกี่ยวกับหลักคิดของศาลในการเป็นหลักประกันสุดท้ายของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน' (โครงการสัมมนาเพื่อพัฒนาองค์ความรู้และรับฟังความคิดเห็น เกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพฯ, 27/มิถุนายน/2562).

ยงยุทธ อนุกุล, "สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน แนวปฏิบัติและมาตรการ ภายในของฝ่ายปกครอง" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533).

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 'หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส' (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, 2545).

อภิญญา แก้วกำเนิด, "ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสวางหลักเกี่ยวกับการฟ้องคดีขอให้ ยกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็น "Soft Law" (Des actes de droit souple)," วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 18 ฉบับที่ 2, 2561.

อานันท์ กระบวนศรี, "การผ่อนคลายความเคร่งครัดของผลย้อนหลังของคำพิพากษาเพิกถอน นิติกรรมทางปกครอง (L'atténuation de l'effet rétroactif de l'annulation des actes administratifs) ในประเทศฝรั่งเศส," วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 23 ฉบับที่ 1, 2566.

ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์, "หลักการพิจารณาเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครอง," วารสารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 8 ฉบับที่ 1, 2558.

เอกสารภาษาต่างประเทศ

Alix Perrin, Contentieux administratif, (Daloz. 2^e éd., 2021).

André Legrand et al., Le droit public, (La Documentation française, 2017).

Bertrand Seiller, Droit administratif Tome 1. Les sources et le juge, (Champs université, 7^e éd., 2018).

_____, Droit administratif Tome 2. L'action administrative, (Champs université, 7^e éd., 2018).

Charles Debbasch et al., Contentieux administratif, (Daloz. 8^e éd., 2001).



Conseil d'Etat, "Recours contre les actes de droit souple des autorités de régulation," [Online], retrieved from <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/>.

David Bailleul, Le procès administratif, (LGDJ. 1^{ère} éd., 2014).

Didier Truchet, Droit administratif, (Puf. 7^e éd., 2017).

Florence Chaltiel, "La circulaire est-elle soluble dans le droit souple ? (A propos de l'arrêt GISTI du 12 juin 2020)," Doctrine Administratif, Petites Affiches - 3 décembre 2020 - no 242.

Georges Dupuis et al., Droit administratif, (Sirey. 10^e éd., 2007).

Jacques Viguier, Le Contentieux administratif, (Dalloz. 1^{ère} éd., 1998).

Jean-Claude Bonichot, Les grands arrêts du contentieux administratif, (7^e éd., 2020).

Mattias Guyomar et al., Contentieux administratif, (Dalloz. 6^e éd., 2021).

Marie - Christine de Montecler, "La jurisprudence Fairvesta-Numericable transposée aux appréciations de la HATVP," Dalloz actualité, 25 juillet 2019.

Olivier Gohin, Contentieux administratif, (Litec. 4^e éd., 2005).

Serge Daël, Contentieux administratif, (PUF. 3^e éd., 2010).

Service-public.fr. Conditions de saisine du juge administratif, [Online], retrieved from <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2478>.

Vie - publique, "Pourquoi existe-t-il une justice administrative ?," [Online], retrieved from [https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites#:~:text=Sous%20la%20Révolution%20\(lois%20des,des%20autorités%20administratives%20et%20judiciaires.](https://www.vie-publique.fr/fiches/20284-justice-administrative-origines-role-et-specificites#:~:text=Sous%20la%20Révolution%20(lois%20des,des%20autorités%20administratives%20et%20judiciaires.)

Gilles Lebreton, Droit administratif, (Dalloz. 11^e éd., 2021).

Gustave Peiser, Contentieux administratif, (Dalloz. 16^e éd., 2014).

Gustave Peiser, Droit administratif general, (Dalloz. 26^e éd., 2014).

Marceau Long et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, (Dalloz. 23^e éd., 2021).

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Casanova ลงวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1901

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1906

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Dewavrin ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1947



คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Institution Notre-Dame du Kreisker ลงวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1954

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Sieur Chapou ลงวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1954

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Crédit foncier de France ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1970

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Da Silva et C.F.D.T. ลงวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1975

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Mialhe ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1982

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Caillot ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1984

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Sri ลงวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 1986

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Syndicat des sylviculteurs du Sud - Ouest ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1990

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Confédération nationale des associations familiales catholiques ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1991

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Kherouaa ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Riollot ลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 1993

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Min. Éducation nationale c/Épx Gentihomme ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1994

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Ville de Toulouse c/Mme Jourquet ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1994

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Hardouin et Marie ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Géniteau ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1995

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1996

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1996

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี SARL Enlem ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1997

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Cne Évreux ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1998

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Région du Limousin ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1999

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี CGT - FO ลงวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1999

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Mlle Richaude ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1999

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Société Chazal ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Mme Duvernès ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 2002

คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Mme Mocko ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2003



- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Société Friadent France ลงวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 2005
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Jean-Hugues A ลงวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2006
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Tinez et autres ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2007
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Assistance publique - Hôpitaux de Paris ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 2008
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Association pour une information médicale indépendante ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 2011
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Société Casino Guichard-Perachon ลงวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 2012
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Madame Bourjolly ลงวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 2015
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Dos Santos Pedro ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Société NC Numericable ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 2016
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Société Fairvesta International GMBH et autres ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 2016
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Sté Bouygues Télécom ลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 2017
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Marine Le Pen ลงวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2019
- คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี GISTI ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 2020