

บทที่ 2

การจัดการ และการดำเนินกิจกรรมของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ

การจัดการและการดำเนินกิจกรรมของรัฐเกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์สำคัญคือ **ประโยชน์สาธารณะ (intérêt général)** เราสามารถแบ่งประเภทภารกิจของรัฐที่จัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะออกได้เป็น 2 ด้าน คือ ภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองกับภารกิจของรัฐด้านการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชน

2.1 ภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

ภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองอยู่ในความรับผิดชอบของหลายหน่วยงานหลักที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ฝ่ายปกครอง ศาล และทหาร สำหรับฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อย (pouvoir de police)¹ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสมีการจำแนกอำนาจประเภทนี้ออกเป็น 2 ประเภท คือ อำนาจตำรวจทางปกครอง (police administrative) และอำนาจตำรวจทางยุติธรรมหรือตำรวจทางคดี (police judiciaire)² ในหัวข้อนี้ คณะผู้วิจัยจะ ได้ทำการศึกษารายละเอียดภารกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 เรื่องคือ ตำรวจทางปกครอง ตำรวจทางยุติธรรม กระบวนการยุติธรรมและทหารตามลำดับ

2.1.1 ตำรวจทางปกครอง³

ในสังคมที่มีระเบียบ การใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระของปัจเจกชนจะต้องอยู่ภายในกรอบ และเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่รัฐได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว องค์การของรัฐฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไป การออกคำสั่งเป็นการเฉพาะราย และปฏิบัติการทางกายภาพเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์หรือคำสั่งที่ได้ออกไว้

¹ Jean RIVERO et Jean WALINE, **Droit administratif**, 20^e édition (Paris : DALLOZ, 2004), p. 292 – 298.

² Georges DUPUIS et Marie – José GUEDON, **Institutions administratives: Droit administratif**, 2^e édition, (Armand Colin, Collection U, 1988), p. 400 – 401.

³ Etienne PICARD, **La Notion de police administrative** (Paris : L.G.D.J. Bibl. De droit public, t. 146, 1984); Pierre – Henri TEITGEN, **La Police municipale** (Nancy : Librairie du Recueil Sirey, 1934); Paul BERNARD, **La Notion d'ordre public en droit administratif** (Paris : L.G.D.J. Bibl. De droit public, t. 146, 1984).

เพื่อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพโดยอิสระของปัจเจกชนให้เคารพตามกฎระเบียบที่รัฐได้กำหนดไว้ เพื่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม ทั้งนี้ภายในกรอบของกฎหมาย⁴

ตำรวจทางปกครอง (police administrative)⁵ เป็นภารกิจประเภทหนึ่งของฝ่ายปกครอง ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อป้องกัน (préventif) การกระทำใด ๆ ก็ตามที่เป็นการรบกวนหรือส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (l'ordre public) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ตำรวจทางปกครองคือการที่ฝ่ายปกครองเข้าไป “แทรกแซง” ความเป็นไปของสังคมเพื่อจัดระเบียบและรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

2.1.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

ดังได้กล่าวแล้วว่า การใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองก็เพื่อวัตถุประสงค์สำคัญ คือการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (la protection de l'ordre public)

“การใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองจะต้องเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง” หลักดังกล่าวถือเป็นหลักสำคัญที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้ให้การยอมรับไว้ในคำวินิจฉัยคดี Communication audiovisuelle เมื่อปี ค.ศ. 1982 ว่าเป็นหลักที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (à valeur constitutionnelle) นอกจากนี้ ในปัจจุบันศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป⁶ ยังพิจารณาไปในทิศทางเดียวกัน โดยการยอมรับว่าประโยชน์สาธารณะคือภารกิจของรัฐ (acte de puissance publique) ซึ่งอาจจะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวหรือสัญญาก็ได้⁷

มาตรา L. 2212 – 2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการปกครองท้องถิ่น (Code Général des Collectivités Territoriales: CGCT) ได้บัญญัติไว้ว่า “การรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้แก่ การดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย การรักษาความปลอดภัยและการรักษา

⁴ ชาซูซัย แสวงศักดิ์, ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 10.

⁵ คำว่า “ตำรวจทางปกครอง” นี้ เป็นคำที่นักวิชาการไทยได้แปลไว้เป็นเวลานานแล้ว โดยแปลมาจากคำว่า **police administrative** ซึ่งในปัจจุบันพบว่า การแปลดังกล่าวอาจทำให้เกิดความสับสนในความเข้าใจในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เพราะคำว่า police ไม่ได้หมายถึงตัวบุคคลแต่หมายถึงความถึง “อำนาจ” ซึ่งมีที่มาจากคำว่า pouvoir de police อันหมายถึง อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการรักษาความสงบเรียบร้อย ดังนั้น ที่ถูกต้องจึงควรแปลคำดังกล่าวว่า อำนาจในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี เพื่อรักษาสິงที่เคยเป็นมาจึงขอใช้คำแปลเดิมไว้ในที่นี้ไปก่อน

⁶ Cour de justice, 23/10/1997 Commission c/ France (C-159/94, Rec. I-5815) อ้างใน Jean – François LACHAUME et autres. **Droit des services publics**, 3e édition, Armand Colin, p. 25.

⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 95.

สุขอนามัย โดยการรักษาความสงบเรียบร้อย ได้แก่ การจัดการกับความไร้ระเบียบของสังคม (les désordres) ส่วนความปลอดภัยสาธารณะ ได้แก่ การป้องกันมิให้เกิดการเสี่ยงต่ออุบัติเหตุ การรักษา สุขอนามัย ได้แก่ การป้องกันโรคภัยต่าง ๆ”

ในทางกฎหมายปกครองนั้น ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหมายความถึง สภาวะของสังคมปกติที่ประกอบด้วยความสงบ (la paix) มีการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด (le bon ordre) มีความมั่นคง (la sûreté) ความปลอดภัยสาธารณะ (la sécurité publique) มีสุขอนามัย (la salubrité) และมีความสงบสุข (la tranquillité) ซึ่งโดยปกติแล้วการรักษาความสงบเรียบร้อยเป็น หน้าที่ของกระทรวงมหาดไทย

ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองจึงประกอบด้วย⁸

(1) **ความมั่นคง (la sûreté)** หมายถึง การป้องกันการถูกรุกรานจากศัตรู ภายนอกประเทศ

(2) **ความปลอดภัย (la sécurité)** หมายถึง การป้องกันมิให้เกิดความเสียหายหรือ อุบัติภัยต่าง ๆ ตลอดจนป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือทรัพย์สินของประชาชน

(3) **ความสงบสุข (la tranquillité)** หมายถึง การดูแลรักษาความสงบเรียบร้อย ของประชาชน ป้องกันมิให้เกิดความวุ่นวาย เสียงอีกที่ก่อกวนโครมตลอดจนการประท้วงเดินขบวนที่ กีดขวางทางสาธารณะ

(4) **สุขอนามัย (la salubrité)** หมายถึง การดูแลป้องกันมิให้เกิดความเสี่ยงต่อ โรคภัยไข้เจ็บ ดูแลความสะอาดของถนน กำจัดขยะมูลฝอย ตลอดจนดูแลสุขภาพของคนในสังคม

เมื่อมีการกระทำหลายอย่างที่อาจกระทบกับความสงบเรียบร้อยของสังคมได้ เช่น อาคารทรุดโทรมที่กำลังจะพังลงมาหรือถนนหนทางที่มีโค้งอันตรายถือว่ากระทบต่อความ มั่นคงปลอดภัย การใช้รถที่มีเครื่องยนต์เสียงดังถือว่ากระทบต่อความสงบสุข การทิ้งขยะบนถนน หนทางหรือการปล่อยน้ำเสียลงในแม่น้ำถือว่ากระทบต่อสุขอนามัยของประชาชน เป็นต้น ทุกกรณี ข้างต้นล้วนเป็นหน้าที่ของตำรวจทางปกครองที่จะต้องวางกฎเกณฑ์ (réglementer) เพื่อกำหนดว่า การกระทำใดบ้างที่มีผลเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม การวางกฎเกณฑ์ของ ตำรวจทางปกครองดังกล่าวนี้อาจเป็นการวางกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการเฉพาะรายหรือมีผลเป็นการ ทั่วไปก็ได้หรืออาจเป็นการปฏิบัติราชการทางกายภาพเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ หรือคำสั่งที่ได้ออกไว้ก็ได้

อย่างไรก็ดี หลักเกี่ยวกับเรื่องความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองก็ได้จำกัดอยู่ เฉพาะเหตุเดือดร้อนต่าง ๆ ที่กล่าวไปแล้วข้างต้น ความสงบเรียบร้อยของสังคมอาจเป็นเรื่องที่ เกี่ยวข้องกับความเหมาะสมหรือเพื่อปกป้องศีลธรรมก็ได้ ตัวอย่างเช่น การที่โสเภณีมาปรากฏตัวอยู่

⁸ Jean – Marie PONTIER, *Les services publics* (Paris: HACHETTE, 1996), p. 111 – 112.

ริมถนนอาจก่อให้เกิดการกระทบต่อความสงบสุขได้เพราะถือว่าการประกอบอาชีพโสเภณีเป็นการประกอบอาชีพที่ผิดศีลธรรม เป็นต้น ในอดีตนั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดยอมรับเฉพาะแต่เพียงผลกระทบที่เกิดขึ้นจริงต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้น แต่ต่อมาศาลปกครองสูงสุดก็เริ่มยอมรับถึงผลกระทบทางด้านศีลธรรมมากขึ้นดังเช่นในคำวินิจฉัยคดี Soci t  <<Les Films Lut cia>> ในปี ค.ศ. 1959 ที่ศาลปกครองสูงสุดยอมรับถึงการที่นายกเทศมนตรีมีคำสั่งห้ามฉายภาพยนตร์เรื่องหนึ่งในเขตเทศบาลของตนเนื่องจากผิดศีลธรรม (immoralit ) ซึ่งหากปล่อยให้มีการฉายภาพยนตร์ดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้” นอกจากนี้หลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองยังรวมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย เช่น ในคดี Morasang sur Orgc ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1995 ที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การจัดการแสดงของคนแคะที่จัดขึ้นในเขตเทศบาล แม้ว่าจะเป็นประเพณีสืบทอดกันมาก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นเหตุผลเพียงพอที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ดังนั้นศาลจึงพิพากษาว่าหากอนุญาตให้มีการจัดการเเสดงดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองในลักษณะเดียวกับการค้าประเวณี¹⁰

2.1.1.2 ตำรวจทางปกครองกับตำรวจยุติธรรม

ข้อแตกต่างระหว่างตำรวจทางปกครองกับตำรวจยุติธรรม (police judiciaire) นั้น อยู่ที่ “เป้าหมาย” ของการใช้อำนาจ กล่าวคือ ตำรวจทางปกครองมีหน้าที่ในการ “ป้องกัน” (pr ventive) มิให้เกิดความไม่สงบขึ้น ในขณะที่ตำรวจยุติธรรมมีหน้าที่ในการ “ปราบปราม” (r pressive) หรือ “ระงับ” ความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นแล้ว โดยตำรวจทางปกครองมีจุดมุ่งหมายในการดำเนินการของตนเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการทำผิดกฎต่าง ๆ ด้วยการวางมาตรการ (mesure) ที่จำเป็นไว้ล่วงหน้า ในขณะที่ตำรวจยุติธรรมมีจุดมุ่งหมายที่จะสอบสวนและนำตัวผู้กระทำความผิดมาให้ศาลพิจารณาลงโทษ อำนาจตำรวจทั้งสองประเภทนี้แม้จะแยกจากกัน แต่ในทางปฏิบัติก็มีบุคคลบางประเภทที่สามารถใช้อำนาจได้ทั้งสองประเภท เช่น มีกฎหมายให้อำนาจนายกเทศมนตรีเป็นทั้งตำรวจทางปกครองและตำรวจยุติธรรมในเวลาเดียวกัน หรือในบางกรณีตำรวจจราจรมีหน้าที่ดูแลสภาพการจราจรเพื่อป้องกัน มิให้เกิดอุบัติเหตุ หรือมิให้เกิดปัญหาการจราจรติดขัดอันเป็นหน้าที่ของตำรวจทางปกครอง แต่ถ้าหากมีผู้ขับขี่กระทำผิดกฎจราจรขึ้นและตำรวจเรียกให้ผู้ขับขี่หยุดรถเพื่อสอบถาม ตำรวจผู้นั้นก็จะใช้อำนาจตำรวจยุติธรรมทันที หรือกรณีที่มีการตรวจค้นร่างกายก่อนเข้าไปในสถานที่ราชการถือเป็นการใช้อำนาจตำรวจทางปกครองเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย แต่หากมีการค้นและพบพิรุชของผู้ต้องสงสัยและมี

⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 103 – 104.

¹⁰ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Morasang sur Orgc ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1995

การจับกุม การกระทำนี้ถือเป็นอำนาจตำรวจทางยุติธรรม นอกจากนี้ผู้มีอำนาจตำรวจทางปกครอง อาจไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ได้ เช่น อธิบดีกรมป่าไม้เป็นตำรวจทางปกครองเกี่ยวกับป่าไม้ อธิบดีกรมศิลปากรเป็นตำรวจทางปกครองเกี่ยวกับโบราณวัตถุ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นตำรวจทางปกครองเกี่ยวกับการค้า ฯลฯ สุดแต่กฎหมายจะให้อำนาจไว้แก่เจ้าหน้าที่ใดควบคุมกิจกรรมใด นอกจากนี้ การใช้อำนาจตำรวจทางปกครองจะใช้นามของรัฐ องค์กรอื่น ๆ ของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ได้ ในขณะที่อำนาจตำรวจยุติธรรมนั้นกระทำในนามของรัฐเท่านั้น

มีแนวคำวินิจฉัยที่แบ่งแยกตำรวจทางปกครองและตำรวจทางยุติธรรมออกจากกันอยู่บ้าง แต่ส่วนใหญ่แล้วก็มักจะไม่ค่อยชัดเจนไปและศาลก็มักจะพิจารณาถึงเป้าหมายของการใช้อำนาจเป็นหลัก เช่น คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดคดี Baud ในปี ค.ศ. 1951¹¹ ที่วินิจฉัยว่าตำรวจทางยุติธรรมจะทำหน้าที่ในกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและต้องมีการดำเนินการทางอาญา โดยตำรวจทางยุติธรรมจะทำหน้าที่พิสูจน์และค้นหาตัวผู้กระทำความผิด รวมทั้งรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อที่จะใช้ในการดำเนินคดีอาญา ส่วนคำวินิจฉัยของศาลคดีซัดกันคดี Noualek ในปี ค.ศ. 1951¹² ก็ได้อธิบายอำนาจหน้าที่ของตำรวจทางปกครองไว้ว่า ตำรวจทางปกครองมีหน้าที่ในการรักษาภาวะเรียบร้อย (maintien de l'ordre) ตักเตือน (prévenir) และตรวจตรา (surveiller) เป็นต้น¹³

การแยกแยะการใช้อำนาจตำรวจทางปกครองและตำรวจทางยุติธรรมดังกล่าวข้างต้นมีผลในทางปฏิบัติคือ การใช้อำนาจตำรวจทางปกครองเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งใช้กฎหมายมหาชนและข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจตำรวจทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เช่น การออกกฎจราจร โดยไม่มีอำนาจหรือผิดกฎหมาย ส่วนการใช้อำนาจตำรวจทางยุติธรรมเป็นการดำเนินการสืบสวน สอบสวน จับกุมผู้ต้องหาซึ่งใช้กฎหมายอาญาและข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจตำรวจทางยุติธรรมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

สำหรับในประเทศไทยมีตัวอย่างคดีปกครองเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจในประเทศไทยที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยว่า ตำรวจใช้อำนาจทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งอยู่ 2 กรณี ได้แก่

กรณีแรก ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องต่อศาลปกครองว่าพนักงานสอบสวน ไม่สืบสวนข้อเท็จจริง บิดเบือนข้อเท็จจริงในคดีอาญาเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายนำความเท็จฟ้องผู้ฟ้องคดีต่อ

¹¹ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Baud ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 1951

¹² คำวินิจฉัยศาลคดีซัดกันคดี Noualek ลงวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1951

¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 97-98.

ศาลจังหวัดซึ่งคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นสั่งไม่รับฟ้องให้จำหน่ายคดี ศาลปกครองสูงสุดสั่งยื่นไม่รับฟ้องด้วยเหตุผลว่า คดีได้มีการดำเนินตามขั้นตอนของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการตามลำดับ จนคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลจังหวัด เป็นการดำเนินการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคดีไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง¹⁴

ส่วนกรณีที่สอง ผู้ฟ้องคดีถูกดำเนินคดีอาญาข้อหาหมิ่นประมาทจนถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกและปรับ โทษจำคุกให้รอลงอาญา จึงได้ฟ้องต่อศาลปกครองว่าการจับกุมผู้ฟ้องคดีเป็นไปโดยมิชอบและไม่มีนายตำรวจสัญญาบัตรเป็นผู้จับกุม เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอความเป็นธรรม ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวเป็นการกระทำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หากมีการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องย่อมเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม¹⁵

2.1.1.3 ลักษณะของการใช้อำนาจตำรวจทางปกครอง

ดังได้กล่าวแล้วว่า วัตถุประสงค์ของตำรวจทางปกครองคือการป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง ดังนั้น ตำรวจทางปกครองจึงเป็นการใช้อำนาจล่วงหน้าในการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ฝ่ายเดียวกับเอกชนโดยเอกชนจะสมัครใจหรือไม่สมัครใจก็ตาม (ใช้อำนาจฝ่ายเดียว) ที่เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” (act administratif)

การใช้อำนาจตำรวจทางปกครองแสดงออกโดยการกำหนดฝ่ายเดียวในรูปของนิติกรรมทางปกครองซึ่งอาจทำได้ 3 มาตรการด้วยกัน คือ¹⁶

(1) การออกกฎ ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ตำรวจทางปกครองมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป (la réglementation) เช่น รัฐกฤษฎีกา กฎกระทรวง เพื่อวางกฎเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ รวมทั้งยังมีบทลงโทษทางอาญาสำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนกฎดังกล่าวได้ด้วย เช่น การวางกฎจราจร วางระเบียบเกี่ยวกับการค้า การธนาคาร ฯลฯ

(2) การออกคำสั่งเฉพาะบุคคล ตำรวจทางปกครองสามารถออกคำสั่งที่มีผลเฉพาะตัวบุคคล (les décisions particulières) ได้ เช่น คำสั่งอนุญาต (autorisations) คำสั่งห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (เช่น ห้ามมิให้มีการชุมนุมอันอาจนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อย) คำสั่งให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (injonctions) (เช่น สั่งให้ผู้ชุมนุมประท้วงสลายตัว) เป็นต้น

¹⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544

¹⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 14/2544

¹⁶ ชาดูชัย แสวงศักดิ์, ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ, หน้า 12 - 13 และนั่นทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 99.

โดยหลักแล้ว คำสั่งต่าง ๆ เหล่านี้ตำรวจทางปกครองจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในบางครั้งก็อาจทำด้วยวาจาหรือทำโดยการใช้อำนาจก็ได้ เช่น ตำรวจจราจรโบกให้รถหยุดเพื่อให้นักข้ามถนน หรือโดยใช้อำนาจจราจร เช่น สัญญาณไฟจราจร (ไฟเขียว - ไฟแดง) เป็นต้น

(3) การปฏิบัติทางกายภาพ ตำรวจทางปกครองสามารถใช้กำลังในการปฏิบัติ (la coercition) ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อหยุดยั้งการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมได้ เช่น ใช้อาวุธ หรือการใช้กำลังเจ้าหน้าที่ผลักดันเพื่อสลายการชุมนุมเคลื่อนย้ายรถที่กีดขวางทางจราจร ยึดไม้เถื่อน หรือมาตรการบังคับทางปกครอง เช่น การรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างผิดแบบ เป็นต้น

นอกจากนี้อำนาจตำรวจทางปกครองยังสามารถจำแนกได้ 2 ประเภทคือ ตำรวจทางปกครองทั่วไปและตำรวจทางปกครองเฉพาะด้าน โดยมีรายละเอียดดังนี้¹⁷

(1) ตำรวจทางปกครองทั่วไป (la police administrative générale) ได้แก่ เจ้าหน้าที่ (une autorité) ได้รับมอบหมายให้มีอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในพื้นที่หนึ่งในนามของรัฐ (au nom de l'État) การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่นั้นจะต้องมีการกำหนดถึงขอบอำนาจและตัวเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการในฐานะตำรวจทางปกครองไว้อย่างชัดเจน

(2) ตำรวจทางปกครองเฉพาะด้าน (la police administrative spéciale) ในบางกรณี กฎหมายกำหนดให้มีเจ้าหน้าที่ทำหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในบางเรื่องบางกรณีเป็นพิเศษด้วยวิธีการพิเศษ หรือด้วยเทคนิคเฉพาะ ผู้ที่ทำหน้าที่เหล่านั้นก็จะเป็นตำรวจทางปกครองเฉพาะด้าน เช่น ตำรวจที่ทำหน้าที่ดูแลคนต่างด้าว (police des étrangers) ตำรวจที่ดูแลเรื่องการล่าสัตว์ (police de la chasse) ตำรวจที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแลการก่อสร้างอาคาร หรือตำรวจที่ทำหน้าที่อนุรักษ์สิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ผลทางกฎหมายของตำรวจทางปกครองคือ ใช้ระบบกฎหมายมหาชนบังคับกับกิจกรรมดังกล่าวและหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งมีหลักกฎหมายพิเศษ ดังนี้¹⁸

ประการแรก เมื่อการใช้อำนาจตำรวจทางปกครองเป็นการควบคุมล่วงหน้าใน โดยออกกฎหมาย อนุมัติ อนุญาต หรือลงมือกระทำที่ปรากฏในรูปนิติกรรมทางปกครองที่มีผลทั่วไปหรือเฉพาะราย จึงต้องนำหลักนิติกรรมทางปกครองมาใช้บังคับ ปัจเจกชนที่เห็นว่าการใช้

¹⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 98 - 99.

¹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 303 -

อำนาจฝ่ายเดียวนั้นไม่ชอบ ย่อมนำข้อพิพาทมาสู่ศาลปกครองได้โดยศาลปกครองจะให้ความสำคัญกับมาตรการที่ใช้ว่าเกินความจำเป็นที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยหรือไม่ (เมื่อคำนึงถึงท้องถิ่น เวลา และลักษณะการกระทำของเอกชน ตลอดจนสภาพแวดล้อมต่าง ๆ) ถ้าใช้อำนาจเกินความจำเป็น ศาลปกครองก็จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นและถ้าเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพประชาชนอย่างรุนแรงโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ (voic de fait) ศาลปกครองก็จะลงโทษฝ่ายปกครองโดยไม่รับคดีไว้พิจารณาแต่ให้ไปขึ้นศาลยุติธรรมและใช้กฎหมายเอกชนบังคับดั่งที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น¹⁹

ประการที่สอง บางเรื่องที่เป็นนโยบายควบคุมเรื่องสำคัญ (haute police) เช่น การเนรเทศ ศาลจะควบคุมน้อยมากเท่าที่จำเป็นจริง ๆ เท่านั้น หนึ่งความรับผิดชอบของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตำรวจทางปกครองนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีความผิดร้ายแรง (faute lourde) เท่านั้น กล่าวคือต้องจงใจก่อให้เกิดความเสียหายโดยผิดกฎหมายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจริง ๆ ถ้าไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อธรรมดา รัฐก็ไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน

ประการที่สาม ในสถานการณ์ปกติ การใช้อำนาจตำรวจทางปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย แต่ถ้าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน (urgence) อำนาจตำรวจทางปกครองก็จะเพิ่มขึ้นตามสถานการณ์ ซึ่งศาลจะเป็นผู้พิจารณาความเหมาะสมระหว่างมาตรการที่ใช้กับสถานการณ์ ยิ่งถ้าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างยิ่ง (circonstances exceptionnelles) แล้ว เช่น เกิดจลาจลขึ้น ถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนว่า แม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดให้อำนาจไว้โดยตรง ฝ่ายปกครองก็สามารถดำเนินการทุกอย่างเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย

2.1.1.4 ผู้ใช้อำนาจของตำรวจทางปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศส ผู้ใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวให้เอกชนได้ ผู้ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองมีหลายระดับซึ่งอาจจำแนกได้ ดังนี้

(1) **ระดับชาติ** ผู้ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองได้แก่ นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

¹⁹ Cass. Civ. 23 novembre 1956 Tresor public c. Girey. CAJA n° 76.

1) นายกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร (pouvoir réglementaire) ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 วรรคแรก และมาตรา 37 วรรคแรกแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958²⁰ เป็นผู้ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองในลำดับที่สูงที่สุดในระดับชาติดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยรับรองอำนาจทั่วไปของผู้บริหารประเทศในฐานะตำรวจทางปกครองระดับชาติไว้ในคดี Labonne ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1919 โดยคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงสรุปความได้ว่า แต่เดิมนั้นการดูแลเรื่องการจราจรเป็นหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ เนื่องมาจากหากเกิดอุบัติเหตุแล้วจะเป็นเรื่องร้ายแรงต่อสังคม ต่อมาได้มีรัฐกฤษฎีกา (décret) ลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1899 กำหนดให้มีการออก “ใบรับรองความสามารถในการขับรถยนต์” โดยให้อำนาจเจ้าหน้าที่ประจำจังหวัดที่จะเพิกถอนใบรับรองดังกล่าวได้หากผู้ได้ใบรับรองกระทำผิด 2 ครั้งในปีเดียวกัน เมื่อนาย Labonne ถูกเพิกถอนใบรับรอง จึงได้ร้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งที่ให้เพิกถอนใบรับรองโดยอ้างว่า เฉพาะเจ้าหน้าที่ประจำจังหวัดในจังหวัดและในเทศบาลเท่านั้นที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะดูแลรักษาทางสาธารณะและเป็นตำรวจเกี่ยวกับการจราจร ประมุขของรัฐไม่สามารถแทรกแซงในเรื่องดังกล่าวได้ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคำร้องดังกล่าวแล้วมีคำวินิจฉัยให้ยกฟ้อง เนื่องจากประมุขของรัฐมีอำนาจของตนเองที่จะออกกฎเกณฑ์ได้ คำวินิจฉัยดังกล่าวได้วางหลักไว้ประการหนึ่ง คือ ประมุขของรัฐมีอำนาจในตัวเอง (pouvoir propre) ที่จะออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะในท้องถิ่น²¹

นอกจากประมุขของรัฐจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในตัวเองทางด้านตำรวจที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมแล้ว นายกรัฐมนตรีเองก็มีอำนาจดังกล่าวเช่นกัน โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Association culturelle des israélites nord – africains de Paris

²⁰ มาตรา 21 “นายกรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดแนวทางการดำเนินการของรัฐบาล รับผิดชอบในการป้องกันประเทศ ดูแลการบังคับใช้กฎหมาย ภายใต้บังคับบทบัญญัติในมาตรา 13 นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารและแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจบางประการของนายกรัฐมนตรีให้แก่รัฐมนตรีได้

ในกรณีจำเป็น นายกรัฐมนตรีอาจทำหน้าที่แทนประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐในการเป็นประธานในที่ประชุมของสภาและคณะกรรมการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15

ในกรณีพิเศษ นายกรัฐมนตรีสามารถทำหน้าที่ประธานในการประชุมคณะรัฐมนตรีแทนประธานาธิบดีได้โดยจะต้องมีการมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจนและเพื่อวาระการประชุมที่กำหนดไว้แน่นอน”

มาตรา 37 “เรื่องใดที่อยู่นอกขอบเขตของการตราบัญญัติ ให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ได้

...”

²¹ M. LONG, P. WELL, G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Paris: SIREY, 1984), p. 157 – 160.

เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1979 ว่า นายกรัฐมนตรีมีอำนาจของตน (pouvoir propre) ที่จะวางกฎหรือมาตรการต่าง ๆ ทางตำรวจเพื่อใช้บังคับได้ตลอดทั้งประเทศ ซึ่งนายกรัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจทางตำรวจต่อไปยังผู้อื่นได้ แต่จะไม่สามารถมอบอำนาจนี้ให้กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ เพราะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นเจ้าของอำนาจตำรวจประเภทอื่น ๆ อยู่แล้ว เช่น ตำรวจควบคุมการพนัน ตำรวจที่ดูแลคนต่างชาติ เป็นต้น²²

2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย แม้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะไม่มีอำนาจเฉพาะตัว (pouvoir propre) ทางด้านตำรวจเช่นเดียวกับนายกรัฐมนตรี แต่เนื่องจากโครงสร้างขององค์กรตำรวจอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงมหาดไทยรวมทั้งผู้ว่าการจังหวัด (préfet) ก็เป็นข้าราชการของกระทรวงมหาดไทย ดังนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจึงอาจออกคำแนะนำ (instructions) ให้แก่ตำรวจหรือผู้ว่าการจังหวัดในการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองได้

(2) ระดับจังหวัด ผู้ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองได้แก่ ประธานสภาจังหวัดและผู้ว่าการจังหวัด

1) ประธานสภาจังหวัด (le président du conseil général) มีอำนาจตามมาตรา 25 แห่งกฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจ (la loi de la décentralisation) ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1982 ประกอบกับมาตรา L. 3221 - 4 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการปกครองท้องถิ่น กำหนดให้ประธานสภาจังหวัดมีอำนาจตำรวจทางปกครองในการจัดการจราจรในถนนที่อยู่ในเขตจังหวัดนอกชุมชนได้

2) ผู้ว่าการจังหวัด (le préfet) ผู้ว่าการจังหวัดมีอำนาจของตำรวจทางปกครองในการที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยในเขตจังหวัดที่ตนรับผิดชอบดูแล รวมทั้งเป็นผู้ใช้อำนาจของตำรวจด้านการจราจร (la police de la circulation) ในเขตทางหลวง (les routes nationales) ที่อยู่นอกเขตชุมชน รวมถึงอำนาจต่าง ๆ เช่นการอนุญาตให้ล่าสัตว์ ตกปลา ในด้านสิ่งแวดล้อมและสุขอนามัย นอกจากนี้ในกรณีที่เกิดภัยพิบัติธรรมชาติ (les catastrophes naturelles) หรืออุบัติเหตุร้ายแรง ผู้ว่าการจังหวัดเป็นผู้ทำหน้าที่ตำรวจทางปกครองในการสั่งการต่างๆ เพื่อให้เกิดการดำเนินการที่จะนำความสงบเรียบร้อยกลับมาสู่สังคม

นอกจากนี้แล้ว ผู้ว่าการจังหวัดมีอำนาจในด้านตำรวจทางปกครองอีกมากมาย ในฐานะตำรวจทางปกครองทั่วไป ในกรณีที่เทศบาลตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปเกิดปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยขึ้น ผู้ว่าการจังหวัดก็จะเข้าทำหน้าที่ตำรวจทางปกครองแทนนายกเทศมนตรีของเทศบาลเหล่านั้นเพื่อความสะดวกรวดเร็วในการสั่งการ หรือในกรณีที่ไม่มีนายกเทศมนตรีหรือนายกเทศมนตรีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ผู้ว่าการจังหวัดก็จะเป็นผู้ใช้อำนาจ

²² Jean - Marie PONTIER, Les services publics (Paris: HACHETTE, 1996), p. 113



ตำรวจทางปกครองแทน โดยผู้ว่าการจังหวัดสามารถกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่จะเ็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคง ปลอดภัย ความสงบสุข และสุขอนามัยของทุกเทศบาลที่อยู่ในเขตจังหวัดที่ตนรับผิดชอบอยู่ได้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา L 2215 - 1 แห่งประมวลกฎหมายปกครองท้องถิ่น ส่วนหน้าที่ในฐานะตำรวจทางปกครองเฉพาะด้านนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องจะกำหนดให้ผู้ว่าการจังหวัดแต่ผู้เดียวที่เป็นผู้มีอำนาจในฐานะตำรวจทางปกครองเฉพาะด้านในทุกเทศบาลที่อยู่ในเขตจังหวัดนั้น

(3) ระดับเทศบาล ผู้ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองได้แก่ **นายกเทศมนตรี** อำนาจของตำรวจทางปกครองทั่วไปในเขตเทศบาลเป็นของนายกเทศมนตรีดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา L 2212 - 1 แห่งประมวลกฎหมายปกครองท้องถิ่น

อำนาจหน้าที่ในฐานะตำรวจด้านการจราจร (la police de la circulation) ในเขตเทศบาลเฉพาะในส่วนที่เป็นการจราจรในเขตชุมชน (agglomérations) และในทางตัดผ่านทางหลวงแผ่นดิน (les routes nationales) และทางหลวงจังหวัด (les routes départementales) เป็นของนายกเทศมนตรีเช่นกันดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา L 2213 - 1 แห่งประมวลกฎหมายท้องถิ่น

นอกจากนี้ หากเทศบาลมีประชากรอยู่มากกว่า 10.000 คน ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่เป็นผู้ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองรวมถึงผู้ว่าการจังหวัดด้วย

2.1.1.5 ข้อจำกัดในการใช้อำนาจตำรวจทางปกครอง

กรอบการใช้อำนาจตำรวจทางปกครองจะมีมากหรือน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับอำนาจของตำรวจทางปกครองที่ใช้บังคับกับเสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการใช้เสรีภาพนั้น ๆ เช่น เสรีภาพของสื่อมวลชน เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม ฯลฯ อำนาจของตำรวจทางปกครองถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคลและส่วนรวม โดยข้อจำกัดนั้นอาจมีมากหรือน้อยแล้วแต่มาตรการที่จะนำมาใช้ โดยมีหลักทั่วไปว่า การมีเสรีภาพเป็นหลัก ส่วนการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพเป็นข้อยกเว้น ดังนั้น มาตรการในการใช้อำนาจตำรวจทางปกครองจึงใช้ได้เท่าที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองเท่านั้น มิใช่ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองสั่งห้ามการใช้เสรีภาพในเรื่องหนึ่งเรื่องใดเป็นการทั่วไปโดยไม่มีข้อยกเว้น ทั้ง ๆ ที่กรณีนั้นมีความเสี่ยงต่อการเกิดความไม่สงบเรียบร้อยเพียงบางพื้นที่และในบางช่วงเวลาเท่านั้น²³

²³ ชาดูซัย แสงวงศ์ดี, ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ, หน้า 15 - 16.

เช่นเดียวกับการดำเนินกิจกรรมทุกประเภทของฝ่ายปกครอง การใช้อำนาจของ ตำรวจทางปกครองจะต้องอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le principe de légalité) และอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล (le contrôle juridictionnel)²⁴

(1) หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง²⁵

หมายความว่า การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมาย จะต้องเป็นไปตามที่ กฎหมายกำหนดและจะทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ หลักดังกล่าวทำให้เกิดผล ตามมาคือ การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มี กฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการใด ๆ ได้ ดังนั้น “กฎหมาย” จึงเป็นทั้ง ที่มา (source) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและเป็นข้อจำกัด (limitation) ของการใช้อำนาจ ของฝ่ายปกครองด้วย

ก่อนหน้าที่จะมีการ “สร้าง” แนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการ กระทำทางปกครองนั้น เป็นที่เข้าใจกันอย่างชัดเจนว่าไม่มีอะไรที่จะเข้ามาขัดขวางหรือจำกัดการใช้ อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจรัฐ (puissance publique) อันเป็น อำนาจพิเศษที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจึงมี ความ “สูงสุด” และ “ไม่มีข้อจำกัด” แต่ต่อมาเมื่อมีการสร้างระบบ “รัฐธรรมนูญ” ให้เป็นกฎหมาย สูงสุดและมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้กฎหมายไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้ พร้อมทั้งมี การสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (le contrôle de constitutionalité) ที่กฎหมายไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือลำดับใดจะมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ไม่ได้ ระบบดังกล่าวส่งผลเป็นลูกโซ่ลงมายังกฎหมายลำดับรองต่างๆ ที่จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ เมื่อฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการ ดำเนินการต่าง ๆ การดำเนินการของฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นไปภายใต้หลักเดียวกันคือจะต้อง เป็นไปตามกฎหมายและจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ หลักดังกล่าวจึงทำให้การ ดำเนินงานของฝ่ายปกครองถูกจำกัดลง ฝ่ายปกครองจึงไม่มีอิสระในการดำเนินการใด ๆ ก็ได้ ตามใจตัวเองอีกต่อไปเพราะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินงานของฝ่าย ปกครองและเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ใต้ปกครองด้วย

เมื่อหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายถูกสร้างขึ้นและนำมาใช้กับฝ่าย ปกครอง จึงทำให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มี กฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ ซึ่งหลักดังกล่าวก็ได้ถูกนำมาใช้ใน

²⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 102.

²⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2552), หน้า 51 – 52.

ประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้ว ดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาคืออาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

การให้ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมีผลทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมา เพราะหากไม่มีหลักดังกล่าวฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจรัฐ อาจใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจในลักษณะเกินเลยต่อความจำเป็น ซึ่งก็จะก่อให้เกิดปัญหา กับประชาชนได้ ดังนั้นในรัฐสมัยใหม่ซึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงได้นำ หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายมาใช้เพื่อให้มีผลเป็นการเพิ่มการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนและเพื่อให้การดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย

มีข้อสังเกตว่า แม้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายจะทำให้การดำเนินการ ต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย แต่ฝ่ายปกครองเองก็เป็นองค์กรสำคัญของ องค์กรหนึ่งที่มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ คำสั่ง ฯลฯ มาใช้กับประชาชนได้ การออกกฎหมายลำดับรองก็ ต้อง สอดคล้องกับหลักว่าด้วยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือฝ่ายปกครองไม่ สามารถออกกฎหมายลำดับรองได้ถ้าไม่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจและการออกกฎหมายลำดับรอง ก็จะต้อง ไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมีผลทำให้ การกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติการทางปกครอง นิติกรรมทางปกครอง การออกกฎ คำสั่งต่าง ๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ สูงกว่า

ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้คำว่า “ความชอบด้วยกฎหมาย” เป็นคำที่กว้างมาก ไม่จำกัดเฉพาะกฎหมาย (loi) ที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่จะรวมถึง “กฎหมาย” ทุกประเภท ทั้งที่อยู่สูงกว่ากฎหมาย (loi) ธรรมดา คือรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายระหว่าง ประเทศและ “กฎหมาย” ทุกประเภทที่อยู่ต่ำกว่ากฎหมาย (loi) ธรรมดา คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง ฯลฯ

โดยหลักแล้ว การใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองจะต้องเป็นไปตามที่ กฎหมายกำหนดและเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้น การออกคำสั่งห้ามหรือการ บังคับการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายไม่สามารถทำได้เพราะ ประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบัญญัติไว้ในคำ ประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 แล้ว ดังนั้น มาตรการใด ๆ ของฝ่าย ปกครองที่จะมีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพของบุคคลจึงสามารถทำได้เท่าที่จำเป็นต่อการรักษาความ สงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้น

(2) หลักว่าด้วยการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง²⁶ หรือการอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล (le contrôle juridictionnel) ข้อมำกักในการใช้อำนาจตำรวจทางปกครองประการนี้มีขึ้นจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง กล่าวคือ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองในฐานะตำรวจทางปกครองดำเนินการใด ๆ หรือกำหนดมาตรการใดแล้วไปกระทบต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของบุคคล เช่น เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการประกอบธุรกิจหรือเสรีภาพในการชุมนุม หากเป็นปัญหาเข้าสู่การพิจารณาตัดสินของศาล ศาลก็จะตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการของฝ่ายปกครองนั้น โดยในการตรวจสอบ ศาลจะตรวจสอบในสองประการที่สำคัญด้วยกันคือ **ตรวจสอบวัตถุประสงค์**ของตำรวจทางปกครองในการใช้มาตรการนั้น และ**ตรวจสอบเหตุผล**ของตำรวจทางปกครองในการใช้มาตรการนั้น

1) การตรวจสอบวัตถุประสงค์ วัตถุประสงค์ (but) ของตำรวจทางปกครองในการใช้มาตรการต่างๆ เป็นสิ่งสำคัญที่สุด ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลมักจะเพิกถอน (annuler) มาตรการของตำรวจทางปกครองที่กำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ด้านอื่น ๆ นอกเหนือจากด้านการรักษาความสงบเรียบร้อย ความมั่นคงปลอดภัย และสุขอนามัยของสังคม ดังเช่นในคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Soc. Industrielle ลงวันที่ 5 มกราคม ค.ศ. 1924 ศาลปกครองสูงสุดสั่งยกเลิกการใช้คำสั่งของตำรวจทางปกครองเพื่อบังคับให้ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ (concessionnaire de service public) ปฏิบัติตามสัญญา เพราะมิได้เป็นคำสั่งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

ในอดีตนั้น ศาลปกครองสูงสุดจะยอมรับเฉพาะ**วัตถุประสงค์ที่เกิดขึ้นจริงมากกว่าวัตถุประสงค์ด้านศีลธรรม** (le but de moralité) เพราะถือว่าวัตถุประสงค์ทางด้านศีลธรรมนั้นอาจไม่เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1959 ศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยอมรับถึงความเสียหายทางด้านศีลธรรมที่อาจเกิดขึ้นและอาจกลายเป็นผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมในเวลาต่อมาได้ โดยในคำวินิจฉัยคดี Société <<Les Films Lutétia >> เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1959 ศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับคำสั่งของนายกเทศมนตรีที่ห้ามฉายภาพยนตร์บางประเภทที่เนื่องจากผิดศีลธรรมซึ่งหากปล่อยให้ฉายภาพยนตร์ดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมได้

2) การตรวจสอบเหตุผล เหตุผล (motif) ในการออกคำสั่งของตำรวจทางปกครองก็เป็นสิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะทำให้คำสั่งหรือมาตรการต่างๆ ของตำรวจทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งหรือมาตรการเหล่านั้นจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นและเหตุการณ์นั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งก็หมายความว่า**จะต้องมีการดำเนินการที่ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมขึ้น**

²⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 102 – 105.

ที่ผ่านมา ศาลปกครองเคร่งครัดกับการตรวจสอบเหตุผลในการสั่งการของตำรวจทางปกครองมาก หากเหตุผลในการออกคำสั่งหรือกำหนดมาตรการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจกรรมที่ตนสั่งห้าม แต่ฝ่ายปกครอง**คาดว่าจะเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นหากตนไม่ออกคำสั่งหรือกำหนดมาตรการนั้น** ศาลปกครองก็จะมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งของตำรวจทางปกครองเหล่านั้นเสีย ดังเช่นในคำวินิจฉัยคดี Bourgaturu ลงวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 1941 ที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งห้ามผู้เยาว์เข้าร่วมงานเต็มร่ำว่าไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะเป็นการดำเนินการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย

อนึ่ง การตรวจสอบโดยศาลนั้นสามารถทำได้ทั้งโดยศาลปกครองและโดยศาลยุติธรรม กล่าวคือ สำหรับ**ตุลาการศาลปกครอง**นั้นสามารถควบคุมการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองได้ด้วยการเพิกถอนกฎ (réglementaire) หรือคำสั่ง (décisions) ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมไปถึงการสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของตำรวจทางปกครอง (la responsabilité pour dommages causés dans l'exercice du pouvoir de police) ได้ ส่วนผู้พิพากษา**ศาลแพ่ง** (le juge civil) อาจควบคุมการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองที่ใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการกระทำผิดเป็นการส่วนตัว (faute personnelle) และการกระทำนอกเขตอำนาจ (voie de fait) ของเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งได้ และผู้พิพากษา**ศาลอาญา** (le juge répressif) ก็อาจเข้ามาควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองที่กระทำเกินขอบอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจไว้และเป็นการกระทำที่ผิดตามกฎหมายอาญา เช่น กระทำทารุณ (brutalité) ต่อผู้ต้องหา เป็นต้น และในท้ายที่สุดนอกเหนือจากการตรวจสอบโดยศาลทั้งหมดทุกประเภทที่กล่าวไปแล้ว ยังมีการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง (le contrôle administratif) ที่ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองสามารถลงโทษทางวินัย (sanctions disciplinaires) ผู้ได้บังคับบัญชาของตนได้หากพบว่าผู้ได้บังคับบัญชาของตนใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้อง

2.1.1.6 ข้อยกเว้นในการใช้อำนาจตำรวจทางปกครอง²⁷

การใช้อำนาจตำรวจทางปกครองนั้นโดยปกติต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดแต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ไม่ปกติขึ้นในสังคม เช่น เกิดสงครามหรือเกิดการจลาจล ตำรวจทางปกครองก็จะมีอำนาจมากขึ้นและในบางกรณีก็อาจเป็นอำนาจเด็ดขาดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 วรรคแรกแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน²⁸ ก็ได้

²⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**, หน้า 105 – 107.

²⁸ **มาตรา 16** วรรคแรก “ในกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน จนเป็นเหตุให้

ในฝรั่งเศส มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นของการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครองอยู่สองฉบับ (ไม่นับมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ) ได้แก่

(1) **รัฐบัญญัติเกี่ยวกับกฏอัยการศึก (l'état de siège)** ลงวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1894 และที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1878 ที่กำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ประกาศกฏอัยการศึกที่มีผลบังคับใช้เป็นเวลา 12 วัน หลังจากนั้นหากคณะรัฐมนตรีต้องการขยายระยะเวลา ก็จะต้องให้รัฐสภาเป็นผู้อนุมัติ โดยเมื่อประกาศกฏอัยการศึกแล้วก็จะมีการ โอนอำนาจของตำรวจไปเป็นของทหาร มีการจำกัดสิทธิของประชาชนมากขึ้น เช่น สั่งห้ามออกนอกเคหสถานในเวลาใดเวลาหนึ่ง ห้ามชุมนุม ห้ามตีพิมพ์สิ่งพิมพ์บางประเภทที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบในสังคม เป็นต้น รวมทั้งยังมีการจัดตั้งศาลทหาร (les tribunaux militaires) ขึ้นเพื่อพิจารณาความผิดที่พลเรือนทำอีกด้วย

(2) **รัฐบัญญัติเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน (l'état d'urgence)** ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 ก็กำหนดให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทำโดยคณะรัฐมนตรีเช่นกันในเหตุผลที่ว่า มีอันตรายต่อความสงบสาธารณะหรือภัยพิบัติสาธารณะ โดยให้มีผลเป็นเวลา 12 วัน หลังจากนั้น หากคณะรัฐมนตรีต้องการขยายระยะเวลา ก็จะต้องให้รัฐสภาออกเป็นรัฐบัญญัติขยายระยะเวลา กฎหมายเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินนี้ขยายอำนาจตำรวจปกครองให้มากขึ้นกว่าเดิมในด้านการดูแลการจราจร การเข้าเมืองของคน การยึด (réquisitions) ทรัพย์สินของพลเมือง รวมทั้งการห้ามออกนอกเคหสถาน การควบคุมสิ่งพิมพ์ รายการวิทยุโทรทัศน์ต่าง ๆ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป ตำรวจทางปกครองเป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพื่อ “ป้องกัน” กระทบกระทั่งผิดกฎหมายหรือการกระทำที่อาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือเป็นการ “แทรกแซง” ความเป็นไปของสังคมเพื่อจัดระเบียบและรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองซึ่งจะแตกต่างกับตำรวจทางยุติธรรมที่จะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

2.1.2 ตำรวจทางยุติธรรม

ตำรวจทางยุติธรรม (police judiciaire) คือ อำนาจหน้าที่ วิธีการและปฏิบัติการเพื่อการจับกุมและนำตัวผู้กระทำความผิดกฎหมายมาลงโทษ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อำนาจ “ปราบปราม” (répressive) หรือ “ระงับ” ความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งแตกต่างจากอำนาจตำรวจทาง

การดำเนินการตามปกติของสถาบันการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญยุคชะงักลง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจดำเนินการที่จำเป็นสำหรับจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าว โดยจะต้องปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี และประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน...”

ปกครอง (police administrative) ที่เป็นอำนาจปฏิบัติการเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย²⁹

ดังได้กล่าวแล้วว่าในการพิจารณาว่าอำนาจใดเป็นอำนาจในการป้องกันการกระทำผิด (police administrative) หรืออำนาจใดเป็นอำนาจในการปราบปรามผู้กระทำผิด (police judiciaire) จะต้องพิจารณาจากลักษณะของภาระหน้าที่ (opération entreprise de police)³⁰ ไม่ใช่ที่ตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจนั้น ดังนั้นบุคคลคนเดียวกัน เช่น ตำรวจหรือนายกเทศมนตรี (Maire) อาจใช้อำนาจทั้งสองควบคู่กันในปฏิบัติการได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ ตัวอย่างเช่น ตำรวจซึ่งเฝ้ารักษาความปลอดภัยในการขนส่งเงินหรือทรัพย์สินมีค่าของธนาคาร ปฏิบัติหน้าที่ป้องกันการกระทำผิด (police administrative) แต่หากมีการปล้นเกิดขึ้นและตำรวจได้ปฏิบัติการจับกุมคนร้าย นั้นหมายถึงมีการใช้อำนาจปราบปรามผู้กระทำผิด (police judiciaire) อันเป็นอำนาจของตำรวจทางยุติธรรมหรือตำรวจทางคดี

2.1.2.1 ตำรวจทางยุติธรรมในประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสได้ให้นิยามของตำรวจทางยุติธรรมไว้ในมาตรา 14 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า “ตำรวจทางยุติธรรมมีหน้าที่ในการรักษากฎหมายมิให้มีการละเมิดตามกฎหมายอาญาและมีหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ และติดตามผู้กระทำความผิด”³¹ ตำรวจทางยุติธรรมมีลักษณะสำคัญพอสรุปได้ ดังนี้

(1) อำนาจตำรวจทางยุติธรรม ถูกใช้โดยตำรวจแห่งชาติ (police nationale) ตำรวจตระเวนชายแดน (gendarmérie) ตำรวจตรวจคนเข้าเมือง (douane judiciaire) ตำรวจเทศบาล (police municipale) และเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ที่ได้รับมอบหมายอำนาจให้ปฏิบัติงานเป็นพิเศษ เช่น เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานของการรถไฟ รถไฟฟ้าใต้ดิน ผู้ตรวจราชการ เป็นต้น ซึ่งบุคคลผู้ใช้อำนาจตำรวจทางยุติธรรมนี้ได้ถูกกำหนดไว้ในแต่ละมาตราของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

โดยทั่วไป ตำรวจทางยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ทั่วทั้งดินแดนของรัฐ แต่ตำรวจทางยุติธรรมบางประเภทก็มีอำนาจเฉพาะเจาะจงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายภายในเขตพื้นที่ของตน เช่น ตำรวจเทศบาล หรือตำรวจรถไฟ

²⁹ Georges DUPUIS et Marie – José GUEDON, *Institutions administratives : Droit administratif*, 2^e édition (Armand Colin, Collection U. 1988), p. 400.

³⁰ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Baud ลงวันที่ 11 พฤษภาคม ค.ศ. 1951 และคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันคดี Nouelek ลงวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1951.

³¹ Article 14 du Code de procédure pénale.

(2) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (la Direction Centrale de la Police Judiciaire: DCPJ)³² ของประเทศฝรั่งเศสเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจตำรวจทางยุติธรรม โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงมหาดไทย สำนักงานตำรวจแห่งชาติมีเขตอำนาจทั่วทั้งประเทศ ยกเว้น กรุงปารีสและเมืองรอบ ๆ ที่อยู่ภายใต้การดูแลของตำรวจแห่งภาค

1) โครงสร้าง สำนักงานตำรวจแห่งชาติแบ่งเป็นฝ่ายบริหารงานกลางและฝ่ายปราบปรามอาชญากรรม โดยฝ่ายบริหารงานกลางซึ่งมีหน้าที่ดูแลกิจการด้านบุคลากรและประสานงานกับหน่วยงาน gendarmerie ส่วนฝ่ายปราบปรามอาชญากรรมซึ่งมีหน้าที่ปราบปรามอาชญากรรมทุกรูปแบบแบ่งเป็น 4 แผนก ได้แก่ แผนกอาชญากรรมระหว่างประเทศ แผนกอาชญากรรมทางธุรกิจและการเงิน แผนกอาชญากรรมทางเทคโนโลยีและคอมพิวเตอร์ และแผนกวิเทศสัมพันธ์

นอกจากนี้ สำนักงานตำรวจแห่งชาติยังแบ่งเป็น 12 เขตพื้นที่ทั่วประเทศ ได้แก่ สำนักงานตำรวจแห่งภาค (Directions Régionales de Police Judiciaire: DRPJ) 3 แห่งคือที่ กรุงปารีส เมือง Versailles และเมือง Ajaccio-Bastia กับสำนักงานตำรวจระหว่างภาค (Directions Interrégionales de Police Judiciaire: DIPJ) 9 แห่ง ตั้งอยู่ที่เมือง Marseille เมือง Lyon เมือง Bordeaux เมือง Dijon เมือง Orléans เมือง Rennes เมือง Strasbourg เมือง Lille และเมือง Antilles-Guyane

2) อำนาจหน้าที่ ในด้านกระบวนการยุติธรรม สำนักงานตำรวจแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 19 พฤษภาคม 2006 ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญา เช่น ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อบุคคลและทรัพย์สิน การสาบสูญของบุคคล การปราบปรามการขนถ่ายอาวุธรวมถึงวัตถุระเบิด ติดตามบุคคลหรือผู้ต้องหา การฉ้อโกงระดับชาติ การค้าประเวณี การลักลอบขนย้ายวัตถุโบราณ การลักลอบรวมถึงเอกสารสำคัญที่อยู่ภายในรถ การก่อการร้าย การลักลอบขนยาเสพติด การฟอกเงิน การฉ้อฉลทางธุรกิจ การปลอมแปลงเงินตรา อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์และอาชญากรรมบนบัตรเครดิต ฯลฯ

2.1.2.2 ตำรวจทางยุติธรรมในประเทศไทย

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เป็นหน่วยงานที่ดูแลกิจการเกี่ยวกับตำรวจในประเทศไทย ผู้บังคับบัญชาสูงสุดคือ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ โดยขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี

³² Police nationale. [Online]. Available : URL :

http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_l_interieur/la_police_nationale/organisation/dcpj/organisation-structure-dcpj

(1) โครงสร้างของตำรวจทางยุติธรรม หลังจากที่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยแล้ว กิจการตำรวจได้แบ่งออกเป็น 4 ส่วน ตามประกาศเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยเรื่องการแบ่งส่วนราชการกรมตำรวจ พ.ศ. 2475 คือ

ส่วนที่ 1 เป็นหน่วยบริหารงานส่วนกลางและสำนักบริหารของอธิบดีกรมตำรวจมีกองขึ้นตรง 6 กองได้แก่ กองกลาง กองบัญชา กองโรงเรียน กองคดี กองตรวจคนเข้าเมือง และกองทะเบียนกลาง

ส่วนที่ 2 ตำรวจนครบาล

ส่วนที่ 3 ตำรวจภูธร

ส่วนที่ 4 ตำรวจสันติบาล เป็นหน่วยที่ตั้งขึ้นใหม่ภายหลังที่ได้ยกเลิกตำรวจภูบาล ตำรวจกลาง และตำรวจกองพิเศษ

หลังจากที่ได้ปรับปรุงกิจการตำรวจเพื่อวางรากฐานตำรวจในระบอบประชาธิปไตยเมื่อ พ.ศ. 2475 แล้ว กรมตำรวจได้ปรับปรุงการบริหารให้ดีขึ้น และเหมาะสมสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมปริมาณและคุณภาพของงานเรื่อยมาจนถึงปี พ.ศ. 2541 ได้มีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติโอนกรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทย ไปจัดตั้งเป็น สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี

พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของข้าราชการตำรวจไว้ว่า ข้าราชการตำรวจ หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับการบรรจุและแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยได้รับเงินเดือนจากเงินงบประมาณหมวดเงินเดือนในสำนักงานตำรวจแห่งชาติและให้หมายความรวมถึง ข้าราชการในสำนักงานตำรวจแห่งชาติซึ่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติแต่งตั้งและสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการตำรวจ โดยได้รับเงินเดือนจากส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานอื่นของรัฐด้วย และมาตรา 8 ได้วางหลักไว้ว่า ข้าราชการตำรวจอาจให้แบ่งเป็นข้าราชการตำรวจประเภทไม่มียศ โดยให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ดังนั้นองค์การของตำรวจทางปกครอง หมายถึง บรรดาคงค์กรของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในการกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง

(2) อำนาจหน้าที่ของตำรวจทางยุติธรรม ตำรวจนั้นถือเป็นเจ้าพนักงานปกครองที่มีอำนาจในทางปกครองหน่วยหนึ่ง ดังนั้นการกระทำใด ๆ ก็ตามที่จะไปกระทบสิทธิเสรีภาพประชาชนนั้น ต้องมีกฎหมายระบุรับรองให้ใช้อำนาจทางปกครองนั้นได้เสียก่อน หากไม่มีกฎหมายระบุให้อำนาจไว้ก็ไม่สามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้ เป็นไปตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ ในการปฏิบัติหรือกระทำการของฝ่ายปกครอง

กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของตำรวจ กำหนดความสามารถ กำหนดซึ่งรูปแบบการกระทำตามที่กฎหมายให้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ในการจับกุม ปราบปราม

รักษาความสงบเรียบร้อยได้ทั่วราชอาณาจักร หากไม่ปฏิบัติหรือไม่กระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นความผิด เจ้าพนักงานอาจถูกฟ้องต่อศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมได้ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา

ปัจจุบัน มีกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมและให้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจ ได้แก่ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 พระราชกำหนดแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2548 กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2548 ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2548 ประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี และกฎหมายอื่นที่ให้อำนาจไว้เป็นเฉพาะ เช่น พ.ร.บ. จราจรทางบก พ.ศ. 2522 ว่าด้วยอำนาจตำรวจจราจร เป็นต้น

ตำรวจมีอำนาจหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันเกี่ยวกับการจับกุมปราบปรามผู้กระทำความผิดกฎหมาย นอกจากนี้ในประมวลวิธีพิจารณาความอาญาก็ได้กำหนดให้ตำรวจใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจต้องเป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับทั้งหลายซึ่งว่าด้วยอำนาจและหน้าที่ของตำรวจซึ่งถือเป็นสิ่งสำคัญมากเพราะถ้าหากบัญญัติกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ออกมากำหนดหน้าที่ของตำรวจโดยเป็นการควบคุมอำนาจของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจแล้วไม่สามารถควบคุมให้ตำรวจกระทำการเฉพาะในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ก็จะทำให้เกิดความไม่สงบในบ้านเมืองขึ้น

นอกจากเจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้แล้ว กฎหมายยังให้อำนาจที่จะออกคำสั่งทางปกครอง³³ ซึ่งถือเป็นกฎเกณฑ์ที่ประชาชนต้องเคารพและปฏิบัติตาม ดังนั้นจะเห็นได้ว่าตำรวจและกฎหมายมีความสัมพันธ์กัน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ตำรวจย่อมไม่มีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติการกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่ของอำนาจดำเนินคดีอาญาหรือการอำนวยความสะดวก เป็นบทบาทของพนักงานฝ่ายปกครองในการอำนวยความสะดวก อาจแบ่งอำนาจหน้าที่ของตำรวจออกเป็น 2 ส่วนที่สำคัญ คือ³⁴

³³ รัฐปกรณ์ นิภานันท์, มหาวิทยาลัยราชภัฏนครราชสีมา, 2008. คำสั่งทางปกครอง. [Online]. Available : URL : <http://www.nrru.ac.th/knowledge/laws006.asp>

³⁴ วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, 2008. กระบวนการยุติธรรมกับการบริหารราชการไทย. [Online]. Available : URL : <http://www.wiruch.com/articles%20for%20article/article%20justice%20process%20and%20public%20admin.htm>

(1) อำนาจในการดำเนินคดีอาญา ได้แก่ การสืบสวน การสอบสวน การจับกุม และการสั่งคดีอาญากรณีความเห็นแย้งพนักงานอัยการ

การกระทำความผิดอันถือว่าเป็นความผิดอาญา คือ มีบทลงโทษในลักษณะที่เป็นโทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ทั้งความผิดที่เกิดจากผลการกระทำนั้นโดยตรง หรือการกระทำอันเป็นความผิดที่เกิดขึ้น เพราะมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา เช่น ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยบัตรประจำตัวประชาชน หรือกฎหมายทะเบียนราษฎร เป็นต้น

ในงานของฝ่ายปกครอง ผู้เสียหายหรือผู้กล่าวโทษเข้าร้องทุกข์หรือกล่าวโทษต่อเจ้าพนักงาน ซึ่งจะต้องดำเนินการสอบสวน และส่งสำนวนให้พนักงานอัยการดำเนินการต่อไป ฟ้องร้องต่อศาลจนถึงผลที่สุดแห่งคดี

(2) อำนาจในการสืบสวนคดีอาญา เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐาน ซึ่งพนักงานฝ่ายปกครอง (เฉพาะในเขตอำนาจ) หรือตำรวจ (มีอำนาจหัวราชอาณาจักร) ได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด

อำนาจในการสอบสวนคดีอาญานั้น การสอบสวนได้แก่การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิด และเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ ซึ่งในทางคดีอาญาข้าราชการฝ่ายปกครองเข้าไปเกี่ยวข้องในการสอบสวน โดยเป็นผู้ดำเนินการสอบสวนฝ่ายเดียว หรือสอบสวนร่วมกับตำรวจ

2.1.3 กระบวนการยุติธรรม

กระบวนการยุติธรรมเป็นภารกิจพื้นฐานอีกประการหนึ่งของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง กล่าวคือกระบวนการยุติธรรมเป็นภารกิจที่รัฐต้องเป็นผู้จัดทำ กระบวนการยุติธรรมเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น มีความสำคัญต่อเอกภาพของรัฐและต่อความเป็นอยู่ของประชาชนทั่วประเทศ

กระบวนการยุติธรรม หมายถึง กลไกและกระบวนการที่รัฐใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติและจัดการแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคม เพื่อสร้างความยุติธรรมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยคณะผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาถึงกระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย ดังต่อไปนี้

2.1.3.1 กระบวนการยุติธรรมของฝรั่งเศส

สิ่งแรกที่สมควรจะกล่าวถึงก็คือ กระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศสมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากกระบวนการยุติธรรมในหลาย ๆ ประเทศ กล่าวคือ ระบบศาลของประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่ (la dualité d'ordres juridictionnels) อันประกอบด้วยระบบศาลยุติธรรม (l'ordre juridictionnel judiciaire) และระบบศาลปกครอง (l'ordre juridictionnel administratif) ประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ได้แก่ประเทศที่แบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายเอกชน (la droit privé) ที่ใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน และกฎหมายมหาชน (le droit public) ที่ใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน โดยมีการแบ่งแยกศาลตามความชำนาญพิเศษของผู้พิพากษาออกเป็น 2 ประเภท คือ ศาลยุติธรรมซึ่งมีความชำนาญพิเศษทางด้านกฎหมายเอกชน และศาลปกครองที่มีความชำนาญพิเศษทางด้านกฎหมายมหาชน ศาลแต่ละประเภทมีโครงสร้างดังต่อไปนี้³⁵

1. ศาลแต่ละประเภท คือ ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ต่างประกอบด้วยศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และศาลสูงสุด
2. มีการแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครองอย่างเด็ดขาด ว่าคดีประเภทใด อยู่ในเขตอำนาจของศาลใด
3. ศาลยุติธรรมและศาลปกครองต่างเป็นอิสระซึ่งกันและกัน
4. มีการแบ่งแยกผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครองออกจากกันอย่างเด็ดขาด

ระบบศาลคู่ของประเทศฝรั่งเศสเกิดขึ้นจากความเป็นมาทางด้านประวัติศาสตร์ของฝรั่งเศส³⁶ มาเป็นเวลานานแล้ว และต่อมาเมื่อมีการปฏิวัติครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 ภาพของระบบศาลคู่จึงเริ่มเด่นชัดขึ้นเมื่อมีรัฐบัญญัติลงวันที่ 16 – 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ห้ามศาลยุติธรรมขัดขวางการปฏิบัติงานขององค์กรฝ่ายปกครองไม่ว่าด้วยวิธีใดหรือพิจารณาคดีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถูกฟ้องเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ และหลังจากนั้นก็ได้มีการตรารัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1794 ยืนยันข้อห้ามดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง

ต่อมาในปี ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต ได้จัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ขึ้นมาโดยเลียนแบบสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ในสมัยก่อนปฏิวัติ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่สองประการ คือร่างกฎหมายให้แก่ประมุขของฝ่ายบริหารกับเป็นที่ปรึกษา

³⁵ อิสระ นิติทัศน์ประกาศ, เรียนรู้เรื่องศาลปกครองอย่างคนธรรมดา (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2540), หน้า 15 – 16.

³⁶ โปรตุเกสรายละเอียดยุคใน ชาญชัย แสงวงศ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและประเทศไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), หน้า 23 – 84.

กฎหมายของฝ่ายบริหาร และในฐานะที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายของฝ่ายบริหารนี้เองที่ทำให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง โดยในระยะแรกนั้นสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเพียงแต่พิจารณาข้อพิพาททางปกครองโดยไม่สามารถวินิจฉัยชี้ขาดได้ด้วยตนเอง แต่จะต้องเสนอแนะคำวินิจฉัยต่อประมุขของฝ่ายบริหารให้เป็นผู้พิจารณาตัดสิน ต่อมาเมื่อสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีความชำนาญและได้รับการยอมรับนับถือจากฝ่ายปกครอง จึงได้มีการมอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองให้แก่สภาแห่งรัฐโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872³⁷ ซึ่งมีผลทำให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (เฉพาะในส่วนที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง) กลายเป็น “ศาลปกครองสูงสุด” อันเป็นสถาบันที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองอย่างสมบูรณ์แบบ และนับตั้งแต่นั้นมาจนถึงปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสก็ได้ใช้ระบบศาลคู่คือศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยทั่วไป และศาลปกครองซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เอกชนมีข้อพิพาทกับฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครอง

(1) ระบบศาลปกครอง ประกอบด้วยศาล 2 ระบบ คือ ระบบศาลปกครองทั่วไปและระบบศาลปกครองพิเศษ

ระบบศาลปกครองทั่วไป ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้น (Tribunal Administratif หรือ TA) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Cour Administrative d'Appel หรือ CAA) และศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État หรือ CE) โดยในปัจจุบันนี้ ศาลปกครองชั้นต้นมีอยู่ 37 ศาลทั่วประเทศ³⁸ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ 8 ศาลทั่วประเทศและศาลปกครองสูงสุด 1 ศาล³⁹

ส่วนระบบศาลปกครองพิเศษ (les juridictions administratives spécialisées) นั้น ได้แก่ ศาลปกครองเฉพาะด้านที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีปกครองบางประเภทโดยเฉพาะคดีที่มีลักษณะทางเทคนิคมากและต้องใช้ความรู้ความชำนาญเฉพาะด้านในการพิจารณา เช่น ระบบการพิจารณาความผิดที่เกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดินของรัฐจะมีศาลปกครองพิเศษ คือ ศาลบัญชีประจำภาค (Chambres Régionales des Comptes) ทำหน้าที่ศาลปกครองพิเศษชั้นต้น ศาลบัญชี (Cour des Comptes) ทำหน้าที่ศาลปกครองพิเศษชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุด (Conseil

³⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 120 ปี เคนซ็อลออฟสเตด (กรุงเทพฯ: บริษัทประชาชน จำกัด, 2537), หน้า 74 – 76.

³⁸ รวมทั้งดินแดน โฟ้นทะเล (territoires d'outre-mer) ซึ่งเป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศสที่อยู่นอกประเทศฝรั่งเศส

³⁹ ที่มา : www.conseil-etat.fr

d'État) ทำหน้าที่ศาลปกครองสูงสุดในระบบการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดินของรัฐ⁴⁰

(2) ระบบศาลยุติธรรม ประกอบด้วย 2 ระบบเช่นเดียวกับศาลปกครอง คือ ระบบศาลยุติธรรมทั่วไป และระบบศาลยุติธรรมพิเศษ

ระบบศาลยุติธรรมทั่วไปประกอบด้วย ศาลยุติธรรมชั้นต้นซึ่งมี 2 ประเภท คือ Tribunal d'Instance (TI) สำหรับคดีข้อพิพาททั่วไปที่เป็นคดีเล็ก ๆ ซึ่งเกิดขึ้นในชีวิตประจำวัน เช่น อุบัติเหตุอันเกิดจากการจราจร การไม่จ่ายค่าเช่า หรือการเรียกค่าเสียหายต่าง ๆ ซึ่งจะต้องเป็นคดีที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 7,600 ยูโร (euros) ปัจจุบันมี Tribunal d'Instance อยู่ 473 แห่ง ซึ่งตั้งอยู่ในทุก ๆ เขต (arrondissement) ทั่วประเทศจำนวน 462 แห่ง และอีก 11 แห่งในจังหวัดโพ้นทะเล (département d'outre – mer) กับ Tribunal de Grande Instance (TGI) สำหรับคดีแพ่งและคดีอาญาที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของ Tribunal d'Instance และมีทุนทรัพย์ไม่เกิน 7,600 ยูโรเช่นกัน ซึ่งปัจจุบัน มีอยู่ 181 ศาล โดยศาลจำนวน 175 ศาลตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศสและศาลอีก 6 ศาลตั้งอยู่ในจังหวัดโพ้นทะเล ส่วนศาลยุติธรรมชั้นอุทธรณ์ (Cour d'Appel) มีทั้งสิ้น 35 ศาล โดยศาลจำนวน 30 ศาลตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศสและศาลอีก 5 ศาลตั้งอยู่ในจังหวัดโพ้นทะเล และศาลฎีกาสูงสุด (Cour de Cassation) จำนวน 1 ศาล

ส่วนระบบศาลยุติธรรมพิเศษนั้น ได้แก่ ศาลยุติธรรมที่มีความชำนาญเฉพาะด้านและมีหน้าที่ในการพิจารณาคดีที่ต้องอาศัยความชำนาญเฉพาะด้าน เช่น ศาลพาณิชย์ (Tribunal de Commerce) ศาลทหาร (jurisdiction militaire) เป็นต้น⁴¹

นอกจากศาลยุติธรรมและศาลปกครองอันเป็นกระบวนการทางด้านยุติธรรมตามปกติของประเทศฝรั่งเศสแล้ว ปรากฏว่ายังมีกระบวนการยุติธรรมอีก 3 ประเภทที่เป็นกระบวนการยุติธรรมพิเศษและอยู่นอกเหนือจากระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) ศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflicts) ในระบบศาลคู่ การขัดกันระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครองอาจเกิดขึ้นได้ในหลาย ๆ กรณี เช่น ศาลทั้งสองต่างยืนยันว่าตนมีอำนาจในการพิจารณาคดี หรือต่างยืนยันว่าตนไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าว รวมทั้งอาจเกิดกรณีคำพิพากษาของทั้งสองศาลขัดแย้งกัน จึงต้องมีการจัดตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อให้มีอำนาจในการตัดสินชี้ขาดการขัดกันดังกล่าวข้างต้น เรียกว่า ศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflicts)

⁴⁰ Jean – Marie PONTIER, *Les services publics* (Paris : HACHETTE, 1996), p. 108 – 109.

⁴¹ Ibid., p. 109.

ศาลคดีขัดกันประกอบด้วยตุลาการจำนวน 9 คน โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (le Garde de Sceaux) เป็นประธาน และมีตุลาการที่มาจากตุลาการศาลยุติธรรมสูงสุด (Cour de Cassation) จำนวน 4 คน และอีก 4 คนมาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État)⁴²

2) ศาลอาญาชั้นสูง (la Haute Cour de Justice) เป็นศาลพิเศษที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาความผิดในกรณีที่ประธานาธิบดีทรยศต่อชาติ ประกอบด้วยตุลาการจำนวน 24 คน ซึ่งมาจากสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 12 คน และจากวุฒิสภาจำนวน 12 คน⁴³

3) ศาลอาญาแห่งสาธารณรัฐ (la Cour de Justice de la République) เป็นศาลพิเศษที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาความผิดในกรณีที่รัฐมนตรี (รวมถึงนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีทุกประเภท) กระทำความผิดทางอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่ ประกอบด้วยตุลาการจำนวน 15 คน ซึ่งมาจากสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 6 คน จากวุฒิสภาจำนวน 6 คน และจากตุลาการศาลฎีกาชั้นพิเศษ (magistrat de siège hors hiérarchie) จำนวน 3 คน⁴⁴

2.1.3.2 กระบวนการยุติธรรมของไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 10 กำหนดให้ประเทศไทยมีศาล 4 ศาล ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครองและศาลทหาร เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) โดยศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจในคดีแพ่ง คดีอาญา ทั้งปวงและคดีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลอื่น ศาลปกครองมีเขตอำนาจในคดีปกครอง และศาลทหารมีเขตอำนาจในคดีอาญาของทหาร

(1) ศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) และได้บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้งหนึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งนี้ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่หลักในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและวินิจัย

⁴² อิศระ นิตินันท์ประกาศ, เรียนรู้เรื่องศาลปกครองอย่างคนธรรมดา, หน้า 61 – 63.

⁴³ โปรดคูรายละเอียดยุติธรรม นันทวัฒน์ บรมานันท์, “ระบบการพิจารณาคดีความผิดทางอาญาของนักการเมืองระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส,” ใน รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล (กรุงเทพฯ: นิตยธรรม, 2540), หน้า 105 – 133.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.



ปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น คำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญยังเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐทุก องค์กร ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทที่สำคัญยิ่งในกลไกทางการเมืองการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยของไทย

1) โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ⁴⁵ ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ ปัจจุบัน ประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่ง และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน รวมเป็นเก้าคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้ (มาตรา 204)

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสามคน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลา การในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติ ศาสตร์อย่างแท้จริง และได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวนสองคน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์ อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงและ ได้รับเลือกตาม มาตรา 206 จำนวนสองคน

ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการใน ศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามของการ ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 205 และมีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม (1) หรือ (2) แล้วแต่กรณี

ส่วนที่มาของผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิสถา บันรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นตามมาตรา 204 (3) และ (4) นั้น มาตรา 206 แห่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ว่าจะต้องผ่านการสรรหาจากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาล รัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภา ผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเลือก

⁴⁵ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาล รัฐธรรมนูญ, 2551), หน้า 1 - 3.

กันเองให้เหลือหนึ่งคน ซึ่งประธานองค์กฤษฎีการตามรัฐธรรมนูญได้แก่ ประธานกรรมการการเลือกตั้ง ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการดำเนินการสรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ หรือผู้ทรงคุณวุฒิสถาปัตยกรรมศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นและให้เสนอรายชื่อบุคคลที่ได้รับเลือกต่อวุฒิสภามากกว่าจำนวนที่จะต้องดำเนินการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งกรณีนี้มีความแตกต่างจากกระบวนการสรรหาและการเสนอชื่อบุคคลเพื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของวุฒิสภามากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 257 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนสองเท่าของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่จะต้องดำเนินการแต่งตั้งเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาเลือกบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อในบัญชีรายชื่อตามจำนวนที่จะต้องดำเนินการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

สำหรับในขั้นตอนของการพิจารณาของวุฒิสภานั้น รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้ลดบทบาทของวุฒิสภาในการพิจารณาเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญลง โดยให้วุฒิสภามีเพียงอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น วุฒิสภาไม่มีอำนาจในการพิจารณาเลือกบุคคลแต่ประการใด ในกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใด ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป แต่ถ้ามติที่ยืนยันตามมติเดิมไม่เป็นเอกฉันท์ ให้เริ่มกระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่มีเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว (มาตรา 206 (2)).

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหกรณที่ไม้อาจสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิสถาปัตยกรรมศาสตร์ หรือผู้ทรงคุณวุฒิสถาปัตยกรรมศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นได้ภายในเวลาที่กำหนด ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด ๆ ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวนสามคน และให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวนสองคน เป็นกรรมการสรรหาเพื่อดำเนินการสรรหาบุคคลดังกล่าวแทน (มาตรา 206 วรรคสอง)

2) เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม 2550 เป็นต้นมา ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้งหลังจากที่ถูกเปลี่ยนรูปแบบไปเป็น “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และภารกิจหลักของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 นี้ก็ยังคงเหมือนกับศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 คือ “การรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 แบ่งได้เป็น 6 กลุ่ม ดังนี้⁴⁶

(1) เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ได้แก่

1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย ได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (มาตรา 141) และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ (มาตรา 154)

2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แบ่งเป็น *การตรวจสอบในลักษณะนามธรรม* คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่เป็นการทั่วไปโดยมิใช่เป็นกฎหมายที่ศาลกำลังจะใช้บังคับแก่คดีหนึ่งคดีใดซึ่งอยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาของศาล ได้แก่ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่อยู่ตรวจการแผ่นดินเสนอ (มาตรา 245 (1)) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอ (มาตรา 257 (2)) และการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพยื่นคำร้อง (มาตรา 212) และ *การตรวจสอบในลักษณะรูปธรรม* คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลกำลังจะใช้บังคับแก่คดีในคดีที่อยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล (มาตรา 211)

3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด (มาตรา 184 และมาตรา 185)

(2) เขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 214)

(3) เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกิจการต่าง ๆ ของพรรคการเมือง ได้แก่ การพิจารณาวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองขัด

⁴⁶ ฆานิทธี สันตะพันธุ์, “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 147 – 172.

รัฐธรรมนูญ (มาตรา 65) การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมือง (มาตรา 106 (7)) และการพิจารณาวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในการเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 68 และ มาตรา 237)

(4) เขตอำนาจในการตรวจสอบการดำเนินงานภายในวงงานของรัฐสภา ได้แก่ การพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอมีหลักการเกี่ยวกับหรือคล้ายคลึงกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่วุฒิสภายับยั้ง (มาตรา 149) การพิจารณาวินิจฉัยว่าสมาชิกสภา มีส่วนโดยตรงหรือมีส่วนโดยอ้อมในการใช้งบประมาณ (มาตรา 168) และการพิจารณาว่าร่าง ข้อบังคับการประชุมสภามีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 155)

(5) เขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภา (มาตรา 91) คุณสมบัติของคณะกรรมการการเลือกตั้ง (มาตรา 233) และสถานภาพความเป็น รัฐมนตรี (มาตรา 182)

(6) เขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ (มาตรา 190)

(2) ศาลยุติธรรม⁴⁷

ศาลยุติธรรมคือองค์กรตุลาการที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงเว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น (ในที่นี้หมายถึง ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง หรือศาลทหาร) ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นซึ่งไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นใด คดีข้อพิพาทดังกล่าวตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรมแบ่งออกเป็นสามชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา คดีทั่วไปจะเริ่มต้นที่ศาลชั้นต้น คู่ความอาจอุทธรณ์คดีต่อศาลอุทธรณ์ได้ และอาจยื่นฎีกาต่อศาลฎีกา คำพิพากษาของศาลฎีกาย่อมเป็นที่สุด ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์การยื่นอุทธรณ์และฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่มีคดีบางประเภทที่คู่ความอาจยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาของศาลชั้นต้นในปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลฎีกาได้โดยตรงโดยไม่ผ่านศาลอุทธรณ์ เช่น คดีแรงงาน คดีภาษีอากร คดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คดีล้มละลายบางประเภท เป็นต้น

⁴⁷ บุญเพราะ แสงเทียน, พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ฉบับอธิบายเรียงตามมาตรา (กรุงเทพฯ: วิทยาพัฒนา, 2544), หน้า 77 - 144.

1) ศาลชั้นต้น แบ่งเป็นศาลชั้นทั่วไปและศาลชำนาญพิเศษ

(ก) ศาลชั้นต้นทั่วไป มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ทั้งปวง ได้แก่ ศาลแพ่ง ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลแพ่งธนบุรี ศาลอาญา ศาลอาญากรุงเทพใต้ ศาลอาญารธนบุรี ศาลจังหวัด และศาลแขวง

(ข) ศาลชั้นต้นชำนาญพิเศษ เป็นศาลยุติธรรมอื่นที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลนั้นกำหนดให้เป็นศาลชั้นต้น ได้แก่

ก) ศาลเยาวชนและครอบครัว มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีต่อไปนี้ คดีอาญาที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด คดีอาญาที่ศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีธรรมดาได้โอนมา คดีครอบครัวอัน ได้แก่คดีแพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาลหรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับผู้เยาว์หรือครอบครัว แล้วแต่กรณี ซึ่งจะต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และคดีที่ศาลจะต้องพิพากษาหรือสั่งเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชนตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลเยาวชนและครอบครัว

ข) ศาลแรงงาน มีอำนาจพิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งในเรื่องต่อไปนี้ คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาจ้างแรงงาน หรือตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ กรณีที่จะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน หรือกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ คดีอุทธรณ์คำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน หรือของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ หรือรัฐมนตรี ตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ (คดีปกครองเกี่ยวกับกฎหมายแรงงาน) คดีอันเกิดแต่มูลละเมิดระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง สืบเนื่องจากข้อพิพาทแรงงาน หรือเกี่ยวกับการทำงานตามสัญญาจ้างแรงงาน และข้อพิพาทแรงงานที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานขอให้ศาลแรงงานชี้ขาดตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์

ค) ศาลภาษีอากร มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ในเรื่องต่อไปนี้ คดีอุทธรณ์คำวินิจฉัยของเจ้าพนักงาน หรือคณะกรรมการตามกฎหมายที่เกี่ยวกับภาษีอากร คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องของรัฐในหนี้ค่าภาษีอากร คดีพิพาทเกี่ยวกับการขอคืนค่าภาษีอากร คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามข้อผูกพันซึ่งได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่การจัดเก็บภาษีอากร และคดีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจศาลภาษีอากร

ง) ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้ คดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร คดีอาญาเกี่ยวกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 ถึงมาตรา 275 คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และคดีพิพาทตามสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ คดีแพ่งอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา

271 ถึงมาตรา 275 คดีแพ่งเกี่ยวกับกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้า หรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศ การประกันภัย และนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง คดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ออกเกี่ยวกับกิจกรรมการซื้อขายระหว่างประเทศ การส่งเงินเข้ามาในราชอาณาจักร ทริสตีรีซีท รวมทั้งการประกันเกี่ยวกับกิจกรรมดังกล่าว คดีแพ่งเกี่ยวกับการกักเรือ คดีแพ่งเกี่ยวกับการทุบตลาด และการอุดหนุนสินค้า หรือการให้บริการจากต่างประเทศ คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในการออกแบบวงจรรวมการค้นพบทางวิทยาศาสตร์ ชื่อทางการค้า ชื่อทางภูมิศาสตร์ที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดสินค้า ความลับทางการค้า และการคุ้มครองพันธุ์พืช คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทตามที่กล่าวมาข้างต้น

จ) ศาลล้มละลาย มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีล้มละลายซึ่งหมายถึง คดีตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลายที่มีใช้คดีอาญานอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องพันกันกับคดีดังกล่าวด้วย

2) ศาลอุทธรณ์ เป็นศาลที่อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อุทธรณ์จากศาลชั้นต้น นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น โดยให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด (มาตรา 239 วรรคสี่)

3) ศาลฎีกา เป็นศาลสูงสุดในระบบศาลยุติธรรม มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลอุทธรณ์หรือศาลอุทธรณ์ภาคตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยกรฎีกา นอกจากนี้ ศาลฎีกายังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามที่กฎหมายอื่นให้อำนาจไว้ เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 54 บัญญัติให้คู่ความอุทธรณ์คำพิพากษาศาลแรงงาน เฉพาะปัญหาข้อกฎหมายไปยังศาลฎีกาได้โดยไม่ต้องผ่านศาลอุทธรณ์ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 38 บัญญัติให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลาย พ.ศ. 2542 มาตรา 24 บัญญัติให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล้มละลายกลางในคดีฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ หรือคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องพันกันอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาได้โดยตรง

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดให้ศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้เสนอต่อศาลฎีกาได้โดยตรง ใน

กรณีศาลฎีกาเห็นว่า ข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่อุทธรณ์หรือฎีกานั้นจะไม่ใช่สาระอันควรแก่การพิจารณา ศาลฎีกามีอำนาจไม่รับคดีไว้พิจารณาพิพากษาได้ แต่ทั้งนี้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาจะต้องกำหนดระเบียบว่าด้วยการไม่รับอุทธรณ์ฎีกาดังกล่าว (มาตรา 219 วรรคสอง)

สำหรับคดีเลือกตั้ง ศาลฎีกายังมีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งและการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาด้วย (มาตรา 219 วรรคสาม และมาตรา 239 วรรคสอง) ด้วย

คดีอาญาที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือบุคคลซึ่งเป็นตัวการ ผู้ใช้ผู้สนับสนุน ในการกระทำความผิดอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด โดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาเช่นกัน ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดให้มีการตั้งแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองขึ้นในศาลฎีกา โดยองค์คณะผู้พิพากษา ประกอบด้วยผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือผู้พิพากษาอาวุโสซึ่งเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 9 คน ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา โดยวิธีลงคะแนนลับและให้เลือกเป็นรายคดี ส่วนอำนาจหน้าที่ของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้นเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (มาตรา 219 วรรคสี่และวรรคห้า)

(3) ศาลปกครอง

ศาลปกครองถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เพื่อปกป้องสิทธิของประชาชนตลอดจนคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมเพื่อให้เกิดคุณภาพและสร้างบรรทัดฐานที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการด้วยการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา “คดีปกครอง” ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนกรณีหนึ่ง และข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเองอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานของรัฐหรือของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว

1) โครงสร้างของศาลปกครอง มาตรา 7 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติให้ศาลปกครองแบ่งออกเป็นสองชั้นคือ ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น โดยศาลปกครองชั้นต้นได้แก่ ศาลปกครองกลางและศาลปกครองในภูมิภาค ศาลปกครองชั้นต้นจะเป็นศาลในลำดับต้นหรือลำดับแรกที่คู่กรณีจะนำคดีมาสู่ศาลปกครอง

ส่วนศาลปกครองสูงสุดจะเป็นศาลในลำดับสูงสุดหรือในลำดับสุดท้ายของการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง

ศาลปกครองกลางอาจจัดตั้งขึ้นในกรุงเทพมหานครหรือจังหวัดใกล้เคียง โดยมีเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร จังหวัดนครปฐม จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปทุมธานี จังหวัดราชบุรี จังหวัดสมุทรปราการ จังหวัดสมุทรสงคราม และจังหวัดสมุทรสาคร ส่วนศาลปกครองในภูมิภาคนั้น ในวาระเริ่มแรกให้มีการจัดตั้งศาลปกครองในภูมิภาคจำนวน 16 ศาล

2) เขตอำนาจศาลปกครอง มาตรา 9 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการพิจารณาคดีไว้ 4 ประเภทด้วยกัน คือ⁴⁸

(ก) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎ คำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำดังกล่าว

(ข) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร และขอให้ศาลปกครองพิพากษาสั่งให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด

(ค) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือการละเลยต่อหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร และขอให้ศาลปกครองพิพากษาสั่งให้มีการชดเชยค่าเสียหาย

(ง) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และขอให้ศาลปกครองพิพากษาสั่งให้มีการให้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

นอกจากนี้ มาตรา 11 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองได้บัญญัติถึงข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดไว้ 4 ประเภท คือ

(ก) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(ข) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(ค) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด

(ง) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

⁴⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 443 – 445.

มาตรา 9 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้บัญญัติถึงข้อพิพาทที่**ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองไว้ 3 ประเภทคือ**

- (ก) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร
- (ข) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ
- (ค) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น

(4) ศาลทหาร⁴⁹

ศาลทหาร คือ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาที่ทหารเป็นผู้กระทำความผิดอาญา หรือทหารด้วยกันร่วมกันกระทำความผิดอาญา โดยเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ซึ่งมีได้ร่วมกันกระทำความผิดกับพลเรือน

ในปี พ.ศ. 2498 ได้มีการตราพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ยกเลิกพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พุทธศักราช 2477 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติมอีก 4 ฉบับ ศาลทหารอยู่ในสังกัดกระทรวงกลาโหมมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้รับผิดชอบงานธุรการของศาลทหารให้ดำเนินไปโดยเรียบร้อยแต่การพิจารณาคดีตลอดถึงการที่มีคำสั่ง หรือคำพิพากษาบังคับคดีนั้นอยู่ในดุลพินิจของศาลทหาร โดยเฉพาะ โดยมีเจ้ากรมพระธรรมนูญเป็นผู้วางระเบียบราชการของศาลทหารและอัยการทหาร

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 228 วรรคหนึ่ง ได้ปรับปรุงด้วยถ้อยคำให้ชัดเจนกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ โดยบัญญัติว่า “ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งผู้กระทำผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร และคดีอื่นๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

1) โครงสร้างของศาลทหาร โครงสร้างของศาลทหารตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498 อาจแยกพิจารณาตามลักษณะของศาลทหารเป็น 3 กรณี คือ ศาลทหารในเวลาปกติ ศาลทหารในเวลาไม่ปกติ และศาลอาญาศึก

⁴⁹กระทรวงกลาโหม, กระทรวงการยุติธรรมทหาร. [Online]. Available : URL : <http://www.l.mod.go.th/opsd/jagweb/data/mjpccontent.htm>

(ก) ศาลทหารในเวลาปกติ แบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลทหารชั้นต้น ศาลทหารกลาง และศาลทหารสูงสุด ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

ก) ศาลทหารชั้นต้น ประกอบด้วยศาลจังหวัดทหาร ศาลมณฑลทหาร ศาลทหารกรุงเทพ และศาลประจำหน่วยทหาร

ข) ศาลทหารกลาง เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่คู่ความไม่พอใจคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารชั้นต้น ไม่ว่าจะเป็นศาลจังหวัดทหาร ศาลมณฑลทหาร ศาลทหารกรุงเทพ หรือศาลประจำหน่วยทหาร และเป็นกรณีที่ไม่ห้ามมิให้มีการอุทธรณ์ คู่ความก็มีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวต่อศาลทหารกลางได้ ตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 เทียบได้กับศาลอุทธรณ์ในศาลยุติธรรม

ค) ศาลทหารสูงสุด เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลทหารกลาง และเป็นกรณีที่ไม่ห้ามมิให้มีการอุทธรณ์ คู่ความมีสิทธิที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวต่อศาลทหารสูงสุดได้ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารสูงสุดให้เป็นที่สุด ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 เทียบได้กับศาลฎีกาในศาลยุติธรรม

(ข) ศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ในเวลาที่มีการรบหรือสงครามหรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึก ศาลทหารซึ่งมีอยู่ในเวลาปกติก็จะเปลี่ยนเป็นศาลทหารในเวลาไม่ปกติ และยังคงสามารถพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้ตามหน้าที่ ทั้งนี้หากผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือผู้บังคับบัญชาทหารสูงสุดเห็นว่ามีควมจำเป็นที่ควรจะต้องให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาอื่นอีก เช่น ต้องการปราบปรามการกระทำความผิดลักษณะอุกฉกรรจ์เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติโดยเร็ว ก็สามารถประกาศหรือออกคำสั่งให้ศาลทหารพิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้นได้ ตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 และเนื่องจากในภาวะไม่ปกติ กฎหมายจึงกำหนดห้ามมิให้มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ตามมาตรา 61 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

ปัญหามีว่าหากไม่มีความจำเป็นที่จะให้ศาลทหารในเวลาไม่ปกติหรือหมดสถานะสงครามเลิกใช้กฎอัยการศึกแล้ว ศาลทหารยังคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ค้างอยู่ในศาลหรือที่ยังมิได้ฟ้องหรือไม่ ศาลทหารยังคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ยังค้างหรือที่ยังมิได้ฟ้องได้ และให้อำนาจดุลยพินิจแก่ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมที่จะโอนคดีหรือส่งผู้ต้องหาไปดำเนินคดียังศาลทหารแห่งอื่น และให้ศาลที่นั้งพิจารณาพิพากษาคดีเช่นนี้มีอำนาจและหน้าที่ดังศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ตามมาตรา 36 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

(ค) **ศาลอาญาศึก** เป็นศาลที่อาจมีการตั้งขึ้นในสถานการณ์ที่หน่วยทหารหรือเรือรบในยุทธบริเวณไม่ว่าจะในราชอาณาจักรหรือนอกราชอาณาจักร เพื่อป้องกันมิให้ทหารกระทำความผิดอันจะทำให้กองทัพมีวินัยสูงสุด และสนับสนุนการรบให้มีประสิทธิภาพให้ผู้บังคับบัญชาทหารสูงสุด ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังทหารอยู่ในบังคับบัญชาไม่น้อยกว่า 1 กองพัน หรือเป็นผู้บัญชาในเรือรบป้อม หรือมีที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหารหรือผู้กระทำการแทน มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลอาญาศึก เพื่อพิจารณาคดีอาญาที่เกิดขึ้นเฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของหน่วยทหารนั้น ได้ ตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

2) **เขตอำนาจศาลทหาร** ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 13 ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายอื่นในทางอาญา ในคดีซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารในขณะที่กระทำความผิดและมีอำนาจสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารตามมาตรา 14 คือ

(1) คดีที่บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารกับบุคคลที่มีได้อยู่ในอำนาจศาลทหารกระทำความผิดด้วยกัน

(2) คดีที่เกี่ยวพันกับคดีที่อยู่ในอำนาจศาลพลเรือน

(3) คดีที่ต้องดำเนินการในศาลคดีเด็กและเยาวชน (ปัจจุบันคือศาลเด็กเยาวชนและครอบครัว)

(4) คดีที่ศาลทหารเห็นว่าไม่อยู่ในอำนาจศาลทหาร

คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลทหารดังกล่าว มาตรา 15 กำหนดให้ดำเนินคดีในศาลพลเรือน และเมื่อศาลพลเรือนได้สั่งประทับฟ้องไว้แล้ว แม้ปรากฏว่าตามทางพิจารณาในภายหลังว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ก็ให้ศาลพลเรือนมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ ส่วนบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 ได้แก่

(1) นายทหารชั้นสัญญาบัตรประจำการ

(2) นายทหารชั้นสัญญาบัตรนอกประจำการ เฉพาะเมื่อกระทำผิดต่อคำสั่ง หรือขัดบังคับตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร

(3) นายทหารประทวนและพลทหารกองประจำการ หรือ ประจำการ หรือบุคคลที่รับราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร

(4) นักเรียนทหารตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด

(5) ทหารกองเกินที่ถูกเข้ากองประจำการ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้รับตัวไว้เพื่อให้เข้ารับราชการประจำการในหน่วยทหาร



(6) พลเรือนที่สังกัดอยู่ในราชการทหาร เมื่อกระทำผิดในหน้าที่ราชการทหาร หรือกระทำผิดอย่างอื่นเฉพาะในหรือบริเวณอาคารที่ตั้งหน่วยทหาร ที่พักร้อน พักแรม เรืออากาศยาน หรือ ยานพาหนะใดๆ ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร

(7) บุคคลซึ่งต้องขังหรืออยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารโดยชอบด้วยกฎหมาย

(8) เชลยศึกหรือชนชาติศัตรู ซึ่งอยู่ในความควบคุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร

2.1.4 ทหาร

ทหารเป็นภารกิจอีกประการหนึ่งของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งบูรณภาพของดินแดน เอกราชและอธิปไตยของชาติ ดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของประชาชน ตลอดจนตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ทหารเป็นภารกิจที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษและอำนาจพิเศษในการจัดทำ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้

2.1.4.1 หน้าที่ของทหารต่อรัฐ

ตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2503 มาตรา 4 ได้กำหนดให้กระทรวงกลาโหมจัดให้มีกำลังทหาร เพื่อปฏิบัติหน้าที่โดยตรง ซึ่งมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ทหารมีหน้าที่ในการรบหรือการทำสงคราม ในอดีตทหารมีหน้าที่ในการรบเพื่อให้รัฐของตนมีอาณาเขตกว้างใหญ่ไพศาล แสดงถึงพระราชอำนาจของกษัตริย์ เช่น พระเจ้าอเล็กซานเดอร์ทรงมีกองกำลังทหารสำหรับทำสงครามเพื่อขยายอาณาเขตของพระองค์เป็นการแสดงความปรีชาสามารถและทำให้อาณาจักรต่าง ๆ เกรงกลัวต่อพระองค์ เป็นต้น

แต่ในปัจจุบันทหารมิได้มีไว้สำหรับการทำสงครามเพื่อการรุกรานบ้านเมืองอื่นดังเช่นในอดีต แต่เป็นการรบเพื่อปกป้องอธิปไตยของดินแดนตนจากการก่อการร้ายและก่อความไม่สงบในรูปแบบต่าง ๆ ดังเช่นที่เกิดขึ้นในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทย

(2) ทหารมีหน้าที่ปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 77 บัญญัติว่า “รัฐจะต้องจัดกองกำลังทหารเพื่อพิทักษ์สถาบันพระมหากษัตริย์...” นั่น สถาบันพระมหากษัตริย์ถือว่าเป็นศูนย์รวมจิตใจของชาวไทย เป็นที่หวงแหนของประชาชน ฉะนั้น ทหารก็ต้องมีหน้าที่ในการอารักขาสถาบันพระมหากษัตริย์เพื่อมิให้เกิดภัยอันตรายต่อพระองค์ จึงต้องมีทหารหน่วยหนึ่ง เรียกว่า “ทหารรักษาพระองค์” เพื่อถวายความปลอดภัยและถวายพระเกียรติแด่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว สมเด็จพระนางเจ้าฯ

พระบรมราชินีนาถ พระราชทายาท ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ และพระบรมวงศานุวงศ์ทุกพระองค์โดยใกล้ชิด

(3) ทหารมีหน้าที่ในการปราบกบฏหรือจลาจล เป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ ทหารจึงต้องมีหน้าที่ในการปราบจลาจลหรือกลุ่มกบฏที่ส่งผลต่อความมั่นคงและสร้างความเสียหายแก่รัฐ

แต่การปราบจลาจลหรือกลุ่มกบฏของทหารนั้นจะต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย มีเหตุผลสมควรต่อการปราบปราม หากกระทำไปโดยไม่มีเหตุผลสมควรก็อาจส่งผลร้ายกว่าอย่างเช่นที่เกิดขึ้นในเหตุการณ์เดือนตุลาคม พ.ศ. 2516 และ พ.ศ. 2519 หรือพฤษภาคม พ.ศ. 2535 เป็นต้น

(4) ทหารมีหน้าที่รักษาเอกราชและความมั่นคงของประเทศ หากมีข้าศึกมารุกราน ทหารก็ต้องทำหน้าที่ในการรักษาเอกราชและความมั่นคงของประเทศมิให้รัฐของตนสูญเสียเอกราช หากไม่มีทหารเพื่อรักษาเอกราชและความมั่นคงของประเทศก็อาจเสียดินแดนแก่ผู้รุกรานซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนในรัฐที่ถูกรุกราน เช่น ประชาชนอาจถูกจับเป็นเชลยศึกได้

(5) ทหารมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของชาติ ทหารมิได้มีหน้าที่แค่ทำสงครามหรือรักษาเอกราชเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ในการรักษาผลประโยชน์ของชาติ เช่น การที่กองทัพเรือส่งกองเรือต่าง ๆ เพื่อคุ้มกันเรือสินค้าที่บรรทุกสินค้า หรือการที่กองทัพบกตรึงกำลังรักษาปราสาทหินต่าง ๆ ในบริเวณชายแดนพิพาท เป็นต้น

(6) ทหารมีหน้าที่ในการพัฒนา จากเดิมที่ทหารมีหน้าที่ในการรบหรือทำสงครามแต่ในปัจจุบันมิได้เกิดภาวะสงครามเพื่อแย่งชิงดินแดนเหมือนในอดีต ทหารจึงมีบทบาทในด้านการพัฒนาประเทศ⁵⁰ เราจะเห็นได้จากการที่หน่วยงานของทหารในส่วนต่าง ๆ ได้บำเพ็ญประโยชน์เพื่อสังคม เช่น หากเกิดกรณีน้ำท่วมก็จะมีทหารออกมาช่วยเหลือประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการการสร้างทำนบกั้นน้ำ หรือมอบถุงยังชีพ เป็นต้น

2.1.4.2 การแบ่งประเภทหรือการแบ่งเหล่าของทหาร

สำหรับการแบ่งประเภทหรือการแบ่งเหล่าของทหารนั้น แต่ละประเทศอาจจะแบ่งประเภทไม่เหมือนกัน โดยคำนึงถึงภูมิประเทศ เหตุการณ์ และความมุ่งหมายในการใช้การประกอบภารกิจของหน่วยทหารนั้น ๆ อย่างไรก็ตามประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่ในโลกรวมทั้งประเทศไทยเองก็จัดประเภทของทหารตามลักษณะของความรับผิดชอบพื้นที่ไว้เป็น 3 ประเภท เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งจะขอกกล่าวการแบ่งประเภทหรือการแบ่งเหล่าของทหารในประเทศฝรั่งเศสโดยย่อก่อนที่จะพูดถึงการแบ่งประเภทหรือการแบ่งเหล่าทหารของไทย

⁵⁰ เอกสารครบรอบ 18 ปี กรป.กลาง เรื่องการใช้กำลังทหารเพื่อพัฒนาประเทศ, หน้า 147.

(1) การแบ่งประเภทหรือการแบ่งเหล่าของทหารในประเทศฝรั่งเศส ในประเทศฝรั่งเศส ทหาร (autorités militaires) ประกอบด้วยกองทัพบก กองทัพเรือและกองทัพอากาศ มีหน้าที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ โดยอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของบุคคลและหน่วยงานต่อไปนี้⁵¹

1) ผู้บัญชาการทหารสูงสุด (le Chef d'État – Majeur des Armées หรือ CEMA) มีหน้าที่ให้ความร่วมมือและช่วยเหลือรัฐมนตรีในการจัดองค์กร การดำเนินงานและการใช้กำลังทหาร ผู้บัญชาการทหารสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือและผู้บัญชาการทหารอากาศ ทำหน้าที่จัดเตรียมร่างงบประมาณทางการทหาร

2) ผู้รับผิดชอบด้านยุทธโศปกรณ์ (le Délégué Général pour l'Armement หรือ DGA) จัดตั้งขึ้นเพื่อความสะดวกในการจัดการอาวุธยุทธโศปกรณ์ ทำหน้าที่จัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับอาวุธยุทธโศปกรณ์ร่วมกับผู้บัญชาการเหล่าทัพทั้งสาม รวมทั้งเสนอข้อมูลและแผนงานทางด้านอาวุธต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเพื่อพิจารณาอนุมัติ นอกจากนี้ ผู้รับผิดชอบด้านยุทธโศปกรณ์ยังทำหน้าที่ควบคุมวิสาหกิจมหาชนหรือหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ศึกษาวิจัยหรือผลิตอาวุธอีกด้วย

3) le directeur de la gendarmerie⁵² เป็นผู้บังคับบัญชาทหารประเภท gendarmerie ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ทหารประเภทนี้ทำหน้าที่ดูแลความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในชนบท (campagne)

⁵¹ PONTIER, *Les services publics*, p. 118.

⁵² gendarmerie เป็นทหารระบบพิเศษที่มีที่มาจากอันยาวนาน โดยถือกันว่า gendarmerie นี้ เป็นทหารประเภทหนึ่งที่มีอำนาจในการปฏิบัติงานเช่นตำรวจ (une force de police à caractère militaire) อยู่ในสังกัดกระทรวงกลาโหม ในยามสงบ gendarmerie จะทำหน้าที่เป็นตำรวจทางปกครองดูแลการจราจรในทางหลวง ดูแลความสงบสาธารณะ ให้ความช่วยเหลืออุบัติเหตุและอุบัติเหตุต่าง ๆ รวมทั้งทำหน้าที่เป็นผู้สอบสวนคดีอาญาประเภทโจรกรรม ปล้น ฆาตกรรมด้วย ส่วนในยามสงคราม gendarmerie ก็จะทำหน้าที่เช่นเดียวกับทหาร อาจเทียบเท่าได้กับ “ตำรวจตระเวนชายแดน” ของไทย

(2) การแบ่งประเภทหรือการแบ่งเหล่าของทหารของประเทศไทย การแบ่งประเภทหรือการแบ่งเหล่าของทหารในประเทศไทย มีดังนี้⁵³

1) ทหารบก ทำหน้าที่รบหรือรับผิดชอบภารกิจปกป้องคุ้มครองพื้นที่ซึ่งเป็นผืนดินของประเทศ รวมถึงพื้นที่ทุกประเภทที่ไม่ได้อยู่ในความรับผิดชอบของทหารอีก 2 ประเภทต่อไป

ในส่วนที่เกี่ยวกับทหารบกหรือกองทัพบกนี้ ยังสามารถแบ่งออกเป็น ส่วนต่าง ๆ อีกมากมายตามภารกิจหน้าที่และความรับผิดชอบ โดยแบ่งออกได้ดังนี้

(ก) ส่วนบัญชาการ คือ สำนักงานเลขานุการกองทัพบก มีหน้าที่ในการบัญชาการกองกำลังต่าง ๆ ภายในกองทัพ ถือว่าเป็นส่วนสำคัญภายในกองทัพ

(ข) ฝ่ายเสนาธิการ เช่น กรมกำลังพลทหารบก กรมข่าวทหารบก เป็นต้น มีหน้าที่ในการสนับสนุนกองกำลังรวมทั้งในการวางแผนการรบ

(ค) ฝ่ายกิจการพิเศษ เช่น กรมการเงินทหารบก กรมสารวัตรทหารบก หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง เป็นต้น มีหน้าที่พิเศษ ตามแต่ละหน่วยงาน เช่น หน่วยบัญชาการกำลังสำรองมีหน้าที่ฝึกฝนกองกำลังสำรองหรือที่เรียกกันว่า นักศึกษาวิชาทหาร (น.ศ.ท.) และเรียกกองกำลังสำรองเข้าประจำการหากเกิดภาวะคับขัน หรือ ภาวะสงคราม

(ง) ฝ่ายยุทธบริการ เช่น กรมการทหารช่างมีหน้าที่ในการซ่อมบำรุงยุทโธปกรณ์ต่าง ๆ กรมการทหารสื่อสารมีหน้าที่ในการหาข่าว กรมสรรพาวุธทหารมีหน้าที่ในการจัดเก็บและทำลายอาวุธที่ปลดประจำการแล้ว และกรมแพทย์ทหารบก มีหน้าที่ดูแลผู้ได้รับบาดเจ็บ

(จ) ส่วนการศึกษา เช่น โรงเรียนนายร้อยพระจุลจอมเกล้า หน่วยบัญชาการกำลังสำรอง โรงเรียนสงครามพิเศษ เป็นต้น มีหน้าที่ในการให้ความรู้แก่บุคคลผู้สนใจในวิชาการทางด้านทหารศึกษายุทธวิธีต่าง ๆ ของกองทัพ และสร้างบุคลากรเข้ามาเป็นส่วนร่วมในกองทัพ

นอกจากกองทัพบกจะจัดแบ่งเป็นกรม กองต่าง ๆ แล้ว ยังมีการแบ่งกองทัพเป็นภาคด้วย คือ เขตกรุงเทพมหานคร ปริมณฑล ภาคกลางตอนล่าง รวมทั้งภาคตะวันออกและภาคตะวันตก สังกัดกองทัพภาคที่ 1 เขตภาคตะวันออกเฉียงเหนือ สังกัดกองทัพภาคที่ 2 เขตภาคเหนือและภาคกลางตอนบน สังกัดกองทัพภาคที่ 3 และเขตภาคใต้ สังกัดกองทัพภาคที่ 4

⁵³ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2503

มาตรา 4 บัญญัติว่า “กระทรวงกลาโหมมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกัน และรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักร ...”

มาตรา 13 บัญญัติว่า “กองบัญชาการทหารสูงสุดมีส่วนราชการ ดังนี้ (1) กองทัพบก (2) กองทัพเรือ (3) กองทัพอากาศ และ (4) ส่วนราชการอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา” (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 93 ตอน 156)

2) ทหารเรือหรือกองทัพเรือ ทำหน้าที่รับผิดชอบพื้นที่ซึ่งเป็นพื้นน้ำของประเทศหรือเขตพื้นที่ซึ่งได้รับการมอบหมายโดยพิเศษ ในกองทัพเรือยังแบ่งภารกิจออกเป็น กรม กองต่าง ๆ อีกมากมายตามที่ได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบ ดังนี้

(ก) หน่วยขึ้นตรงกองทัพเรือส่วนบัญชาการ เช่น สำนักงานเลขานุการกองทัพเรือ กรมจเรทหารเรือ กรมกิจการพลเรือนทหารเรือ เป็นต้น

(ข) หน่วยขึ้นตรงกองทัพเรือส่วนกิจการพิเศษ เช่น กรมการเงินทหาร กรมสวัสดิการทหาร สำนักงานตรวจบัญชีทหารเรือ

(ค) กองบัญชาการยุทธทางน้ำ เช่น กองบัญชาการยุทธทางน้ำ เป็นต้น กองบัญชาการยุทธทางน้ำ มีหน้าที่เตรียมกำลังทางน้ำ กำลังภาคพื้นดิน และระบบควบคุมการปฏิบัติทางน้ำ ของกองบัญชาการยุทธทางน้ำ ให้พร้อมปฏิบัติการ ตามที่กองทัพเรือกำหนด

(ง) กองบัญชาการฝึกศึกษาทหารเรือ เช่น กองบัญชาการฝึกศึกษาทหารเรือ โรงเรียนนายทหารชั้นผู้บังคับหมวด โรงเรียนเสนาธิการทหารเรือ โรงเรียนนายเรือ กองบัญชาการศึกษามหาวิทยาลัยราชภัฏวชิรเวศน์ จังหวัดบุรีรัมย์ โรงเรียนเสนาธิการทหารเรือ โรงเรียนนายเรือ กองบัญชาการศึกษามหาวิทยาลัยราชภัฏวชิรเวศน์ จังหวัดบุรีรัมย์ มีหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการฝึกศึกษาของกำลังพลตามที่กองทัพเรือกำหนด

3) ทหารอากาศหรือกองทัพอากาศ ทำหน้าที่รับผิดชอบเขตพื้นที่ซึ่งเป็นน่านฟ้าของประเทศมิให้ข้าศึกหรืออริราชศัตรูเข้ามาบุกรุก บ่อนทำลายความมั่นคงของชาติ เช่นเดียวกับกองทัพบก กองทัพอากาศ ก็แบ่งแยกภารกิจหน้าที่ออกเป็นหลายกรม หลายกอง เช่นกัน โดยสามารถแบ่งออกได้ดังนี้

(ก) หน่วยขึ้นตรงกองทัพอากาศส่วนบัญชาการ เช่น สำนักงานเลขานุการกองทัพอากาศ กรมจเรทหารอากาศ กรมกิจการพลเรือนทหารอากาศ เป็นต้น

(ข) หน่วยขึ้นตรงกองทัพอากาศส่วนกิจการพิเศษ เช่น กรมการเงินทหาร กรมสวัสดิการทหาร สำนักงานตรวจบัญชีทหารอากาศ

(ค) กองบัญชาการยุทธทางอากาศ เช่น กองบัญชาการยุทธทางอากาศ กองพลบินที่ 1 หน่วยบัญชาการอากาศโยธิน เป็นต้น กองบัญชาการยุทธทางอากาศ มีหน้าที่เตรียมกำลังทางอากาศ กำลังภาคพื้นดิน และระบบควบคุมการปฏิบัติทางอากาศ ของกองบัญชาการยุทธทางอากาศ ให้พร้อมปฏิบัติการ ตามที่กองทัพอากาศกำหนด

(ง) กองบัญชาการสนับสนุนทหารอากาศ เช่น กองบัญชาการสนับสนุนทหารอากาศ

(จ) กรมสรรพาวุธทหารอากาศ กรมสื่อสารทหารอากาศ ศูนย์ส่งกำลังบำรุง เป็นต้น กองบัญชาการสนับสนุนทหารอากาศ มีหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการส่งกำลังบำรุงทั้งปวงตามที่กองทัพอากาศกำหนด

(ฉ) กองบัญชาการฝึกศึกษาทหารอากาศ เช่น กองบัญชาการฝึกศึกษาทหารอากาศ โรงเรียนนายทหารชั้นผู้บังคับหมวด โรงเรียนจ่าอากาศ โรงเรียนเสนาธิการทหารอากาศ โรงเรียนนายเรืออากาศ กองบัญชาการฝึกศึกษาทหารอากาศ มีหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการฝึกศึกษาของกำลังพลตามที่กองทัพอากาศกำหนด

ที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น เป็นการจัดการกิจของรัฐด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง อันอยู่ในความรับผิดชอบของตำรวจทางปกครอง ตำรวจทางยุติธรรม กระบวนการยุติธรรมและทหาร

2.2 การกิจของรัฐด้านการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชน

นอกจากภารกิจของรัฐในด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง อันได้แก่ ตำรวจทางปกครอง ตำรวจทางยุติธรรม กระบวนการยุติธรรมและทหารซึ่งเป็นภารกิจที่รัฐจำต้องจัดทำเอง ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ นอกจากภารกิจดังกล่าวแล้วรัฐยังมีภารกิจอีกประเภทหนึ่งคือการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งโดยปกติแล้วรัฐจะเป็นผู้จัดทำเองเช่นกัน แต่ภารกิจประเภทหลังนี้รัฐอาจมอบหมายให้องค์กรอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำได้เนื่องจากเป็นภารกิจเกี่ยวกับด้านการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชน

ก่อนที่จะศึกษาถึงภารกิจของรัฐในด้านการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชน มีความจำเป็นต้องทราบถึงค่านิยมและความหมาย รวมทั้งการแบ่งประเภทของบริการสาธารณะซึ่งเป็นผลมาจากการเกิดขึ้นของทฤษฎีบริการสาธารณะก่อน ทั้งนี้ เนื่องจากมีนักกฎหมายมหาชนหลายคนนำทฤษฎีบริการสาธารณะไปใช้อธิบายในเรื่องเกี่ยวกับรัฐและข้อจำกัดอำนาจรัฐบ้างก็นำไปใช้อธิบายเป็นข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับระบบกฎหมายปกครอง หรือเขตอำนาจของศาลปกครอง สิ่งเหล่านี้ได้ก่อให้เกิดความหลากหลายของทฤษฎีบริการสาธารณะอันเป็นการนำไปสู่การวางหลักเกณฑ์พื้นฐานที่ใช้พิจารณาความเป็นบริการสาธารณะในเวลาต่อมาโดยนักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส คือ ศาสตราจารย์ ดร. Léon DUGUIT แห่งสำนักกฎหมายเมือง Bordeaux เห็นว่า ในการปกครอง ผู้ปกครองไม่ได้ใช้อำนาจปกครอง แต่เป็นการจัดทำภาระหน้าที่ของตนที่มีต่อผู้ใต้ปกครองให้สำเร็จ ผู้ปกครองจึงมีหน้าที่ต่อผู้ใต้ปกครอง การบังคับตามภาระหน้าที่นี้เป็นทั้งผลและความเหมาะสมของการใช้อำนาจในเวลาเดียวกัน ถือเป็นภาระทำในนามของรัฐไม่ใช่ในนามของอำนาจรัฐ คำจำกัดความของคำว่าบริการสาธารณะในทัศนะของศาสตราจารย์ ดร. DUGUIT จึงหมายถึง กิจกรรมทุกประเภทที่ผู้ปกครองจะต้องก่อให้เกิดขึ้นจริงโดยประกันหรือรับรองตลอดจนการจัดระเบียบและควบคุม เพื่อก่อให้เกิดการพึ่งพาอาศัยกันและการพัฒนาขึ้นของสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือบทบาทของรัฐเป็นการทำงาน โดยผ่านการจัดทำ

บริการสาธารณะหรือกฎหมาย ทำให้บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับรัฐ และเป็นทั้งพื้นฐานและข้อจำกัดอำนาจของผู้ปกครองในเวลาเดียวกัน⁵⁴

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสอีกคนหนึ่งคือ ศาสตราจารย์ ดร.Gaston JEZE กลับมีความเห็นที่ต่างจาก ศาสตราจารย์ ดร.DUGUIT โดยศาสตราจารย์ ดร.JEZE อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะตามความเป็นจริงที่ปรากฏในทางปฏิบัติ โดยเห็นว่า บริการสาธารณะไม่ได้มีอยู่หรือเกิดขึ้นโดยตัวของมันเอง แต่บริการสาธารณะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเจตจำนงของผู้ปกครองโดยเฉพาะผู้ร่างกฎหมาย การบริการสาธารณะในทัศนะของ ศาสตราจารย์ ดร.JEZE จึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้เฉพาะเมื่อมีความต้องการของส่วนรวม หรือมีผลประโยชน์สาธารณะที่จะต้องดำเนินการ และผู้ปกครองของประเทศนั้นได้ตัดสินใจดำเนินการ โดยวิธีการของบริการสาธารณะ⁵⁵

ทฤษฎีบริการสาธารณะจึงเกิดขึ้นจากการพยายามให้คำอธิบายของนักกฎหมายมหาชนชั้นนำของประเทศฝรั่งเศสหลาย ๆ คนซึ่งคำอธิบายเหล่านี้ก็ได้ทำให้กฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศสก่อตัวได้อย่างเป็นรูปเป็นร่างและมีผลต่อการพัฒนาขึ้นของหลักกฎหมายมหาชนจวบจนปัจจุบัน

2.2.1 ความหมายและประเภทของบริการสาธารณะ

ในประเทศฝรั่งเศส ความหมายของบริการสาธารณะพิจารณาจากสภาพของกิจการที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ โดยค่านึงว่า กิจกรรมนั้นต้องจัดทำขึ้นโดยฝ่ายปกครองที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน และยังหมายความรวมถึงกรณีที่ดินนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนมอบกิจกรรมของตนบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย ข้อควรพิจารณาอีกประการหนึ่งในการให้ความหมายของบริการสาธารณะตามหลักการของประเทศฝรั่งเศสคือ กิจกรรมอันเรียกว่าเป็นบริการสาธารณะนั้นต้องปรากฏเสมอด้วยว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

ความหมายและประเภทของบริการสาธารณะเกิดจากพัฒนาการของคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง 2 องค์กรคือ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุด และศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ตลอดจนแนวความคิดจากนักวิชาการคนสำคัญคือ ศาสตราจารย์ ดร.Léon DUGUIT นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศสแห่งสำนักกฎหมายเมือง Bordeaux ที่ได้พยายามวางแนวความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะเอาไว้โดยรวบรวมจากคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีขัดกัน ดังจะได้นำเสนอต่อไปนี้

⁵⁴ ซีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์, ทฤษฎีบริการสาธารณะในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส : ข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมาย. [Online]. Available : URL: <http://thaiaixois.online>

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน.

2.2.1.1 ความหมายของบริการสาธารณะ ⁵⁶ ความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” นั้น มีนักวิชาการหลายท่านพยายามให้ความหมายไว้ ในช่วงแรกของการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะนั้น ศาสตราจารย์ ดร.Léon DUGUIT ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าบริการสาธารณะไว้ว่า **บริการสาธารณะเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของรัฐ** ⁵⁷ คำจำกัดความนี้แม้จะเป็นคำจำกัดความที่สั้นแต่หากพิจารณาอย่างละเอียดลึกซึ้งแล้วจะพบว่าเป็นคำจำกัดความที่สะท้อนให้เห็นถึงเครื่องมืออยู่ของบริการสาธารณะคู่กับรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน โดยผ่านทางบริการสาธารณะ นอกเหนือจากความหมายดังกล่าวแล้ว ก็ยังมีนักวิชาการจำนวนมากที่ให้คำจำกัดความของบริการสาธารณะเอาไว้ รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแห่งประเทศฝรั่งเศส (Conseil d'État) ที่พยายามชี้ให้เห็นถึงภาพของบริการสาธารณะซึ่งก็ยังมีความแตกต่างกันอยู่เป็นอย่างมาก เนื่องจากคดีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในแต่ละคดีนั้น มีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยแตกต่างกันไป ในบางครั้งคำว่าบริการสาธารณะจึงหมายถึง การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ในบางครั้งก็หมายความถึงฝ่ายปกครองในฐานะที่เป็นองค์กร แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาโดยรวมถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแล้วจะพบว่า **บริการสาธารณะ คือ กิจกรรมหรือภารกิจของฝ่ายปกครองนั่นเอง** ⁵⁸

สำหรับประเทศไทยนั้น การให้ความหมายของบริการสาธารณะอาจพิจารณาได้จากการแบ่งภารกิจของรัฐที่พึงจัดทำให้แก่ประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยสามารถแบ่งภารกิจของรัฐออกเป็นสองประเภทคือ ภารกิจพื้นฐานและภารกิจลำดับรอง จากอิทธิพลของข้อความคิดดังกล่าว ประกอบกับมีผู้พยายามให้คำจำกัดความของบริการสาธารณะไว้หลาย ๆ รูปแบบจึงพอสรุปได้ว่า การให้ความหมายของบริการสาธารณะของศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล เป็นการให้ความหมายและคำจำกัดความของบริการสาธารณะที่สมบูรณ์และสอดคล้องกับแนวคิดการแบ่งภารกิจของรัฐดังกล่าวข้างต้นมากที่สุด โดยศาสตราจารย์ ดร.ประยูรฯ ได้ให้ความหมายของบริการสาธารณะว่า **“บริการสาธารณะ หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในการควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน”**⁵⁹ ความหมายดังกล่าวสามารถอธิบายขยายความได้ว่า การให้บริการสาธารณะหลักเป็นหน้าที่ของรัฐทั้งสิ้น ซึ่งรัฐ

⁵⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 32 – 35.

⁵⁷ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* (Tome 2) (Paris : Sirey, 1923), p. 54.

⁵⁸ Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 4^e édition (Paris : Presses de Science Po et Dalloz, 1997), p. 140.

⁵⁹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108.

กระทำการโดยฝ่ายปกครองกล่าวคือ เป็นองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติให้เป็นไปตามนโยบายที่ฝ่ายบริหารกำหนดไว้เพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน อย่างไรก็ตามภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะบางประการฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำเอง อาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน โดยรัฐมอบอำนาจให้โดยผลของกฎหมายหรือโดยสัญญา แต่กิจกรรมดังกล่าวต้องอยู่ในการควบคุมของรัฐด้วยตามหลักนิติรัฐ เหตุที่ต้องให้ฝ่ายปกครองผู้กระทำการแทนรัฐเป็นผู้ควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะของเอกชนเพราะการจัดทำบริการสาธารณะมีลักษณะที่กระทบต่อคนส่วนใหญ่ ดังนั้นเพื่อป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นได้ รัฐจึงต้องเข้าควบคุมดูแลกิจการเช่นว่านี้อยู่เสมอ

ข้อควรระวัง คือ คำว่า “บริการสาธารณะ” และ “ประโยชน์สาธารณะ” มักมีการใช้กันอย่างผิด ๆ ดังนั้น สำหรับผู้ที่ศึกษากฎหมายมหาชนจึงสมควรศึกษาความหมายของคำเหล่านี้ให้เข้าใจและสามารถนำไปใช้อธิบายสิ่งต่าง ๆ ให้ชัดเจนได้ดียิ่งขึ้น สำหรับความหมายของคำว่า บริการสาธารณะก็เป็นดังเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สังเกตว่าผู้จัดทำมักให้ความหมายของบริการสาธารณะควบคู่กับคำว่าประโยชน์สาธารณะเสมอ เพราะเหตุว่าประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นวัตถุประสงค์หลักใหญ่ของรัฐในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ สามารถแยกได้เป็น 3 ประการดังนี้⁶⁰

ประการแรก ประโยชน์สาธารณะ คือ การดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม มิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ดำเนินการนั่นเอง หรืออีกนัยหนึ่งประโยชน์สาธารณะต้องเป็นความต้องการของบุคคลแต่ละคนที่ตรงกัน และบุคคลเช่นว่านี้ก็จำนวนมากเป็นส่วนใหญ่ของสังคม ความต้องการนั้นจึงจะถูกยกระดับให้เป็นประโยชน์สาธารณะ

ประการที่สอง เนื่องจากความต้องการของแต่ละบุคคลนั้นเป็นเรื่องของจิตใยากที่จะหยั่งรู้ การพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ หรือเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่นั้นจำเป็นต้องมีองค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้กำหนดว่าเรื่องใดเป็นประโยชน์สาธารณะ ในระบอบประชาธิปไตยจะมีรัฐสภาเป็นศูนย์รวมของผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ด้วยเหตุนี้จึงถือว่าเรื่องใดที่ผ่านการพิจารณาและเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนด้วย ดังนั้นหากรัฐสภาได้ตรากฎหมายให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจดำเนินการในเรื่องใด เรื่องนั้นก็คือความต้องการของคนส่วนใหญ่หรือเป็นประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

ประการที่สาม ประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคม จึงไม่อาจใช้ดุลพินิจเลือกว่าจะกระทำการหรือไม่

⁶⁰ สรุปลงมาจาก บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 334 – 339.

กระทำการ ถ้าเป็นกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราออกมา โดยให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเพื่อดำเนินการแล้ว หากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการย่อมเป็นการอันมิชอบ หากมีกรณีเอกชนได้รับความเสียหายจากการไม่ดำเนินการเช่นนั้น ฝ่ายปกครองย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหาย

ในปัจจุบัน ความหมายของคำว่า “บริการสาธารณะ” ค่อนข้างชัดเจนขึ้นเพราะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับบริการสาธารณะเอาไว้มาก ทำให้เราสามารถเข้าใจได้ว่า **บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ** จากความหมายนี้เองที่ทำให้เราต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญสองประการที่ถือว่าเป็นองค์ประกอบที่นำมาใช้ในการให้คำจำกัดความของ “บริการสาธารณะ” นั่นคือองค์ประกอบด้านโครงสร้าง (les éléments organiques) ของบริการสาธารณะ และองค์ประกอบด้านวัตถุ (les éléments matériels) ของบริการสาธารณะ

(1) ในส่วนที่เกี่ยวกับองค์ประกอบด้านโครงสร้าง⁶¹ โดยปกติแล้วในฝรั่งเศส คำว่า “บริการสาธารณะ” หมายความถึง ฝ่ายปกครองทั้งส่วนกลางและส่วนท้องถิ่น รวมไปถึงองค์การมหาชน (les établissements publics) และวิสาหกิจมหาชน (les entreprises publiques) ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม การให้คำจำกัดความบริการสาธารณะโดยพิจารณาจากองค์ประกอบด้านโครงสร้างนี้อาจมีความไม่แน่นอนชัดเจน เพราะวิสาหกิจมหาชนบางแห่งก็มิได้มีการดำเนินกิจกรรม (activité) ที่เป็นบริการสาธารณะ และนอกจากนี้บริการสาธารณะบางประเภทก็ยังคงอาจดำเนินการจัดทำโดยองค์กรเอกชน (les organismes privés) ก็ได้ ดังนั้นการให้ความหมายของบริการสาธารณะโดยพิจารณาจากองค์ประกอบด้านโครงสร้างจึงต้องคำนึงถึง “การมีส่วนร่วม” ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยกิจกรรมใดที่เป็นกิจกรรมที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” ได้ กิจกรรมนั้นจะต้องดำเนินการจัดทำโดยตรงหรือโดยอ้อมโดยฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เป็นกิจกรรมที่ที่นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน (la personne publique)⁶² เป็นผู้ดำเนินการจัดทำด้วยตนเองหรือมอบภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นไปให้องค์กรเอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำแทนโดยฝ่ายปกครองยังมีความสัมพันธ์กับบริการสาธารณะนั้นอยู่ แต่จะเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะเป็นผู้กำกับดูแล (ไม่ใช่เป็นผู้ดำเนินการจัดทำ) ซึ่งการมอบให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะรูปแบบที่สำคัญที่สุดคือ **การให้สัมปทาน (la concession)**

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยถึง “ความเป็นบริการสาธารณะ” ขององค์กรต่าง ๆ เอาไว้จำนวนมาก ดังตัวอย่างเช่น ศูนย์เทคนิคอุตสาหกรรม (le centre technique industriel) ซึ่งเป็นองค์กรเอกชน (l'établissement privé) ที่ทำงานสาธารณประโยชน์แต่อยู่ในภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการบริหาร (le conseil d'administration) เป็นบริการ

⁶¹ Martine LOMBARD, *Droit Administratif* (Paris : Dalloz, 1999), p. 256 – 259.

⁶² ได้แก่ รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน และวิสาหกิจมหาชน

สาธารณะประเภทหนึ่งเพราะถือว่ามี “ความเชื่อมโยง” กับฝ่ายปกครอง⁶³ เช่นเดียวกับสมาคมวัฒนธรรม (l'association culturelle) ที่ทำงานสาธารณประโยชน์ จัดตั้งขึ้นโดยเทศบาล กรรมการบริหารมาจากสมาชิกสภาเทศบาลเป็นส่วนใหญ่และรายได้ก็มาจากเงินช่วยเหลือของเทศบาล ก็ถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเช่นกัน⁶⁴ แต่อย่างไรก็ตาม องค์กรเอกชน (l'organisation non gouvernementale หรือ ONG) ที่ทำงานเพื่อสังคมทั้งหลายไม่ถือว่าเป็นการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ แม้องค์กรเอกชนเหล่านี้จะมีการดำเนินกิจกรรมเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะเช่นเดียวกับการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองก็ตาม แต่เนื่องจากองค์กรเอกชนไม่อยู่ภายใต้การควบคุมใด ๆ ของฝ่ายปกครอง จึงทำให้ขาดองค์ประกอบด้านโครงสร้างของการจัดทำบริการสาธารณะที่จะต้องมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายปกครองไป

กล่าวโดยสรุป สำหรับองค์ประกอบด้านโครงสร้างนั้น กิจกรรมที่จะถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจการที่ดำเนินการจัดทำโดยฝ่ายปกครองทั้งหลายอันได้แก่บรรดานิติบุคคลในกฎหมายมหาชนคือ รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน หรือวิสาหกิจมหาชนทั้งหลาย หรืออาจเป็นกิจการที่ดำเนินการจัดทำโดยเอกชน แต่จะต้องเป็นกิจการที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการจัดทำแทนและฝ่ายปกครองยังคงมีความสัมพันธ์กับกิจการนั้นอยู่คือยังคงต้องเป็นผู้ควบคุมการดำเนินกิจกรรมของเอกชนให้คู่กับสภาพเดียวกับที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับองค์ประกอบด้านวัตถุประสงค์ แม้กิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำหรือมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำจะเข้าองค์ประกอบด้านโครงสร้างของบริการสาธารณะแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่อาจกล่าวได้ว่ากิจการนั้นเป็นบริการสาธารณะอย่างแท้จริง เพราะยังมีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของกิจการนั้นก่อน ทั้งนี้เนื่องจากบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (l'intérêt public) ดังนั้นกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำอาจไม่เป็นบริการสาธารณะก็ได้หากกิจกรรมนั้นไม่ได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังเช่นที่ศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Loiseleur* ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 1894 และศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Epoux Herbelin* ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1986 ว่า นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนดำเนินการจัดการเกี่ยวกับที่ดินของเอกชนโดยมีวัตถุประสงค์ด้านการเงิน ไม่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ แต่ในขณะเดียวกัน กิจการที่เอกชนจัดทำอาจเป็นบริการสาธารณะได้หากกิจการนั้นดำเนินการไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังเช่นที่ศาล

⁶³ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี *Narcy* ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1963.

⁶⁴ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี *Ville de Melun et association Melun culture loisirs* ลงวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 1990.

⁶⁵ Martine LOMBARD, *Droit Administratif*, p. 259 -- 262.

ปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Ville de Melum et association Melum – culture – loisirs ลงวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 1990 ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า บริการสาธารณะจะต้องเป็นการทำกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก

เมื่อได้พิจารณาถึงองค์ประกอบทั้งสองประการของ “การเป็น” บริการสาธารณะแล้ว พอสรุปได้ว่า บริการสาธารณะนั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการคือ

(1) กิจการที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ซึ่งหมายความถึงการที่นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจการที่เป็นบริการสาธารณะนั้นด้วยตนเอง อันได้แก่กิจการที่รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชนหรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายความรวมถึงกรณีนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มอบกิจกรรมของตนบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการด้วย⁶⁶

(2) กิจการดังกล่าวมาแล้วในข้อ (1) จะต้องเป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการประชาชน

2.2.1.2 ประเภทของบริการสาธารณะ⁶⁷

ในยุคสมัยหนึ่ง มีการนำเอาความเป็นองค์กรของฝ่ายปกครองมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาลักษณะของบริการสาธารณะ ความคิดเช่นนี้ส่งผลให้เกิดการแบ่งแยกประเภทของวิธีการจัดทำบริการสาธารณะในทางกฎหมายปกครอง โดยคำนึงถึงวิธีการจัดทำบริการสาธารณะ หากรัฐเข้าจัดการเองโดยตรงถือเป็นวิธีการทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวโดยเฉพาะคือ องค์กรของรัฐจะเข้าจัดทำกิจกรรมหนึ่ง ๆ อันเป็นบริการสาธารณะโดยตรงด้วย บุคลากร อุปกรณ์ และงบประมาณของตนเอง วิธีการเช่นนี้ยังคงใช้กับงานส่วนใหญ่ของฝ่ายปกครองทั้งในส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นในปัจจุบัน ส่วนอีกวิธีหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะก็คือการที่รัฐจัดตั้งองค์กรมหาชนขึ้นมา เป็นองค์กรกระจายอำนาจในทางบริการซึ่งเกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 และถือเป็นการที่ฝ่ายปกครองได้สร้างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนลักษณะพิเศษที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดการและให้ประโยชน์ทางการศึกษาหรือสุขภาพขึ้นมา ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ฝ่ายปกครองที่สร้างองค์กรกระจายอำนาจในทางบริการนี้ ปัจจุบันมองว่าองค์กรมหาชนเป็นองค์กรเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะโดยผลของกฎหมาย

⁶⁶ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หมายถึงนิติบุคคลที่มีอำนาจมหาชน มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ลักษณะที่พิเศษของนิติบุคคลประเภทนี้คือการมีอำนาจมหาชนในการจัดทำบริการสาธารณะ ส่งผลให้มีฐานะเหนือกว่าเอกชน และการจัดตั้งหรือยกเลิกนิติบุคคลประเภทนี้ก็ต้องเป็นไปโดยกฎหมาย

⁶⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 35 – 37.

นอกจากวิธีดังกล่าวแล้ว การจัดทำบริการสาธารณะอาจจัดทำโดยให้สัมปทาน อันเป็นวิธีการหนึ่งที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนซึ่งหมายถึงรัฐหรือฝ่ายปกครองทำสัญญาให้เอกชนมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้นแทนฝ่ายปกครอง ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ โดยฝ่ายปกครองจะไม่จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานเป็นการตอบแทนด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้ประโยชน์ในกิจการนั้น แม้สัญญาสัมปทานจะมีเอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะโดยตรงก็ตาม แต่รัฐหรือฝ่ายปกครองก็ยังคงเป็นผู้มีอำนาจกำหนดแนวทางและควบคุมกิจกรรมที่ดำเนินการในสัมปทาน โดยการกำหนดเงื่อนไขในการบังคับตามสัญญาไว้ในหนังสือสัญญาสัมปทาน อีกทั้งการให้สัมปทานจะถูกใช้ในขอบเขตที่จำกัด คือเฉพาะในบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมที่มีการผูกขาด เช่น การจำหน่ายก๊าซ ไฟฟ้า น้ำ หรือการขนส่งทางรถไฟ เป็นต้น

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของศาลคดีขัดกันและความเห็นของนักกฎหมายมหาชนเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะเป็นที่แพร่หลายและแตกแขนงออกไป การแบ่งแยกบริการสาธารณะออกเป็นประเภทต่าง ๆ จึงเกิดขึ้นจากแนวคำวินิจฉัยและความเห็นของนักกฎหมายมหาชนเหล่านั้น โดยแต่เดิมนั้น ฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองตอบความต้องการส่วนรวมประชาชน ในระยะแรกบริการสาธารณะจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ รวมทั้งการให้ประชาชนอยู่ดีกินดีมีสุข แต่ต่อมาเมื่อสังคมขยายใหญ่ขึ้นและเทคโนโลยีพัฒนาไปไกลทำให้ประชาชนมีความต้องการในหลาย ๆ สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินชีวิต ซึ่งในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจไม่มีความพร้อมที่จะตอบสนองความต้องการของประชาชนในส่วนนี้ได้ จึงหาทางออกด้วยวิธีการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการมอบกิจการในหน้าที่ของตนไปให้เอกชนเป็นผู้ทำหรืออาจจัดตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นมาดำเนินการจัดทำ เป็นต้น และเมื่อเกิดข้อพิพาทหรือเกิดข้อขัดข้องในการดำเนินงานขึ้น ศาลที่มีหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทก็จะสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ ขึ้นมา ในขณะที่เดียวกันในบางครั้งบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำแต่ละประเภทต่างก็มีลักษณะแตกต่างกันไป ดังนั้นเมื่อมีข้อพิพาทหรือข้อข้องเกิดขึ้น ศาลที่มีหน้าที่ชี้ขาดจึงได้สร้าง “ประเภท” ต่าง ๆ ของบริการสาธารณะขึ้นมาในระบอบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

ในทางทฤษฎีนั้นแม้จะมีความพยายามที่จะแบ่งประเภทของบริการสาธารณะออกเป็นหลายประเภทก็ตาม แต่ในที่สุดแล้ว บริการสาธารณะก็แบ่งได้เป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (les services publics administratifs) และบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม (les services publics industriels et commerciaux)

(1) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชน กิจกรรมเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของประชาชน

บริการสาธารณะทางปกครองส่วนใหญ่จะเป็นกิจการที่รัฐจัดทำให้ประชาชน โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน และนอกจากนี้ เนื่องจากเนื้อหาของบริการสาธารณะทางปกครองจะเป็นเรื่องที่เป็นหน้าที่เฉพาะของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษในการจัดทำ รวมทั้ง “อำนาจพิเศษ” ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้น บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้

บริการสาธารณะทางปกครองจะได้แก่ กิจการที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ และการคลัง เป็นต้น

แต่เดิมนั้นบริการสาธารณะทุกประเภทจัดว่าเป็นบริการสาธารณะทางปกครองทั้งสิ้น แต่ต่อมาเมื่อกิจการเหล่านี้มีมากขึ้นและมีรูปแบบ วิธีการในการจัดทำที่แตกต่างกันออกไป จึงเกิด “ประเภท” ใหม่ ๆ ของบริการสาธารณะขึ้นมาอีก

ผลทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง มี 3 ประการ ประการแรก ในเรื่องนิติสัมพันธ์ของบุคคลต่าง ๆ ในบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่ ผู้จัดทำ ผู้ใช้บริการ และบุคคลภายนอกนั้น ความสัมพันธ์ของบุคคลเหล่านี้ในบริการสาธารณะทางปกครองจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครอง ประการที่สอง ซึ่งเป็นผลจากประการแรก คือศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางปกครองได้แก่ศาลปกครอง และ ประการที่สาม ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองสำหรับความเสียหายที่ผู้ใช้บริการได้รับเนื่องจากการปฏิบัติงานที่บกพร่องของบริการสาธารณะเป็นความรับผิดชอบในมูลละเมิด มิใช่ความรับผิดชอบในมูลสัญญา

(2) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ที่ได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะขึ้นมาใหม่ เรียกว่าบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม โดยหลักดังกล่าวปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Société commerciale de l'Ouest africain หรือที่เรียกกันจนติดปากว่า คดี Bac d'Eloka ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1921 คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า ในประเทศ Ivory Coast ซึ่งเป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศสนั้น ฝ่ายปกครองของประเทศดังกล่าวได้จัดให้มีบริการเรือขนส่งบรรทุกสิ่งของและผู้โดยสารข้ามฟาก ต่อมาเรือข้ามฟากลำหนึ่งชื่อ Bac d' Eloka ได้จมลง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รถยนต์ของบริษัทเอกชนรายหนึ่ง บริษัทจึงได้ยื่นฟ้องฝ่ายปกครองผู้จัดทำบริการเรือข้ามฟากต่อศาลยุติธรรม แต่ฝ่ายปกครองโต้แย้งว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดให้มีบริการสาธารณะ ดังนั้นจึงควรอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ต่อมาเมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลคดีขัดกันเพื่อพิจารณาว่าคดีดังกล่าวควรอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลใด ศาลคดี

ชัดกันจึงได้พิจารณาว่า การที่ฝ่ายปกครองจัดให้มีบริการเรือข้ามฟากโดยเก็บค่าตอบแทนนั้น มีลักษณะเป็นการจัดทำบริการขนส่งในสภาพเดียวกันเอกชนทั่วไป ดังนั้นจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนและภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาคดี คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงนับได้ว่าเป็นต้นกำเนิดของการแบ่งประเภทของบริการสาธารณะออกเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือ เป็นกิจการที่รัฐจัดทำแต่มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับเอกชน

ก่อนหน้าที่ศาลคดีชัดกันจะพิจารณาเรื่องดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยในคดี Commune de Mesle – sur – Sarthe ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1911 เช่นกัน แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นการสร้างประเภทของบริการสาธารณะขึ้นมาใหม่ เป็นแต่เพียงการให้แนวความคิดเกี่ยวกับประเภทของกิจกรรมของรัฐ โดยในคดีดังกล่าวพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน Léon Blum ได้วางหลักไว้ในความเห็นเกี่ยวกับข้อพิจารณาที่ว่า การจัดให้มีระบบไฟฟ้าให้แสงสว่างในเทศบาลจะถือเป็นบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐหรือเป็นบริการทั่ว ๆ ไปซึ่งเอกชนทำ เพื่อที่จะตอบคำถามดังกล่าว พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน Blum จึงได้พยายามให้คำจำกัดความของกิจกรรมที่มีลักษณะทางการค้าโดยดูว่า หากมีผลประโยชน์ตามมาหรือเกิดผลประโยชน์ตอบแทน ก็จะต้องนำระบบกฎหมายธรรมดามาใช้ ซึ่งหมายความว่ากิจกรรมดังกล่าวไม่ใช่บริการสาธารณะอันเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐนั่นเอง⁶⁸

เมื่อศาลคดีชัดกันได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะขึ้นมาใหม่ในคดีดังกล่าวแล้ว ก็มีการขยายความประเภทของบริการสาธารณะดังกล่าวออกไปอีก ในคดี Tondut ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 1931 ในเรื่องผู้ใช้บริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมว่า กิจกรรมที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมซึ่งจัดทำโดยนิติบุคคลมหาชนจะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้นั้นจะตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน⁶⁹ อันมีความหมายว่าบริการสาธารณะประเภทใหม่นี้อยู่ภายใต้หลักกฎหมายสองหลักคือทั้งหลักกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายเอกชน กล่าวคือ ในส่วนของการจัดตั้งองค์กรและการดำเนินการจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน แต่ในส่วนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้นั้นจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในระยะหลัง ได้กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกบริการสาธารณะแต่ละประเภทออกจากกัน โดยคำวินิจฉัยที่ใช้เป็นแนวทางในการแบ่งแยกประเภทของบริการสาธารณะ ได้แก่ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Union Syndicale des industries aéronautiques ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1956 ที่ได้กำหนดไว้ว่า บริการ

⁶⁸ Gilles J. GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics* (Paris : L.G.D.J., 1994), p. 32 – 33.

⁶⁹ Ibid.

สาธารณะใดจะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้ก็ต่อเมื่อ บริการสาธารณะนั้นคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนทั้งในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ แหล่งที่มาของเงินทุน และวิธีปฏิบัติงาน หากบริการสาธารณะนั้นแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าในด้านหนึ่งด้านใด แต่เพียงเดียว ให้ถือว่าบริการสาธารณะนั้นเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ข้อแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะที่มี ลักษณะทางปกครองกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีอยู่ สามประการด้วยกัน คือ ⁷⁰

ก. **วัตถุประสงค์แห่งบริการ (l'objet du service)** บริการสาธารณะที่มีลักษณะทาง ปกครองจะมีวัตถุประสงค์แห่งบริการ คือ เพื่อสนองความต้องการของประชาชนในประเทศแต่เพียงอย่าง เดียว ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นมีวัตถุประสงค์แห่งบริการ ทางด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน (l'entreprise privée) คือ เน้นทางด้านการผลิต การ จำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน

ข. **วิธีปฏิบัติงาน (les modalités de son organization et de son fonctionnement)** บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็น แบบเดียวกัน มีระบบบังคับบัญชาซึ่งใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน ในขณะที่บริการสาธารณะที่มี ลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีวิธีปฏิบัติงานที่องค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะแต่ ละองค์กรสร้างขึ้นเอง และมีความแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินการ

ค. **แหล่งที่มาของเงินทุน (l'origine de ses ressources)** บริการสาธารณะที่มี ลักษณะทางปกครองจะมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐแต่เพียงอย่างเดียว โดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบ เงินทุนทั้งหมดที่นำมาใช้จ่ายในการดำเนินการ ส่วนบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรมนั้น แหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนการบริการของผู้ใช้บริการ (usager)

นอกจากลักษณะสำคัญทั้งสามประการที่ใช้แบ่งแยกประเภทของบริการ สาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองออกจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและ พาณิชยกรรมแล้ว นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสอีกหลายคนยังมองว่า **ผู้ให้บริการ ของบริการสาธารณะทั้งสองประเภทยังมีสถานภาพที่แตกต่างกันด้วย** กล่าวคือ ผู้ให้บริการ สาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนั้น สถานภาพของผู้ให้บริการจะถูกกำหนดโดยกฎข้อบังคับ

⁷⁰ Jean de SOTO, *Droit administratif : Théorie Générale du service public* (Paris : Edition Montchrétien, 1981), p. 37.

ทั้งหมด ซึ่งรวมถึงแต่กำหนดองค์กร การจัดองค์กรและการปฏิบัติงาน การให้บริการสาธารณะ ประเภทนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไข (l'acte condition) ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการของบริการสาธารณะ ประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีลักษณะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน

การแบ่งแยกประเภทของบริการสาธารณะข้างต้นมีความสำคัญมากสำหรับระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วย โดยบริการสาธารณะทางปกครองจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ในขณะที่บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบริการสาธารณะกับผู้ให้บริการ บุคลากรและคู่ค้าทางธุรกิจ (les fournisseurs) จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน

กล่าวโดยสรุป ผลทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมมี 3 ประการคือ

ประการแรก ในเรื่องนิติสัมพันธ์ของบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่ ผู้จัดทำ ผู้ให้บริการ และบุคคลภายนอกนั้น อธิบายได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคลากรในบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะเป็นไปตามหลักของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ภายใต้สัญญาจ้างแรงงาน ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการหรือลูกค้ากับบริการสาธารณะจะเป็นไปตามสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ ส่วนสัญญาระหว่างบริการสาธารณะกับบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม เช่น ผู้จัดหาวัสดุอุปกรณ์ ก็จะอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งอีกเช่นกัน

ประการที่สอง ในเรื่องศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ย่อมได้แก่ศาลยุติธรรมเป็นส่วนใหญ่ หากการกระทำฝ่ายเดียวนั้นเกิดจากเอกชนที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ การกระทำของเอกชนผู้นั้นไม่สามารถนำกฎเกณฑ์ใดๆ ตามทฤษฎีบริการสาธารณะมาตัดสินได้ เพราะมิใช่เป็นการกระทำฝ่ายเดียวในทางปกครองที่ใช้อำนาจมหาชน อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับระเบียบหรือข้อบังคับในการจัดองค์กรและการดำเนินการของบริการสาธารณะนั้น ยังคงมีลักษณะทางปกครองอยู่หากเป็นกรณีที่ผู้จัดทำบริการสาธารณะเป็นบริษัทเอกชนที่ถูกจัดตั้งขึ้น โดยกฎและคำสั่งของฝ่ายปกครองผ่านความเห็นชอบของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง แม้จะมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน แต่ก็ถูกกำกับดูแลในเรื่องการจัดองค์กร และกฎเกณฑ์การดำเนินงานทั่วไป เรื่องดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่มีลักษณะทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงที่ทำแทนฝ่ายปกครอง และสอดคล้องกับสถานะทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองมอบให้กล่าวอีกนัยหนึ่งคือต้องนำกฎเกณฑ์ในแง่องค์กรของทฤษฎีบริการสาธารณะมาปรับใช้ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นตามลักษณะที่กล่าวมาข้างต้น ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

ประการที่สาม ในเรื่องความรับผิดชอบขององค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม สำหรับความเสียหายที่ผู้ใช้บริการได้รับจากการปฏิบัติงานที่บกพร่องนั้น เนื่องด้วยโดยสภาพเป็น ความสัมพันธ์ตามสัญญาในกฎหมายเอกชน ดังนั้นจึงเป็นเรื่องความรับผิดชอบตามสัญญาจากความหมายและประเภทของบริการสาธารณะที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่า แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับบริการสาธารณะได้ก่อตัวขึ้นจากการอธิบายและการให้คำจำกัดความขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ บริการสาธารณะในยุคนั้นจึงเปรียบเสมือนหน้าที่ของรัฐที่ต้องจัดทำเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยข้ออ้างในเรื่องอำนาจมหาชนซึ่งเป็นสิ่งที่ประชาชนโดยทั่วไปไม่สามารถอ้างได้มาเป็นแนวทางในการจัดทำบริการสาธารณะ ผลของการอธิบายในลักษณะดังกล่าวทำให้รัฐมีความชอบธรรมแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใด ๆ ในนามของรัฐ โดยไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ เลยในผลของการกระทำ และไม่ยอมรับการให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นพื้นฐาน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้นักกฎหมายมีความจำเป็นต้องพิจารณาและให้ความหมายของบริการสาธารณะในอีกรูปแบบหนึ่งที่ต่างไปจากเดิม โดยเฉพาะเมื่อเริ่มมีการปฏิวัติอุตสาหกรรมและแนวคิดเสรีนิยม อันมีผลทำให้รัฐมีภารกิจมากมายและภารกิจแต่ละประเภทยิ่งล้นแล้วแต่สำคัญอย่างยิ่งต่อความเป็นอยู่โดยรวมของประชาชน รัฐจึงต้องจัดสรรบริการสาธารณะบางประการ โดยร่วมจัดทำหรือให้เอกชนเป็นผู้จัดทำเพียงผู้เดียวแต่อยู่ในการกำกับดูแลของรัฐ วิวัฒนาการของบริการสาธารณะเช่นนี้ ทำให้รัฐจำต้องวางรูปแบบขององค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะให้ชัดเจนเพื่อมิให้เกิดความสับสนในการจัดทำบริการสาธารณะ และเพื่อประโยชน์สุดท้ายที่จะตกแก่ประชาชน

กฎหมายถือเป็นเครื่องมือที่ดีที่สุดในการวางรูปแบบของการปฏิรูประบบการจัดทำบริการสาธารณะ ฉะนั้น จึงทำให้เห็นได้ว่า กฎหมายที่ดีควรนำข้อความคิดเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาวางรูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะ ตลอดจนการจัดให้มีองค์กรผู้ทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากการให้บริการสาธารณะที่เป็นรูปธรรมชัดเจนไม่สลับซับซ้อน แม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะมีศาลปกครองที่ทำหน้าที่เช่นนี้แล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็ยังคงมีปัญหาในเรื่องการกำหนดเขตอำนาจพิจารณาคดีของบริการสาธารณะแต่ละประเภท ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรกำหนดทิศทาง และกลไกของบริการสาธารณะที่เหมาะสมจะเป็นการพัฒนาประเทศชาติต่อไป

2.2.2 หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ⁷¹

โดยทั่วไปแล้ว กิจกรรมซึ่งจัดว่าเป็นบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะประเภทใดหรือเป็นบริการสาธารณะที่จัดทำโดยผู้ใด ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์เดียวกันทั้งสิ้น

โดยทางทฤษฎี ไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะทุกประเภท แต่อย่างไรก็ตาม มีหลักเกณฑ์บางประการที่พอจะถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานระหว่างบริการสาธารณะแต่ละประเภทที่แม้จะมีบางอย่างแตกต่างกัน แต่ก็ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้แทรกอยู่ภายใน หลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ Louis Rolland แห่งสำนักกฎหมายเมือง Bordeaux พัฒนามาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะ 3 ประการดังกล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ ซึ่งต่อมาในแวดวงนักกฎหมายมหาชนพากันเรียกหลักเกณฑ์นี้ว่า “กฎหมายของบริการสาธารณะ” หรือ “กฎหมายของ Rolland”⁷² ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้กับบริการสาธารณะทุกประเภท

กฎหมายของบริการสาธารณะหรือหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของบริการสาธารณะนี้ได้ถูกสร้างขึ้นมาให้มีส่วนคล้ายกับหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงสถานภาพของบริการสาธารณะนั้น กฎหมายของบริการสาธารณะหรือหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานในการจัดทำบริการสาธารณะประกอบด้วยหลัก 3 ประการ คือหลักว่าด้วยความเสมอภาค (le principe d'égalité) หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง (le principe de continuité) และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (le principe d'adaptation หรือ le principe de mutabilité)⁷³

อนึ่ง การให้เปล่า (la gratuité) ไม่ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของบริการสาธารณะ ดังนั้นในปัจจุบันบริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมจึงดำเนินกิจการอยู่ได้จากการเก็บค่าบริการเป็นหลัก ส่วนบริการสาธารณะทางปกครองนั้น ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Société Direct Mail Promotion ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1996 ว่าไม่มีหลักกฎหมายทั่วไป (le principe général du droit) ที่กำหนดถึงการให้เปล่าของบริการสาธารณะทางปกครอง

⁷¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 43 – 54.

⁷² GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, หน้า 39.

⁷³ คำวินิจฉัยของศาลปกครองของฝรั่งเศสบางเล่มสร้างหลักประการที่สืบมาคือ หลักว่าด้วยความเป็นกลาง (le principe de neutralité) อย่างไรก็ดี หลักดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับเท่าใดนัก เพราะหลักว่าด้วยความเป็นกลางนี้กล่าวถึงความเป็นกลางในการจัดทำและการให้บริการสาธารณะซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักว่าด้วยความเสมอภาคอยู่แล้ว

2.2.2.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีผลต่อบริการสาธารณะเป็นหลักเกณฑ์สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน

หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะ (le principe d'égalité) นี้เป็นหลักที่มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันทางกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนี้เป็นการรับรองขั้นพื้นฐานของสิทธิที่จะเสมอภาคกันทางกฎหมายอันหมายถึงความเสมอภาคทางด้านสถานภาพของผู้ใช้บริการและความเสมอภาคในระหว่างคู่สัญญา

หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีผลต่อบริการสาธารณะนี้ ส่วนหนึ่งแล้วมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ได้พยายามวางหลักเกณฑ์และสร้างทฤษฎีขึ้นมาเพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง จนกระทั่งในปัจจุบัน ได้กลายเป็นเป็น**หลักกฎหมายทั่วไป** (le principe général du droit) ไปแล้ว และนอกจากนี้ หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะยังมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 อีกด้วย

(1) **แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด** คำวินิจฉัยคดี Chomel ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1911 ถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ศาลปกครองสูงสุดได้สร้าง**หลักกฎหมายทั่วไป** ขึ้นมาเพื่อรับรองความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะโดยวางหลักไว้ว่า **ผู้ให้บริการสาธารณะทุกคนที่ให้บริการสาธารณะประเภทเดียวกันย่อมอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน** และต่อมาก็ได้มีคำวินิจฉัยคดี Société des concerts du conservatoire ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951 ที่ได้กล่าวถึง “หลักแห่งความเสมอภาคในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ” เอาไว้ว่า **“คนทุกคนซึ่งใช้บริการสาธารณะเดียวกันจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน”**⁷⁴

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในส่วนที่เกี่ยวกับความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ คำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ให้บริการสาธารณะและคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ

⁷⁴ Alain – Serge MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics* (Paris : PUF, 1991), p. 16.

(1.1) ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ใช้บริการสาธารณะ โดยหลักแล้ว การเข้าใช้ บริการสาธารณะแต่ละประเภทจะมีลักษณะที่เหมือนกัน แต่จะไปขัดกับหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะไม่ได้ หลักความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนำมาใช้โดยตรงกับ ผู้ใช้บริการสาธารณะในหลาย ๆ กรณี เช่น

- ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้เข้าใช้บริการ (les usagers) นั้น ศาลปกครอง สูงสุดได้นำหลักว่าด้วยความเสมอภาคมาใช้ในการเรียกเก็บค่าใช้บริการ โดยผู้ให้บริการไม่สามารถ เลือกปฏิบัติต่อผู้ใช้บริการด้วยการเก็บค่าใช้บริการที่แตกต่างกันได้ ในคำวินิจฉัยศาลปกครอง สูงสุดคดี Denoyez ลงวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1974 และคำวินิจฉัยคดี Commune de Romainville ลงวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1987 แต่อย่างไรก็ดีศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยไว้ในเวลาต่อมาในคดี Commune de Gennevilliers ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1997 ว่า โรงเรียนสอนดนตรี (un conservatoire de musique) ของเทศบาลอาจกำหนดอัตราค่าเล่าเรียนที่แตกต่างกันได้โดยตั้งอยู่บน พื้นฐานแห่งรายได้ (les ressources) ของผู้ใช้บริการ

- ในส่วนที่เกี่ยวกับสถานภาพของผู้ใช้บริการ ผู้ใช้บริการสาธารณะ ทางปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายและระเบียบของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะทำให้ในบางครั้งผู้ใช้บริการจะ ถูกสั่งหรือบังคับฝ่ายเดียวอันทำให้เกิดความไม่เสมอภาคได้ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดก็ ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Chavencau ลงวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1949 ว่า ผู้ใช้บริการสามารถที่จะร้องขอให้ ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ หากทำให้ผู้ใช้บริการเกิดความเสียหาย⁷⁵

ส่วนผู้ใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม จะอยู่ในสถานะของกลุ่มสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งมีข้อยกเว้นในบางกรณีที่ผู้ใช้บริการจะต้อง ยอมรับหากมีการขึ้นราคาค่าบริการ ซึ่งเป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวของผู้ให้บริการที่มีผลกระทบ โดยตรงต่อผู้ใช้บริการ⁷⁶

(1.2) การเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ หลักว่าด้วยความเสมอภาคในการ เข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐมีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Barel กับพวกลง วันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1954 ว่า บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันในการเข้าทำงานกับหน่วยงาน ของรัฐ การเลือกปฏิบัติไม่รับเข้าทำงานด้วยเหตุผลใดเหตุผลหนึ่งนอกจากเหตุที่เกี่ยวกับความรู้ ความสามารถซึ่งเป็นคุณสมบัติส่วนตัวของผู้สมัครจะทำได้ หลักดังกล่าวมีผลทำให้พลเมืองทุก คนมีความเสมอภาคกันในการเข้าทำงานกับหน่วยงานของรัฐ ส่วนความแตกต่างทางด้านศาสนา แนวความคิดทางการเมืองหรือเพศจะไม่สามารถเป็นเหตุให้รัฐสร้างเงื่อนไขที่จะไม่รับเข้าทำงาน

⁷⁵ GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, p. 41.

⁷⁶ Ibid.



หรือปฏิเสธไม่ให้เข้าทำงานได้ คงมีเพียงแต่ความรู้ความสามารถเท่านั้นที่รัฐสามารถกำหนดให้เป็นเงื่อนไขในการรับเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐได้⁷⁷

(2) **แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ** คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสไม่เคยสร้างหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะไว้โดยตรง แต่ได้สร้างหลักความเสมอภาคที่มีต่อกฎหมายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 81.130 ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1981 โดยกล่าวไว้ในตอนหนึ่งว่า หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อกฎหมายนั้นจะใช้กับกรณีที่แตกต่างกัน อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน จะนำมาใช้กับบุคคลและสถานการณ์ที่ต่างกันไม่ได้ ซึ่งจากหลักดังกล่าวนี้เองที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำไปใช้ในการประกอบกรตรวจสอบร่างกฎหมายหลาย ๆ ฉบับที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะในเวลาต่อมาจนกระทั่งปัจจุบัน⁷⁸

หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะดังกล่าวมาแล้วมีความสัมพันธ์กับกิจการที่เป็นบริการสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากบริการสาธารณะมิได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ดังนั้นประชาชนทุกคนจึงย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์จากการจัดทำบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน

ความเสมอภาคที่ว่านี้มีหลายประเภท กล่าวโดยสรุปคือ นอกจากความเสมอภาคที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกันแล้ว ยังหมายความถึงความเสมอภาคที่จะได้รับบริการเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นราคาค่าบริการหรือการบริการ ความเสมอภาคในการเข้าเป็นคู่สัญญาของรัฐที่จะต้องมีการเรียกประกวดราคาหรือประมูลเพื่อให้บุคคลทั่วไปมีโอกาสเข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อเป็นคู่สัญญาของรัฐ รวมทั้งความเสมอภาคในการเข้าทำงานกับรัฐอย่างเท่าเทียมกันโดยการสอบแข่งขันกับบุคคลอื่น ๆ ภายใต้ง่อนไขบางประการเกี่ยวกับคุณสมบัติด้านความรู้ความสามารถพื้นฐาน

2.2.2.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้น หากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายได้ ด้วยเหตุนี้ บริการสาธารณะจึงต้องมีความต่อเนื่องในการจัดทำ

หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง (le principe de continuité) ของบริการสาธารณะเป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรงจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของรัฐ (le principe de la continuité de l'Etat) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนี้ถูกกล่าวถึงเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยในศาลปกครองสูงสุดในคดี Winkell ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1909 โดยพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนชื่อ

⁷⁷ Ibid., p. 42 – 43.

⁷⁸ MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, p. 141.

Tardieu ได้กล่าวว่า “ความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของบริการสาธารณะ” และหลังจากนั้นคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ตามมาต่างก็ให้ความสำคัญกับหลักว่าด้วยความต่อเนื่องจนกระทั่งในปัจจุบันหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะจึงได้กลายมาเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของบริการสาธารณะที่มีคุณค่าเป็น**หลักกฎหมายทั่วไป** (le principe général du droit)

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนี้ได้รับการยอมรับจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเช่นกัน โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันหลักดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยคดี Continuité du service public de la radio – télévision ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ว่า **“ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีลักษณะเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญ”** หลักการที่สำคัญของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ คือ นิติบุคคลผู้หน้าที่จัดทำบริการสาธารณะจะต้องดำเนินการจัดการทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ และในกรณีที่เกิดการหยุดชะงักในการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (les collectivités territoriales) หรือองค์การมหาชน (les établissements publics) องค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแล (la tutelle) จะต้องเข้าดำเนินการแทนเพื่อเป็นหลักประกันการต่อเนื่องของบริการสาธารณะ⁷⁹

ความต่อเนื่องดังกล่าวมานี้ไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนตายตัวว่าจะต้องมีลักษณะอย่างไร สำหรับบริการสาธารณะบางประเภทซึ่งจะต้องจัดทำอย่างถาวร เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ การรักษาพยาบาล การควบคุมการคมนาคมทางอากาศ ความต่อเนื่องจะหมายถึงการจัดทำบริการสาธารณะประเภทนั้น ๆ ตลอดเวลา วันละ 24 ชั่วโมง สัปดาห์ละ 7 วัน ในขณะที่บริการสาธารณะบางประเภทซึ่งไม่จำเป็นต้องจัดทำอย่างถาวรแต่จะต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอ ก็อาจจัดทำโดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขบางประการ เช่น พิพิธภัณฑสถานกำหนดเวลาเปิด – ปิด กำหนดวันหยุดได้ การศึกษาสามารถกำหนดวันเวลาในการให้การศึกษา รวมทั้งการหยุดพักร้อนประจำปีได้อีกด้วย นอกจากนี้ ความต่อเนื่องยังขึ้นอยู่กับยุคสมัยและสภาพสังคมอีกด้วย ดังตัวอย่างเช่น การส่งจดหมายภายในประเทศฝรั่งเศสเมื่อต้นศตวรรษที่ผ่านมาทำการส่งวันละ 3 ครั้ง และ 1 ครั้งในวันอาทิตย์ แต่ในปัจจุบันการส่งจดหมายทำการส่งวันละ 1 ครั้ง และหยุดในวันอาทิตย์ เป็นต้น⁸⁰

ในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารประเทศนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักความต่อเนื่องในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีไว้ในคำวินิจฉัยคดี Syndicat régional des quotidiens d’Algérie ลงวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 1952 ว่า รัฐบาลรักษาการไม่สามารถกระทำการใด ๆ

⁷⁹ GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, p. 47.

⁸⁰ Jean – Marie PONTIER, *Les services publics* (Paris: HACHETTE, 1996), p. 7 – 8.

ที่มีผลผูกพันกับเรื่องสำคัญ ๆ ระดับประเทศได้ คงมีหน้าที่ดำเนินการประจำวันเพื่อรักษาความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเท่านั้น⁸¹

หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีข้อควรพิจารณาออกเหนือจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นอีก 2 ประเด็น ดังนี้

(1) ประเด็นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แม้ฝ่ายปกครองจะมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างแทน แต่ฝ่ายปกครองก็จะต้องรับผิดชอบในเรื่องความต่อเนื่องของกิจกรรมที่มอบให้เอกชนไปทำ โดยในการจัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครองนั้น เอกชนคู่สัญญาจะอยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ คือ⁸²

ก. ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองตอบความต้องการของบริการสาธารณะ

ข. ในกรณีที่เกิดเหตุร้ายแรงที่ขัดขวางการดำเนินงานของบริการสาธารณะที่มีการมอบให้เอกชนไปจัดทำแทนนั้น ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบจะต้องแก้ไขด้วยการเข้าไปดำเนินการนั้นแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือยึดกลับมาทำเองเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

ค. หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยเหตุที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ (la théorie de l'imprévision) กล่าวคือ เมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้น และมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ตามปกติ ฝ่ายปกครองจะต้องเข้าไปปรับภาวะบางส่วนร่วมกับเอกชนคู่สัญญา ทั้งนี้เพื่อไม่ให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักลงนั่นเอง ทฤษฎีว่าด้วยเหตุที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้นี้ มีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด คดี Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux ลงวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1916 โดยในคดีดังกล่าวบริษัทขอให้ศาลสั่งให้บริษัทสามารถขึ้นราคาขายก๊าซรวมทั้งขอค่าทดแทนจำนวนหนึ่งเพื่อเป็นค่าทดแทนเนื่องจากราคาด่านหินสูงขึ้นถึง 3 เท่าอันเนื่องมาจากสงคราม ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาเหตุการณ์ต่าง ๆ แล้วมีความเห็นว่า “สมควรหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อแก้ไขปัญหามีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะโดยการให้รัฐเข้าไปช่วยเหลือทุกวิถีทางให้บริษัทดำเนินการได้ต่อไป แม้วิธีการดังกล่าวจะไม่อยู่ในสัญญาที่บริษัททำไว้กับรัฐก็ตาม”

จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขหรือวิธีการทั้ง 3 ประการดังกล่าวมานี้มีความแตกต่างจากหลักการทำสัญญาทางกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น ซึ่งเหตุที่แตกต่างกันเช่นนี้ก็เนื่องมาจากสภาพ

⁸¹ GUGLIELMI, *Introduction au droit des services publics*, p. 46 – 47.

⁸² Ibid.

กิจการที่เกิดขึ้นตามสัญญาทางปกครองนี้เป็นกิจกรรมที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงต้องมี กฎเกณฑ์พิเศษเพื่อรักษาความเป็นประโยชน์สาธารณะเอาไว้

(2) ประเด็นที่เกี่ยวกับการนัดหยุดงาน สิทธิในการนัดหยุดงาน (le droit de grève) ถือเป็นสิทธิที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (à valeur constitutionnelle) เนื่องจากอารัมภบท (le préambule) แห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าฉบับปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ได้บัญญัติถึงสิทธิในการนัดหยุดงาน⁸³ และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติรับรองให้อารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันด้วย ดังนั้นหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะและสิทธิในการนัดหยุดงาน อันเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกันจึงอยู่ในสถานะทางกฎหมายที่เท่าเทียมกัน แต่ในทางปฏิบัติแล้วฝ่ายนิติบัญญัติก็มี ได้ดำเนินการออกกฎหมายมาเพื่อกำหนดคกเกณฑ์ในการนัดหยุดงานดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 7 แห่งอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 แต่อย่างไรก็ตาม คกมีแต่กฎหมายพิเศษบางฉบับที่ห้ามเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองบางประเภท เช่น ตำรวจ ทหาร หรือผู้พิพากษา เป็นต้น นัดหยุดงาน หรือกฎหมายเกี่ยวกับข้าราชการ (la fonction publique) ที่ห้ามข้าราชการที่ลาออกจากงานนัดหยุดงาน ก่อนที่จะได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาให้ลาออก ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาได้หาคนมาทำหน้าที่ดังกล่าวแทนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปโดยต่อเนื่อง หรือกฎหมายพิเศษที่ให้มีการนัดหยุดงานได้ แต่ต้องคกมีการให้บริการขั้นต่ำ (le service minimum) เอาไว้ เช่น สถานีโทรทัศน์ที่ดำเนินการโดยฝ่ายปกครอง เป็นต้น

เนื่องจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่องและสิทธิในการนัดหยุดงานอาจเกิดความขัดแย้งกันได้ในการปฏิบัติ ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงได้วางแนวทางไว้ในคำวินิจฉัยคดี Continuité du service public de la radio – télévision ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถวางกรอบของสิทธิในการนัดหยุดงานเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องของบริการสาธารณะได้ นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดเองก็พยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยได้วางแนวทางในการแก้ปัญหาอันเกิดขึ้นจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่องและสิทธิในการนัดหยุดงานไว้เช่นกันในคำวินิจฉัยคดี Déhaene ลงวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1950 ว่าการนัดหยุดงานเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายแต่จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและนำไปสู่ความไม่ต่อเนื่องของรัฐ ดังนั้นในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการนัดหยุดงาน รัฐบาลสามารถวางคกเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการนัดหยุดงานเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องหรือเพื่อให้เกิดการบริหารที่ดีของบริการสาธารณะได้ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เพราะ

⁸³ ข้อ 7 แห่งอารัมภบทรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 บัญญัติว่า สิทธิในการนัดหยุดงานมีได้ภายในกรอบของรัฐบัญญัติที่จะกำหนดคกเอาไว้

รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนัดหยุดงาน แต่ศาลปกครองสูงสุดกลับวินิจฉัยว่าฝ่ายบริหารสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ในการนัดหยุดงานได้

เพื่อเป็นการประนีประนอมระหว่างสิทธิในการนัดหยุดงานกับหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ จึงเกิดมาตรการที่จะเข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าวขึ้นสองวิธีด้วยกันคือ การให้บริการขั้นต่ำ (le service minimum) และการเข้าดำเนินการเอง (la réquisition)

- การให้บริการขั้นต่ำ ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองกำหนดมาตรการรองรับการนัดหยุดงานไว้ไม่ว่าจะนัดหยุดงานอย่างไรก็ตาม จะไม่สามารถหยุดทั้งหมดได้ อย่างน้อยจะต้องมีการให้บริการดังกล่าวอยู่บ้างในบางส่วน เช่น รถไฟเคยวิ่งวันละ 10 เที่ยว หากจะนัดหยุดงานก็สามารถทำได้แต่จะต้องมีรถวิ่งอย่างน้อยวันละ 3 เที่ยว ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เป็นการสร้างความลำบากกับประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะ เป็นต้น การให้บริการขั้นตำนี้นำไปใช้ในบริการสาธารณะบางประเภทซึ่งการหยุดงานอย่างเด็ดขาดจะทำให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อส่วนรวม จึงต้องกำหนดไว้ว่าจะหยุดงานอย่างไรก็ได้ แต่จะหยุดการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเหล่านี้อย่างเด็ดขาดทั้งหมดไม่ได้ เช่น บริการสาธารณะเกี่ยวกับโรงพยาบาล ตำรวจ การยุติธรรม การคมนาคมทางอากาศ หรือวิทยุโทรทัศน์ เป็นต้น การให้บริการขั้นตำนี้นี้ได้รับการยืนยันโดยคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Syndicat national des fonctionnaires du groupement des contrôles radioélectriques และในบางกรณีก็ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายพิเศษบางฉบับ เช่น การให้บริการขั้นต่ำเกี่ยวกับการคมนาคมทางอากาศถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1984 เป็นต้น

นอกจากนี้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้ให้ความเห็นไว้ในคำวินิจฉัยคดี Liberté de communication ลงวันที่ 18 กันยายน ค.ศ. 1986 ว่า การสั่งการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำบริการขั้นต่ำ (หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ) ให้ทำเป็นคำสั่งทางปกครอง (l'acte administratif) ทั้งนี้เพื่อให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้ การสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้มีการบริการขั้นตำนี้อาจทำเป็นคำสั่งหรือหนังสือเวียน (le circulaire) โดยหัวหน้าหน่วยงานนั้น ๆ ได้⁸⁴

- ส่วนการเข้าดำเนินการเองจะใช้เฉพาะในกรณีที่เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเท่านั้น ในกรณีดังกล่าวหัวหน้าหน่วยงานที่จัดทำบริการสาธารณะสามารถตัดสินใจใช้มาตรการพิเศษ โดยส่งคนเข้าไปทำแทนได้หากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเกินเลเยกรอบของสิทธิในการนัดหยุดงาน ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Isnardon ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1961 และคดี le Moutt ลงวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 1962⁸⁵

⁸⁴ GUGLIELMI. *Introduction au droit des services publics*, p. 47 – 48.

⁸⁵ Ibid., p. 48 – 49.

2.2.2.3 **หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง** บริการสาธารณะที่คตินั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งเพื่อปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง (le principe d'adaptation หรือ le principe de mutabilité) นี้ มีความหมายถึง**ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ** เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำมีความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือประโยชน์มหาชน

หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนี้มีลักษณะแตกต่างจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่องและหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีลักษณะเป็น **“หลักกฎหมายทั่วไป”** หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจนจากคำวินิจฉัยทางปกครอง แต่ได้มีการกล่าวพาดพิงหรือให้ข้อคิดเห็นไว้ในคำวินิจฉัยของศาลปกครองว่า **โดยสภาพของการจัดทำบริการสาธารณะทั่ว ๆ ไปที่มีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการของประชาชน เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็น่าจะมีการเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของประชาชนไปด้วย**⁸⁶

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Compagnie nouvelle de gaz de Deville – Lès – Rouen ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1902 เกี่ยวกับเรื่องการนำระบบไฟฟ้าให้สว่างบนถนนหนทางมาใช้แทนการจุดตะเกียงจากก๊าซนั้น ถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยแรกของศาลปกครองที่วางหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะในกรณีที่มีเหตุการณ์หรือสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป โดยศาลปกครองสูงสุดได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะที่จะสามารถแก้ไขกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการปฏิบัติตามสัญญาได้เพื่อให้บริการสาธารณะดำเนินต่อไปอย่างได้ผลดีที่สุด หลักดังกล่าวถูกนำมาใช้ในอีกกรณีหนึ่งด้วย โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในคดี Jaffray ลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1960 ว่า **เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถฟ้องร้องฝ่ายปกครองเพื่อขอให้สั่งให้ตนดำรงอยู่ในตำแหน่งเดิมได้**

ในส่วนของผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยคดี Vincent ลงวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1969 ว่า **ผู้ให้บริการสาธารณะมีสิทธิที่จะได้รับบริการตามปกติของบริการสาธารณะตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ล่วงหน้า (aux règles prédéfinies)** แต่อย่างไรก็ดี มีข้อควรพิจารณาสองประการที่เกี่ยวข้องกับหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะ คือ

⁸⁶ Ibid., p. 49.

(1) ผู้ให้บริการสาธารณะทางปกครอง ผู้ให้บริการสาธารณะทางปกครองไม่มีสิทธิที่จะคัดค้านการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะทางปกครองได้ ทั้งนี้เนื่องจากบริการสาธารณะทางปกครองนั้น โดยสภาพแล้วเป็นการดำเนินการจัดทำตามหลักเกณฑ์ที่มีกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ กำหนดไว้ ในประเด็นดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Vannier เมื่อวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1961 และคดี Jcissou et Sem. Du Pont Saint – Nazaire Saint Brévin เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 1985 ว่า “ผู้ให้บริการสาธารณะทางปกครองไม่มีสิทธิใด ๆ ที่จะดำรงรักษาสภาพของบริการสาธารณะนั้นเอาไว้” ซึ่งหมายความว่า เป็นเจตจำนงของฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบริการสาธารณะทางปกครองนั้นได้แต่เพียงผู้เดียว

(2) ผู้ให้บริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ผู้ให้บริการสาธารณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเองก็อยู่ภายใต้หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้เช่นกัน ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Chambre de commerce de la Rochelle et autres เมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1977 เกี่ยวกับการคมนาคมทางอากาศว่า เนื่องจากเกิดปัญหาทางเศรษฐกิจและการขาดแคลนน้ำมัน สายการบิน Air Inter สามารถงดบินบางเที่ยวที่มีคนน้อยได้

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด จึงเห็นได้ว่าโดยหลักผู้ให้บริการสาธารณะทั้งสองประเภทดังกล่าวไปแล้วข้างต้นไม่สามารถคัดค้านหรือโต้แย้งหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ให้บริการสาธารณะมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้บริการสาธารณะดำเนินการไปอย่างปกติตามเดิมหลังจากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแล้วได้⁸⁷

หลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการที่กล่าวไปแล้วข้างต้นนี้ ถือเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานสำหรับการจัดทำบริการสาธารณะทุกประเภทที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงตลอดกระบวนการในการจัดทำบริการสาธารณะของตน

นอกจากหลักเกณฑ์ 3 ประการดังกล่าวข้างต้น ยังคงมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญอื่น ๆ อีกหลายหลักเกณฑ์ที่ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ช่วยให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของฝ่ายปกครองหรือมีประสิทธิภาพ สามารถบรรลุจุดมุ่งหมายให้ประชาชนอยู่อย่างมีความสุขและอยู่ดีกินดีเช่น⁸⁸

(ก) หลักความเป็นกลางของบริการสาธารณะ หลักความเป็นกลางเกิดขึ้นจากความคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้ส่วนเสียอยู่ บุคคลนั้นก็จะต้องเสียความ

⁸⁷ PONTIER, *Les services publics*, p. 92.

⁸⁸ René HOSTIOU, *Le service public « à la française » à l'épreuve du droit européen*, แปลโดยมานพ พรหมชนะ (เอกสารประกอบการประชุมวิชาการประจำปีเมธีวิจัยอาวุโส (สกว.- สกอ.) โครงการวิจัยเรื่องแนวทางในการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย, 2552), หน้า 7 – 8.

เป็นกลางและจะไม่อาจสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้น ๆ ได้ ดังนั้น หลักนี้จึงนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งนำมาสู่หลักการคัดค้านผู้พิพากษาที่มีประโยชน์ได้เสียในคดีมิให้เป็นผู้วินิจฉัยในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครอง ที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการในคณะกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้ส่วนเสียอยู่ ส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้น หลักดังกล่าวถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 13 ถึงมาตรา 20

สำหรับในต่างประเทศ มีการยอมรับหลักความเป็นกลางในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปมานานแล้ว และได้รับการรับรองไว้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) โดยในมาตรา 6 - 1 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะถูกตัดสินการกระทำของตนโดยศาลที่อิสระและมีความเป็นกลาง ซึ่งได้รับการจัดตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างเป็นธรรม เปิดเผย ภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งหรือการถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตามกฎหมายอาญา” การห้ามมิให้ตุลาการวินิจฉัยตัดสินเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสียหรือห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองหรือกรรมการในคณะกรรมการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือลงมตินี้ ต้องตีความการมีส่วนได้เสียในลักษณะอย่างกว้าง คือ นอกจากเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งหรือวินิจฉัยมีความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้ยื่นคำร้องหรือคำฟ้องในเรื่องนั้น ๆ เช่น เป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน คู่สมรส หรือญาติสนิทกับผู้ยื่นคำร้องหรือคำฟ้องแล้ว ยังรวมถึงกรณีที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยนั้น เคยพิจารณาวินิจฉัยสั่งการเรื่องนั้นมาก่อน ในโอกาสและสถานะอื่น เช่น เคยเป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาในคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว หรือเคยเป็นเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่เคยพิจารณาสั่งการหรือลงมติในเรื่องนั้นมาก่อนในตำแหน่งหรือสถานะอื่นด้วย ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2003 ในคดี Dubreuil ในคดีนี้ ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังได้วินิจฉัยลงโทษปรับนาย Dubreuil อดีตผู้อำนวยการสำนักงานอาคารสงเคราะห์ระหว่างท้องถิ่นของมณฑลหนึ่งฐานก่อนนี้เกินงบประมาณและอนุมัติการจ่ายเงินรายได้เพิ่มเติมให้แก่พนักงานของสำนักงานฯ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปรากฏว่า สมาชิกบางคนของศาลวินัยทางงบประมาณฯ ได้เคยพิจารณาการกระทำดังกล่าวของนาย Dubreuil มาแล้วในขณะที่ตนปฏิบัติหน้าที่ในศาลตรวจเงินแผ่นดิน ศาลปกครองสูงสุดจึงตัดสินเพิกถอนคำวินิจฉัยของศาลวินัยทางงบประมาณฯ เพราะเหตุขัดกับหลักความเป็นกลาง

(ข) หลักการให้เปล่าของบริการสาธารณะ สำหรับหลักการให้เปล่า ในปัจจุบันไม่แต่เพียงบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมที่มีการเรียกเก็บค่าใช้บริการจาก

ผู้ให้บริการเท่านั้น บริการสาธารณะทางปกครองจำนวนมากก็ขอให้ผู้ให้บริการมีส่วนร่วมในเรื่องค่าใช้จ่ายในการใช้บริการด้วย เช่น ค่าลงทะเบียนในมหาวิทยาลัย ค่าใช้ห้องสมุด ค่าใช้บริการสรวายน้ำของเทศบาล เป็นต้น คงมีเพียงบริการสาธารณะทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมาย (dispositions législatives) เท่านั้นที่จัดทำขึ้นโดยไม่เรียกค่าตอบแทนจากผู้ให้บริการ เช่น โรงเรียนประถมและมัธยม งานทะเบียนราษฎร (état civil) หรือกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยคดี Société Direct Mail Promotion ลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1996 ไว้ด้วยว่า ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไป (le principe général du droit) ที่กำหนดถึงการให้เปล่าของบริการสาธารณะทางปกครอง

(ค) หลักความโปร่งใสของบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานที่จัดทำบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะประเภทใด จำเป็นต้องมีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารอย่างตรงไปตรงมาเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลได้สะดวก และมีกระบวนการให้ประชาชนตรวจสอบได้ โดยถือปฏิบัติในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนทราบตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารที่มีอยู่

(ง) หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน การให้บริการสาธารณะของภาครัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีประสิทธิภาพหรือไม่เพียงใดนั้น ผู้ที่ให้คำตอบได้ดีที่สุดคือประชาชน ผู้รับบริการ กระบวนการซึ่งประชาชนหรือผู้มีส่วนได้ส่วนเสียได้มีโอกาสแสดงทรรศนะและเข้าใจร่วมกิจกรรมต่าง ๆ ที่มีผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน รวมทั้งมีการนำความคิดเห็นดังกล่าวไปประกอบการพิจารณากำหนดนโยบายและการตัดสินใจของรัฐ ประกอบด้วยการให้ข้อมูลต่อผู้เกี่ยวข้อง การเปิดรับความคิดเห็นจากประชาชน การวางแผนร่วมกัน และการพัฒนาศักยภาพของประชาชน ให้สามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้

(จ) หลักเฉพาะแท้จริงของกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ กฎหมายเป็นเครื่องมือที่ใช้เพื่อเป็นหลักประกันหรือพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง ขณะเดียวกันก็เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่ใช้เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งโดยชื่อแท้จริงและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมหนึ่ง ๆ ทำให้เห็นได้ว่า ถ้าพึ่งเพียงกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเดียวถึงแม้จะมีอยู่เป็นจำนวนมาก แต่ก็ยังไม่เพียงพอต่อการใช้เพื่อแก้ไขปัญหาความสัมพันธต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคม เพราะสังคมมีการพัฒนาเรื่อยไป ความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคม รวมทั้งความสัมพันธ์ของปัจเจกชนกับรัฐก็เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา ฝ่ายนิติบัญญัติไม้อาจจะคาดการณ์สิ่งที่จะเกิดขึ้นได้ทุกสิ่ง ดังนั้น การพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายโดยศาลจึงเป็นสิ่งจำเป็นของสังคมทุกสังคม แต่หลักกฎหมายทั่วไปก็มีใช้หลักที่เกิดขึ้นตามอำเภอใจของศาล ศาลมิได้สร้างกฎหมายขึ้นมาใช้เอง แต่การยอมรับหลักกฎหมาย

ทั่วไปของศาลเป็นการนำเอาความเชื่อความเห็นของส่วนรวมอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบการเมืองการปกครองและรากฐานของระบบกฎหมายในสังคมนั้น ๆ มาพัฒนาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปใช้บังคับกับคดีที่เกิดขึ้น กล่าวคือ ศาลเป็นผู้นำหลักอันเป็นนามธรรมมาใช้เป็นหลักที่เป็นรูปธรรมนั่นเอง แต่หลักกฎหมายบางอย่างก็ใช้ได้เฉพาะกับสังคมใดสังคมหนึ่งเท่านั้น

2.2.3 องค์กรผู้จัดทำบริการสาธารณะ⁸⁹

ดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า ในประเทศฝรั่งเศสนั้น บริการสาธารณะส่วนใหญ่แล้วรัฐเป็นผู้มีหน้าที่จัดทำโดยใช้องค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมารัฐก็ได้เพิ่มวิธีการจัดทำบริการสาธารณะขึ้น โดยจัดตั้งเป็นองค์กรของรัฐประเภทพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะประเภท และต่อมาเมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่ท้องถิ่นเต็มรูปแบบในปี ค.ศ. 1982 รัฐได้มอบการจัดทำบริการสาธารณะหลาย ๆ ประเภทให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการ และนอกจากนี้ ในระยะหลัง ๆ เมื่อบริการสาธารณะมีมากประเภทขึ้น บางประเภทต้องใช้กำลังคน กำลังทรัพย์ รวมทั้งเทคโนโลยีระดับสูงมาดำเนินการจัดทำ แต่เนื่องจากบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวเป็นบริการสาธารณะซึ่งโดยสภาพแล้วรัฐไม่จำเป็นต้องทำเองก็ได้ จึงเกิดการ “มอบ” บริการสาธารณะบางประเภทให้เอกชนไปดำเนินการจัดทำและรัฐเข้าไปควบคุมดูแลการจัดทำบริการสาธารณะนั้นเพื่อให้บริการที่เกิดขึ้นอยู่ในมาตรฐานเดียวกับที่รัฐเป็นผู้จัดทำ

2.2.3.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจจัดทำของรัฐ จะต้องเป็นบริการสาธารณะที่เมื่อพิจารณาจากสภาพของบริการสาธารณะนั้นแล้ว เป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงผู้เดียวที่จะเป็นผู้ทำ หรือเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นและมีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนทั่วประเทศอย่างทั่วถึง แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในปี ค.ศ. 1982 ส่วนกลางก็ได้มอบบริการสาธารณะบางประเภทให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำ ดังนั้น บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐจึงสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะระดับชาติ และบริการสาธารณะระดับท้องถิ่น

(1) **บริการสาธารณะระดับชาติ** (les services publics nationaux) ได้แก่ บริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้จัดทำอันได้แก่กิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม รวมทั้งการพัฒนาสังคมและวัฒนธรรม บริการสาธารณะระดับชาติเป็นบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำอย่างทั่วถึงตลอดทั้งประเทศ สามารถแบ่งได้เป็น 7 ประเภทด้วยกัน คือ

⁸⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, หน้า 53 – 71.

(1.1) บริการสาธารณะทางด้านยุติธรรม (le service public de la justice) สิ่งแรกที่สมควรจะกล่าวถึงก็คือ กระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่งนั้น มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากกระบวนการยุติธรรมในหลาย ๆ ประเทศ กล่าวคือ ระบบศาลของประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่ (le dualité d'ordres juridictionnels) อันประกอบด้วยระบบศาลยุติธรรม (l'ordre juridictionnel judiciaire) และระบบศาลปกครอง (l'ordre juridictionnel administratif) ประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ได้แก่ประเทศที่แบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายเอกชน (la droit privé) ที่ใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน และกฎหมายมหาชน (le droit public) ที่ใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน โดยมีการแบ่งแยกศาลตามความชำนาญพิเศษของผู้พิพากษาออกเป็น 2 ประเภท คือ ศาลยุติธรรมซึ่งมีความชำนาญพิเศษทางด้านกฎหมายเอกชน และศาลปกครองที่มีความชำนาญพิเศษทางด้านกฎหมายมหาชน ซึ่งได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 2.1.3.1 เรื่อง กระบวนการยุติธรรมของฝรั่งเศส

(1.2) บริการสาธารณะด้านการรักษาความปลอดภัยของสังคม (le service public de la sécurité) หมายถึง การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม (l'ordre public) อันเป็นหน้าที่ที่สำคัญของรัฐประการหนึ่ง ประกอบด้วยสาระสำคัญ 4 ประการ คือ⁹⁰

- (1) การดำเนินการเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงของสังคม (la sûreté)
 - (2) การรักษาความปลอดภัย (la sécurité) ในชีวิตและทรัพย์สิน
 - (3) การรักษาความสะอาด (la salubrité) ในชุมชนด้วยการกำจัดขยะมูลฝอย ดูแลความสะอาด ถนนหนทางและการรักษาสิ่งแวดล้อม เป็นต้น
 - (4) การรักษาความสงบ (la tranquillité) ในที่สาธารณะ
- การรักษาความปลอดภัยของสังคมทั้ง 4 ประการดังกล่าวมานี้ เป็นหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจตำรวจทางปกครองที่จะดำเนินการ ซึ่งรายละเอียดของตำรวจทางปกครองและตำรวจทางยุติธรรมนั้น ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 2.1.1 ตำรวจทางปกครอง และ 2.1.2 ตำรวจทางยุติธรรม

(1.3) บริการสาธารณะด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ (le service public de la défense) การรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศเป็นภารกิจที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐที่จะต้องเป็นผู้จัดทำ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการดำเนินการ และนอกจากนี้ ในปัจจุบันอาวุธยุทโธปกรณ์ต่าง ๆ มีความร้ายแรงและมีราคาสูง จึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยง

⁹⁰ PONTIER, *Les services publics*, p. 111 – 112.

ไม่ได้ที่รัฐจะต้องใช้จ่ายเงินจำนวนมากเพื่อจัดหาอาวุธยุทโธปกรณ์ต่าง ๆ มาไว้ในครอบครอง รวมทั้งยังต้องค้นหาวิธีป้องกันภัยจากการรุกรานของผู้อื่น

ในประเทศประชาธิปไตยแบบฝรั่งเศสนั้นถือหลักที่สำคัญคือ **อำนาจพลเรือนเป็นอำนาจสูงสุดที่อยู่เหนือทหาร** ดังนั้น องค์กรผู้มีอำนาจจัดทำบริการสาธารณะทางด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศจึงประกอบด้วย 2 องค์กรคือ พลเรือนและทหาร

1) พลเรือน (l'authorité civile) พลเรือนที่มีอำนาจเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ได้แก่

1.1) รัฐสภา รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 34 ถึงอำนาจของรัฐสภาในการวางหลักการพื้นฐานของการจัดระเบียบในการป้องกันประเทศ รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกณฑ์แรงงานและการเกณฑ์ทรัพย์สินในการป้องกันประเทศ ส่วนการประกาศสงครามก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 35 และนอกจากนี้อำนาจของรัฐสภาในการพิจารณาร่างกฎหมายยังทำให้รัฐสภามีส่วนในการพิจารณาว่ารัฐบัญญัติเกี่ยวกับแผนการดำเนินการทางทหาร (les lois de programmation militaire) และร่างรัฐบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีในส่วนที่เกี่ยวกับงบประมาณในการป้องกันประเทศ (le budget de la défense) อีกด้วย⁹¹

1.2) ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ มีหน้าที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ คือ เป็นผู้ประกันความเป็นอิสระของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน และการเคารพต่อสนธิสัญญาต่าง ๆ⁹² เป็นจอมทัพ เป็นประธานสภากลาโหมและประธานคณะกรรมการสูงสุดในการป้องกันประเทศ⁹³ รวมทั้งยังมีหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งทางด้านกรป้องกันประเทศ คือเป็นผู้ตัดสินใจใช้ระเบิดนิวเคลียร์⁹⁴

1.3) นายกรัฐมนตรี เป็นผู้รับผิดชอบในการป้องกันประเทศ⁹⁵ และเป็นผู้นำมติของคณะกรรมการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการป้องกันประเทศ รวมทั้งนโยบายทางการเมืองในการป้องกันประเทศมาปฏิบัติตามให้เกิดผล รวมทั้งเป็นผู้ประสานงานระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ที่มีหน้าที่ในการป้องกันประเทศด้วย

1.4) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ภายใต้การกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมีหน้าที่ดำเนินการตามนโยบายทางการเมือง

⁹¹ Ibid., p. 117.

⁹² มาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

⁹³ มาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

⁹⁴ PONTIER, *Les services publics*, p. 117.

⁹⁵ มาตรา 21 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

เกี่ยวกับการทหารและการป้องกันประเทศ รวมทั้งเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดระบบการดำเนินงานของกองทัพ ได้แก่ การจัดองค์กร การบริหารงาน การกำหนดหลักเกณฑ์ในการบริหารงาน การระดมพล (la mobilisation) รวมทั้งการพิจารณาจัดหาอาวุธยุทโธปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับกองทัพ⁹⁶ นอกจากนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมยังทำหน้าที่เป็นผู้ประสานระหว่างกองทัพทั้ง 3 คือ กองทัพบก กองทัพเรือ และกองทัพอากาศ ทั้งนี้ เนื่องมาจากกองทัพทั้ง 3 ต่างก็มีอิสระต่อกันทั้งทางด้านโครงสร้างและงบประมาณ⁹⁷

1.5) รัฐมนตรีอื่น เป็นผู้รับผิดชอบในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปได้ตามมาตรการป้องกันประเทศหากมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่ตนรับผิดชอบ เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เป็นผู้รับผิดชอบในการป้องกันภัยของพลเรือน (la défense civile) ในขณะสงคราม คือ ดูแลประชาชนและทรัพย์สินของประชาชน รวมทั้งความสงบเรียบร้อยในสังคมด้วย⁹⁸

2) ทหาร (l'autorité militaire) กองทัพบก กองทัพเรือ และกองทัพอากาศ มีหน้าที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ซึ่งได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 2.1.4 ทหาร

(1.4) บริการสาธารณะทางการศึกษาของชาติ (le service public de l'éducation nationale) ในสมัยโบราณ โรงเรียนส่วนใหญ่ถูกดำเนินการและควบคุมโดยวัด (l'église) ต่อมาภายหลังการปฏิวัติครั้งใหญ่ การให้การศึกษแก่ประชาชนได้กลายมาเป็นหน้าที่ของรัฐ โดยในเบื้องต้นนั้นรัฐมีหน้าที่จัดการศึกษาให้เปล่าแก่ประชาชน โดยจัดตั้งโรงเรียนชั้นประถมขึ้นสำหรับชุมชนที่มีคน 1,000 คนขึ้นไป และบังคับให้เรียนเป็นเวลา 3 ปี ต่อจากนั้นมาก็ได้มีกฎหมายตามมาอีกหลายฉบับเกี่ยวกับการจัดการศึกษาขั้นต้น กฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับวัดในส่วนที่เกี่ยวกับการให้การศึกษ และกฎหมายเกี่ยวกับการให้การศึกษขั้นต้นภาคบังคับแก่เด็กอายุ 6 – 13 ปี⁹⁹

ต่อมา อารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐยอมให้หลักประกันแก่การที่เด็กและผู้ใหญ่จะสามารถได้รับการศึกษาอบรม การฝึกอาชีพและวัฒนธรรม การจัดให้มีการศึกษาเป็นสาธารณะโดยไม่คิดค่าเล่าเรียนและเป็นการศึกษาทางโลก เป็น

⁹⁶ มาตรา 16 แห่งรัฐกำหนด ลงวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1959

⁹⁷ PONTIER, *Les services publics*, p. 118.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid., p. 121.

หน้าที่ของรัฐในทุกระดับการศึกษา” การศึกษาจึงกลายเป็นบริการสาธารณะระดับชาติตั้งแต่นั้นมา โดยมีหลัก 3 ประการในการจัดให้มีการศึกษา คือ¹⁰⁰

1) **การศึกษาภาคบังคับ** ในปี ค.ศ. 1882 มีกฎหมายเกี่ยวกับการให้การศึกษาภาคบังคับแก่เด็กอายุ 6 – 13 ปี ต่อมาในปี ค.ศ. 1959 มีการขยายอายุจาก 13 ปี เป็น 16 ปี และต่อมาในปี ค.ศ. 1989 ก็ได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการให้การศึกษาแก่เด็กอายุตั้งแต่ 3 ขวบขึ้นไป ซึ่งหากผู้ปกครองไม่เคารพต่อกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ก็จะมีโทษทางอาญา

2) **การให้เปล่า** การให้การศึกษาโดยไม่เสียค่าตอบแทนเป็นหน้าที่ของรัฐที่ได้มีการดำเนินการมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1881 แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม การจัดให้มีการศึกษาแบบให้เปล่านั้นก็มีเฉพาะการศึกษาชั้นประถม (l'enseignement primaire) เท่านั้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1927 จึงได้มีการขยายขอบเขตการศึกษาแบบให้เปล่าไปจนถึงการศึกษาชั้นมัธยม (l'enseignement secondaire)

3) **การศึกษาทางโลก (laïcité)** หมายถึง การศึกษาที่ทำการสอนอย่างอิสระโดยรัฐแยกต่างหากจากศาสนา คือ เป็นสถานศึกษาที่รัฐจัดตั้งขึ้นอย่างอิสระเพื่อทำการสอนวิชาความรู้ทั่ว ๆ ไปที่ไม่มีใ้การให้การศึกษาเฉพาะหลักศาสนา ดังที่เคยเป็นมาในโรงเรียนที่วัดเป็นคนจัดทำที่สอนเฉพาะเรื่องศาสนา

นอกจากหลัก 3 ประการดังกล่าวมาแล้ว หลักเกณฑ์ที่สำคัญของบริการสาธารณะดังกล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2.2.2 ก็จะลองนำมาใช้กับการจัดทำบริการสาธารณะทางการศึกษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการ

การจัดการศึกษาของชาติในปัจจุบันสามารถกระทำได้โดยให้ผู้อื่นเข้ามามีส่วนร่วม คือ¹⁰¹

ก. สถาบันการศึกษาเอกชน เอกชนอาจเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำสถาบันการศึกษาได้ สถาบันการศึกษาเอกชน (l'enseignement privé) อาจเป็นสถาบันการศึกษาที่ไม่เกี่ยวกับศาสนา เช่น สถาบันการศึกษาทางด้านธุรกิจ หรืออาจเป็นสถาบันการศึกษาทางด้านศาสนาก็ได้ การจัดตั้งสถาบันการศึกษาของเอกชนจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหลาย ๆ ประการ เช่น การจัดตั้ง ผู้สอน สถานที่ หลักสูตร ฯลฯ โดยส่วนใหญ่เมื่อจัดตั้งแล้วรัฐจะเข้ามาให้ความร่วมมือ

ข. นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนในชั้นนี้ได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ ภายหลังการกระจายอำนาจในปี ค.ศ. 1982 การศึกษากลายเป็นบริการสาธารณะระดับชาติ และได้มีการกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็น

¹⁰⁰ Ibid., p. 122.

¹⁰¹ Ibid., p. 123 – 124.

ผู้จัดทำ โดยกฎหมายลงวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 ได้บัญญัติให้การก่อสร้าง การซ่อมแซมวัสดุ อุปกรณ์ การบริหารงานของโรงเรียนระดับประถมและมัธยมเป็นหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะต้องรับผิดชอบ จากผลของกฎหมายดังกล่าวจึงได้มีการแบ่งภารกิจทางด้านการศึกษาระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทต่าง ๆ โดยเทศบาล (la commune) รับผิดชอบ โรงเรียนชั้นประถมต้น (l'école primaire) จังหวัด (le département) รับผิดชอบ โรงเรียนชั้นมัธยม (le lycée) ส่วนรัฐทำหน้าที่ดูแลเกี่ยวกับการจัดหาครูสอน ส่วนสำหรับการศึกษาในระดับมหาวิทยาลัยนั้น รัฐเป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมด¹⁰²

(1.5) บริการสาธารณะทางด้านสังคม (les services publics sociaux) การให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนด้านสังคมมีมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว โดยวัดจะเป็นผู้ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางสังคมแก่คนยากจน คนด้อยโอกาส รวมทั้งจัดให้มีการศึกษาดังได้กล่าวมาแล้ว ต่อมาภายหลังการปฏิวัติครั้งใหญ่ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1791 ได้บัญญัติถึงการจัดตั้งสถาบันขึ้นมาเพื่อให้ความช่วยเหลือสาธารณะ (le secours public) ด้วยการเลี้ยงเด็กที่ถูกทอดทิ้ง คนพิการ คนจน เป็นต้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1874 มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็ก กฎหมายเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์แบบให้เปล่าในปี ค.ศ. 1873 กฎหมายเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือการคลอดบุตรและครอบครัวที่มีลูกมากในปี ค.ศ. 1913 จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1953 ได้มีการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายครอบครัวและการช่วยเหลือสังคม (le code de la famille et de l'aide social) ซึ่งได้สร้างกฎเกณฑ์การให้ความช่วยเหลือประเภทต่าง ๆ ขึ้นมาอย่างมากมายหลายชนิด เช่น¹⁰³

1) **การจัดหางาน** การจัดหางานเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินการเพื่อให้มีค่างานน้อยที่สุด ดังนั้น จึงมีการจัดตั้งหน่วยงานต่าง ๆ ขึ้นมาหลายระดับเพื่อให้ความช่วยเหลือในการจัดหางานและการฝึกอาชีพ

2) **การจัดหาที่พักอาศัย** รัฐได้จัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาการขาดแคลนที่พักอาศัยโดยการสร้างที่พักอาศัย (HLM) ราคาถูกแก่ประชาชน และสามารถผ่อนชำระได้ในระยะเวลานาน โดยที่ที่พักอาศัยเหล่านี้จะสร้างอยู่ในเขตชุมชนกระจายไปทั่วประเทศ

(1.6) บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรม (les services publics culturels) ในสมัยโบราณราชวงศ์มีความพึงพอใจที่จะห้อมล้อมด้วยบุคคลผู้มีคุณสมบัติพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านศิลปะและวรรณกรรม ต่อมาเมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1795 ก็ได้บัญญัติถึงการจัดตั้งสถาบันขึ้นมาทำหน้าที่ค้นคว้าและบำรุงรักษาศิลปกรรมและวิทยาศาสตร์

¹⁰² Ibid., 124.

¹⁰³ Ibid., p. 127 – 128.

จากนั้นเป็นต้นมาก็ได้มีการจัดตั้งสถาบันขึ้นมาอีกไม่ว่าจะเป็นสถาบันทางด้านศิลปะ ดนตรี วิทยาศาสตร์ ศิลปกรรม จริยธรรม การเมืองหรือแพทย์ เพื่อให้ความรู้ ส่งเสริมและสนับสนุนผู้มีความสามารถทางด้านต่าง ๆ¹⁰⁴ บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรมในปัจจุบันมีอยู่หลายประเภทด้วยกัน เช่น พิพิธภัณฑ์ ห้องสมุดแห่งชาติ ศูนย์ดนตรี โรงละคร โอเปร่า เป็นต้น

(1.7) บริการสาธารณะทางการท่องเที่ยว (les services publics de tourisme) เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีแหล่งท่องเที่ยวมากมายที่สามารถทำเงินให้กับประเทศได้ รัฐจึงเข้าไปส่งเสริมกิจการท่องเที่ยวต่าง ๆ โดยกฎหมายฉบับลงวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1992 อันเป็นกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับการท่องเที่ยวได้กำหนดบทบาทของรัฐที่มีต่อการท่องเที่ยวต่าง ๆ เช่น ส่งเสริม สนับสนุน ประชาสัมพันธ์ ซ่อมแซม ดูแลรักษา สถานที่ท่องเที่ยว สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่อให้คนเดินทางมาท่องเที่ยวยังประเทศฝรั่งเศสให้มากขึ้น การจัดทำบริการสาธารณะทางการท่องเที่ยวเป็นนโยบายระดับชาติ (la politique nationale) ที่มีหน่วยงานระดับกระทรวงเป็นผู้รับผิดชอบ¹⁰⁵

(2) บริการสาธารณะระดับท้องถิ่น (les services publics locaux) มาตรา 72 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันและที่แก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระที่จะบริหารงานของตนเองตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนการจัดทำบริการสาธารณะก็เป็นเรื่องที่ต้องมีกฎหมายกำหนดเช่นกัน ดังนั้น ในระยะเวลาที่ผ่านมาจึงมีกฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว บริการสาธารณะระดับท้องถิ่นจะได้แก่บริการสาธารณะที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ที่จะดำเนินการจัดทำโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภทคือ **บริการสาธารณะระดับชาติซึ่งมีการมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำ** ดังได้กล่าวถึงไปแล้วในหัวข้อ บริการสาธารณะระดับชาติ กับบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่แท้ ๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 3 ระดับ อันได้แก่ บริการสาธารณะระดับเทศบาล (les services publics communaux) บริการสาธารณะระดับจังหวัด (les services publics départementaux) และบริการสาธารณะระดับภาค (les services publics régionaux) โดยมีกฎหมายแบ่งแยกหน้าที่และประเภทของบริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทจะเป็นผู้จัดทำ

บริการสาธารณะระดับท้องถิ่นที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้เป็นบริการสาธารณะระดับท้องถิ่นประเภทหลังคือเป็นบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่แท้ ๆ ขององค์กรปกครองส่วน

¹⁰⁴ Ibid., p. 129 – 130.

¹⁰⁵ Ibid., p. 131 – 132.

ท้องถิ่นที่จะเป็นผู้จัดทำดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภท บริการสาธารณะสาธารณะระดับท้องถิ่นนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภทคือ

(2.1) บริการสาธารณะทางด้านสุขอนามัย (l'hygiène) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นระดับภาค ระดับจังหวัด และในเทศบาลขนาดใหญ่บางแห่งมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะทางด้านสุขอนามัย เนื่องจากเป็นหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะต้องทำภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด บริการสาธารณะทางด้านสุขภาพอนามัยแบ่งได้เป็น 4 ประเภทคือ¹⁰⁶

1) บริการสาธารณะเกี่ยวกับสุสานและพิธีศพ (les services publics des cimetières et des pompes funèbres) เทศบาลทุกแห่งจะต้องจัดให้มีสถานที่ฝังศพ (l'inhumation) โดยการจัดตั้งสุสานและขยายเขตสุสานจะต้องทำโดยมติของสภาเทศบาล (Conseil municipal)

ในส่วนที่เกี่ยวกับพิธีศพนั้น ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับพิธีกรรมทางศาสนา ค่าดอกไม้ ค่าหินสลักหรือตกแต่งหลุมฝังศพ ไม่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องรับผิดชอบ รัฐบาลยุติลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 เกี่ยวกับเรื่องพิธีศพและมาตรา L. 2223 - 19 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยการปกครองส่วนท้องถิ่น (Code général des collectivités territoriales) ได้บัญญัติถึงการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องรับผิดชอบ อันได้แก่ กระบวนการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับพิธีศพทั้งหมดโดยเริ่มจากการเคลื่อนย้ายศพไปใส่โลง (la mise en bière) การนำศพไปยังสุสาน การเตรียมการฝังศพ การเก็บรักษาศพ โลงศพและเครื่องประดับ ม่านสำหรับติดที่บ้านคนตาย รถบรรทุกศพและผ้าตกแต่งขบวนรถตาม การฝังศพ หรือการเผาศพ (la crémation) ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี Ville de Paris c/SA Roblot เมื่อวันที่ 20 มกราคม ค.ศ. 1986 ว่าบริการสาธารณะเกี่ยวกับกระบวนการต่าง ๆ ในพิธีศพนี้เป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

2) การจัดให้มีน้ำสะอาด (la distribution d'eau potable) การผลิตน้ำสะอาดเป็นกิจการที่สามารถทำได้ทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือเอกชน ในขณะที่การจัดให้มีน้ำสะอาดอันหมายถึง ระบบการประปา การส่งน้ำไปยังบ้านเรือน อาคารต่าง ๆ เป็นสิ่งที่ถูกผูกขาดโดยเทศบาลดังที่ศาลคดีซัดกัน¹⁰⁷ และศาลปกครองสูงสุด¹⁰⁸ ได้เคยวินิจฉัยไว้

¹⁰⁶ Ibid., p. 135 - 139.

¹⁰⁷ คำวินิจฉัยศาลคดีซัดกัน คดี Thomas ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1990

¹⁰⁸ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คดี Bachelet ลงวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 1991

ในปัจจุบัน การจัดให้มีน้ำสะอาดสามารถทำได้หลายรูปแบบ เช่น เทศบาลเป็นผู้ทำ สหการ (le syndicat de communes)¹⁰⁹ เป็นผู้ทำ หรือเทศบาลอาจให้สัมปทาน (la concession) แก่เอกชนเป็นผู้ทำก็ได้

3) การทำให้น้ำสะอาดเพื่อนำมาใช้ใหม่ (le service de l'assainissement) มาตรา 2224 – 2225 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยการปกครองส่วนท้องถิ่น บัญญัติไว้ให้การกระทำที่เกี่ยวกับการเก็บ การขนส่ง และการทำให้บริสุทธิ์ (l'épuration) ซึ่งน้ำที่ใช้แล้วเป็นภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ต่อมากฎหมายลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1992 เกี่ยวกับเรื่องน้ำก็บัญญัติให้ภารกิจดังกล่าวเป็นหน้าที่ของเทศบาล ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี SCI “La Colline” c/Commune de la Benissan – Dicu เมื่อวันที่ 20 มกราคม พ.ศ. 1988 ว่า การทำให้น้ำสะอาดเพื่อนำกลับมาใช้ใหม่เป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและ พาณิชยกรรม

4) การเก็บขยะและของเหลือใช้ (le service public des ordures ménagères et autres déchets) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา บริการเก็บขยะถือเป็นหน้าที่สำหรับ เทศบาลที่ต้องทำ โดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการปกครองส่วนท้องถิ่นได้จัดให้บริการสาธารณะ ประเภทการเก็บขยะและของเหลือใช้ เป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและ พาณิชยกรรม

(2.2) บริการสาธารณะเกี่ยวกับเศรษฐกิจ (économique) องค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่นอาจจัดทำบริการสาธารณะทางด้านเศรษฐกิจได้ในเรื่องดังต่อไปนี้¹¹⁰

1) การผลิตและการจ่ายพลังงาน (la production et la distribution d'énergie) ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง การผลิตและการจำหน่ายกระแสไฟฟ้าและก๊าซเป็นกิจการ ที่ค่อนข้างผูกขาด โดยรัฐที่รัฐสามารถอนุญาตให้เอกชนหรือเทศบาลหรือจังหวัดเป็นผู้ดำเนินการ จัดทำได้ แต่ต่อมาเมื่อมีรัฐบัญญัติลงวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1946 กำหนดให้กิจกรรมเกี่ยวกับ กระแสไฟฟ้าและก๊าซเป็นกิจการที่รัฐผูกขาด กิจการเกี่ยวกับกระแสไฟฟ้าและก๊าซจึงกลับมาเป็น หน้าที่ของรัฐ แต่มีข้อยกเว้นในบางกรณี เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ทำการผลิตหรือ จำหน่ายกระแสไฟฟ้าและก๊าซอยู่เดิมสามารถดำเนินการต่อไปได้หากโรงงานผลิตก๊าซหรือ โรงงานผลิตไฟฟ้านั้นมีผลผลิตต่อปีจำนวนต่ำกว่าที่ทางการกำหนด การกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าว ไว้ทำให้การดำเนินการต่อไปไม่ก่อให้เกิดผลดีเท่าที่ควรเพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ผลิตไม่ สามารถเพิ่มความสามารถในการผลิตให้เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการหยุดยั้ง ความเจริญเติบโตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ

¹⁰⁹ ได้แก่ เทศบาลหลายแห่งเข้าร่วมกันเพื่อทำกิจกรรมบางอย่าง

¹¹⁰ PONTIER, *Les services publics*, p. 139 – 141.

2) ตลาด (les halles) ส่วนใหญ่แล้วเป็นงานที่เทศบาลจะเป็นผู้จัดทำ ทั้งนี้เนื่องจากเทศบาลเป็นผู้รับผิดชอบในการดูแลที่ดินในเขตเทศบาล จึงสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ที่จะจัดให้มีตลาดหรือตลาดนัดในเขตเทศบาลได้

3) การขนส่ง (les transports publics) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดให้มีการขนส่งมวลชนและการขนส่งนักเรียนในเขตของตน

ในส่วนที่เกี่ยวกับการขนส่งมวลชน เทศบาลจะรับผิดชอบในการจัดให้มีการขนส่งมวลชนในเขตเทศบาลเฉพาะในที่ชุมชนมีคนหนาแน่น ส่วนจังหวัดจะรับผิดชอบในการจัดให้มีการขนส่งมวลชนในบริเวณที่กว้างกว่าคือภายในเขตจังหวัดโดยรวมถึงบริเวณที่ไม่มีรถขนส่งของเทศบาลผ่านด้วย การจัดให้มีการขนส่งของจังหวัดนั้น จังหวัดสามารถมอบให้นิติบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือเอกชนเป็นผู้จัดทำก็ได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับการขนส่งนักเรียนนั้น รัฐบัญญัติลงวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 กำหนดให้จังหวัดเป็นผู้นำที่รับผิดชอบในการจัดให้มีและดำเนินการรถรับส่งนักเรียน ซึ่งจังหวัดสามารถมอบหน้าที่ดังกล่าวให้เทศบาล หรือองค์กรอื่น ๆ เช่น สมาคมผู้ปกครอง (association des parents d'élèves) หรือสถานศึกษาไปจัดทำได้ โดยรัฐเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมด

(2.3) บริการสาธารณะทางด้านสังคมและการศึกษา (social et éducatif) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอาจจัดทำบริการสาธารณะทางสังคมและการศึกษาประเภทต่าง ๆ ดังต่อไปนี้¹¹¹

1) **สวัสดิการสังคม** (l'aide sociale et l'action sociale) จังหวัดเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดให้มีและรับผิดชอบค่าใช้จ่ายของบริการสาธารณะด้านสวัสดิการสังคมประเภทต่าง ๆ เช่น สวัสดิการเกี่ยวกับเด็กหรือคนพิการ สวัสดิการเกี่ยวกับสุขภาพอนามัย เช่น การฉีดวัคซีนเด็ก เป็นต้น รวมถึงจัดตั้งองค์กรต่าง ๆ ขึ้นมาเพื่อให้ความช่วยเหลือประชาชน เช่น ที่พักคนชรา คนพิการ คนปัญญาอ่อน เป็นต้น

2) **การศึกษา** (l'enseignement) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐว่า การศึกษาเป็นบริการสาธารณะที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีกฎหมายเกี่ยวกับการกระจายอำนาจในปี ค.ศ. 1982 จึงได้มีการมอบความรับผิดชอบบางประการที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะทางการศึกษาให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

(2.4) **บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรม** (la culture) บริการสาธารณะทางด้านวัฒนธรรม เป็นบริการสาธารณะที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำได้ ดังนี้

¹¹¹ Ibid., p. 141 – 144.

1) **พิพิธภัณฑ์** มีทั้งพิพิธภัณฑ์ระดับชาติและพิพิธภัณฑ์ระดับท้องถิ่น ซึ่งปรากฏว่าในปัจจุบันนี้มีพิพิธภัณฑ์ระดับเทศบาลทั้งสิ้นกว่า 1,100 แห่ง

2) **หอจดหมายเหตุ (les archives)** รัฐบาลบัญญัติ ลงวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 ได้มอบหน้าที่ในการเก็บรักษาเอกสารทางประวัติศาสตร์ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐให้แก่จังหวัด โดยให้จังหวัดมีหน้าที่ดูแลและดำเนินการเก็บรักษาเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์ของจังหวัดและของเทศบาลในเขตจังหวัด

3) **การรักษาโบราณสถาน** เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินการในเรื่องการรักษาโบราณสถาน โดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในการประกาศว่าสิ่งใดเป็นโบราณสถาน การขึ้นทะเบียนโบราณสถาน และการดูแลรักษาโบราณสถาน ส่วนองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็มีหน้าที่ช่วยเหลือรัฐในการดูแลรักษาโบราณสถานที่อยู่ในเขตพื้นที่ของตน

นอกจากบริการสาธารณะทางวัฒนธรรมทั้ง 3 ประการดังกล่าวแล้วยังมีบริการสาธารณะอีกหลายประเภทที่อาจจัดได้ว่าเป็นบริการสาธารณะทางวัฒนธรรมที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดทำได้ เช่น โรงเรียนดนตรี (l'école de musique) โรงเรียนศิลปะ (l'école d'art) รวมถึงห้องสมุดระดับท้องถิ่น (la bibliothèque) ซึ่งในปัจจุบันมีเพียงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบางแห่งเท่านั้นที่เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะประเภทดังกล่าว

2.2.3.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน บริการสาธารณะนอกจากจะจัดทำโดยฝ่ายปกครองแล้ว ยังมีบริการสาธารณะบางอย่างที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ แม้บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่รัฐต้องเป็นผู้จัดทำ แต่เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะอย่างสูงสุด หากรัฐพิจารณาเห็นว่าบริการสาธารณะใดเอกชนสามารถจัดทำได้ รัฐก็สามารถมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นได้ เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะมาตั้งแต่สมัยสมบูรณ์ญาสิทธิราชย์แล้ว โดยเข้ามามีส่วนในการขุดคลองและทางน้ำ ต่อมาก็เริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านที่เกี่ยวกับการให้ความสว่างบนถนนหนทางและการขนส่ง ในปัจจุบันการมีส่วนร่วมของเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ การมีส่วนร่วมทางอ้อมกับการมีส่วนร่วมทางตรง¹¹²

(1) **การมีส่วนร่วมทางอ้อม** ได้แก่ การเข้ามามีมือของเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยรัฐ ด้วยวิธีการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1.1) **การเลือกตั้ง** ภายใต้ระบบการปกครองแบบกระจายอำนาจ ประชาชนผู้สนใจสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ด้วยการ

¹¹² De SOTO, *Droit administratif : Théorie Générale du service public*, p. 333 - 335.

สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งหากได้รับเลือกตั้งเข้าไปแล้วก็จะไปเป็นผู้จัดให้มีและวางหลักเกณฑ์ในการบริหารบริการสาธารณะต่อไป

(1.2) **คณะที่ปรึกษา** ใบบางกรณีกฎหมายกำหนดให้ผู้รับผิดชอบหรือหัวหน้าฝ่ายปกครองในหน่วยงานต้องขอความเห็นหรือคำปรึกษาจากหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจ การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวมีผลคือนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ทำตามแบบ (la vice de forme) ที่กฎหมายกำหนด ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกศาลปกครองเพิกถอนได้

(1.3) **การให้ความเห็น** ฝ่ายปกครองอาจเชิญเอกชนมาปรึกษาหารือเพื่อขอความเห็นเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในบางเรื่องก่อนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจดำเนินการได้

(2) **การมีส่วนร่วมทางตรง** ดังได้กล่าวไปแล้วบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐที่จะจัดทำ แต่ต่อมาเมื่อรัฐมีภาระมากขึ้น กิจการบางอย่างรัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำเองเพราะเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐ กิจการบางอย่างต้องใช้เงินลงทุนมาก ต้องใช้บุคลากรที่มีความชำนาญเป็นพิเศษ ซึ่งทำให้รัฐไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะให้เอกชนซึ่งมีความสนใจและความพร้อมเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ

การมอบอำนาจ (l'habilitation) ให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้น หมายความว่า การที่รัฐมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะทั้งหมดหรือบางส่วน¹¹³ ทั้งนี้ เพราะโดยสภาพแล้วเอกชนไม่ได้มีหน้าที่ที่จะจัดทำบริการสาธารณะเพราะบริการสาธารณะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น เมื่อรัฐตัดสินใจอนุมัติหรืออนุญาตให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ เอกชนจึงสามารถเข้ามาดำเนินการได้ การมอบอำนาจโดยทั่วไปนั้นอาจทำได้โดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติที่กำหนดไว้ให้ฝ่ายปกครองสามารถ “อนุญาต” ให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะได้ หรืออาจทำโดยนิติกรรมทางปกครอง (un acte administratif) ก็ได้ ซึ่งนิติกรรมทางปกครองที่ว่านี้ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายซึ่งก็สัญญา (le contrat) นั่นเอง อนึ่ง การที่ฝ่ายปกครองจะมอบอำนาจให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนี้มีข้อจำกัดอยู่ในหลักเกณฑ์ กล่าวคือ บริการสาธารณะที่รัฐบัญญัติมอบให้ เป็นหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถมอบต่อไปให้เอกชนทำได้ดังเช่นที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในคดี Syndicat national professionnel des médecins du travail เมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน ค.ศ. 1997 ส่วนบริการสาธารณะประเภทที่ต้องมีการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง (prérogatives de puissance publique) ในการดำเนินการจัดทำ ศาล

¹¹³ MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, p. 280.

ปกครองชั้นต้นเมือง Amiens ก็ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Braine et Vantomme เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1987 ว่าไม่สามารถทำได้เช่นกัน

ในปัจจุบัน เอกชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(2.1) **สัมปทาน (la concession)** ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะด้วยการลงทุนและเสี่ยงภัยของเอกชนเอง โดยเอกชนสามารถเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการกิจการที่ได้รับสัมปทานจากรัฐไป¹¹⁴

(2.1.1) **การให้สัมปทาน**¹¹⁵ การให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยการให้สัมปทาน คือการที่ฝ่ายปกครองอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างภายในเวลาที่กำหนด ด้วยทุนและความเสี่ยงของเอกชนเอง โดยฝ่ายปกครองให้สิทธิเอกชนที่จะเรียกเก็บค่าบริการจากประชาชนผู้ให้บริการ เช่น สัมปทานในการสร้างทางด่วนแล้วให้สิทธิในการเรียกเก็บค่าผ่านทาง หรือสัมปทานในการเดินรถแล้วให้สิทธิในการเก็บค่าโดยสาร เป็นต้น

(2.1.2) **ประเภทของการให้สัมปทาน** จะมีลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน โดยมีการใช้คำว่าสัมปทานใน 2 ลักษณะ คือ

1. สัมปทานบริการสาธารณะ คือ สัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ และเอกชนตกลงจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐ โดยเอกชนมีสิทธิเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ให้บริการเหตุที่เอกชนไม่อาจเข้ามาเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะได้โดยเสรี ก็เพราะบริการสาธารณะบางอย่างมีผลกระทบต่อความเป็นอยู่และความผาสุกของประชาชน จึงมีกฎหมายห้ามมิให้เอกชนจัดทำ เว้นแต่จะได้รับอนุญาต

2. สัมปทานให้แสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ คือ ทรัพยากรธรรมชาติบางอย่างมีจำนวนจำกัด เช่น แร่ ปิโตรเลียม เป็นต้น รัฐต้องหวงแหนและห้ามมิให้บุคคลเข้าแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาตินั้น ถือว่าทรัพยากรเหล่านี้รัฐเป็นเจ้าของ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐ

(2.1.3) ลักษณะสำคัญของสัมปทานบริการสาธารณะ

1. สัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาในทางปกครองที่ฝ่ายปกครองตกลงให้เอกชนคู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะได้ด้วยทุนของเอกชนเอง ความเกี่ยวพันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเป็นความเกี่ยวพันทางสัญญา และบุคลากรของเอกชนคู่สัญญาในสัมปทานไม่มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

¹¹⁴ De SOTO, *Droit administratif : Théorie Générale du service public*, p. 350.

¹¹⁵ วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 18 ตอน 1 (มษายน 2542): 2542.

2. ทรัพย์สินที่ผู้รับสัมปทานนำมาใช้ในการจัดทำบริการ สาธารณะถือว่าเป็นทรัพย์สินของเอกชน จึงไม่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมาย เหมือนกับทรัพย์สินของรัฐ

3. กิจการที่มอบให้เอกชนจัดทำนั้น เมื่อเป็นบริการ สาธารณะฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจควบคุมและมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนสัมปทานไว้ ด้วย

4. บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนรับสัมปทานไป ดำเนินการนั้นต้องไม่เป็นบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือความปลอดภัย เช่น สัญญา สัมปทานโทรศัพท์เคลื่อนที่ สัญญาสัมปทานทางด่วน ทางยกระดับ รถไฟฟ้ามหานคร IBF ที่มีอยู่ ในประเทศไทย

(2.2) องค์กรวิชาชีพ (les organismes professionnels) ได้แก่องค์กรเอกชนที่มีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติมอบอำนาจหน้าที่ให้ทำการควบคุมวินัยในการประกอบอาชีพด้วย มาตรการต่าง ๆ เช่น การวางกฎข้อบังคับทางวิชาชีพ การพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ การพิจารณาลงโทษเมื่อมีการกระทำผิด และเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เป็นต้น

แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดองค์กรวิชาชีพมีมานานแล้วโดยได้มีการ นำมาใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพในกระบวนการยุติธรรม เช่น สถาปนากฎหมาย (l'ordre des avocats) คณะกรรมการผู้ประกอบวิชาชีพนิติกรรม (la chambre de discipline des notaires) เป็นต้น โดย องค์กรวิชาชีพต่าง ๆ เหล่านี้มีฐานะเป็นองค์การมหาชน (l'établissement public) และต่อมาในปี ค.ศ. 1940 ได้มีการจัดตั้งองค์กรวิชาชีพอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมขึ้นมาอีก คือ องค์กรวิชาชีพเกษตรกร (la corporation paysanne) องค์กรวิชาชีพแพทย์ (l'ordre des médecins) องค์กรวิชาชีพสถาปนิก (l'ordre des architectes) และองค์กรวิชาชีพเภสัชกร (l'ordre des pharmaciens) เป็นต้น องค์กรวิชาชีพต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาภายหลังนี้มีสภาพเป็นองค์กรเอกชนที่จัดทำ บริการสาธารณะ ทั้งนี้ เพราะกิจกรรมหรือการดำเนินงานขององค์กรวิชาชีพต่าง ๆ เหล่านี้เป็น กิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มหาชน กล่าวคือ ควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพที่ต้องสัมพันธ์ กับประชาชนให้อยู่ในระเบียบวินัยอันดี ไม่ให้ประชาชนได้รับผลกระทบจากการประกอบวิชาชีพ นั้น ๆ

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดคดี Bouguen ลงวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1943¹¹⁶ ถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยหลักที่ทำให้การรับรองการดำเนินงานขององค์กรวิชาชีพว่าเป็นการ จัดทำบริการสาธารณะ โดยศาลปกครองสูงสุดได้กล่าวไว้ในตอนหนึ่งของคำวินิจฉัยที่มีข้อเท็จจริง

¹¹⁶ M. LONG, P. WELL, G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Paris : SIREY, 1984), p. 157 – 160.

เกี่ยวกับการขอให้เพิกถอนคำสั่งขององค์กรวิชาชีพแพทย์ว่า “... ผู้บัญญัติกฎหมายต้องการที่จะให้ องค์กรวิชาชีพและการควบคุมการประกอบอาชีพแพทย์มีสถานะเป็นบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง แม้คณะกรรมการองค์กรวิชาชีพแพทย์จะมีได้มีฐานะเป็นองค์กรมหาชนก็ตาม ...”

แม้ว่าองค์กรวิชาชีพจะมีโครงสร้างและระบบการบริหารงานภายในที่เป็นแบบเอกชนก็ตาม แต่ในการดำเนินการขององค์กรวิชาชีพกลับมีการใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชน กล่าวคือ อำนาจในการออกกฎข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ในการประกอบวิชาชีพ การควบคุมการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ซึ่งถือเป็นนิติกรรมทางปกครอง (l'acte administratif) หรือ อำนาจในการพิจารณาลงโทษทางวินัยเมื่อสมาชิกขององค์กรวิชาชีพทำผิดข้อปฏิบัติทางวิชาชีพและการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ อันมีสถานะเป็นคำวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการ (les décisions juridictionnelles)

เหตุผลที่องค์กรวิชาชีพมีทั้งอำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการวางเกณฑ์ต่าง ๆ และอำนาจของฝ่ายตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยความคิด ก็เนื่องมาจากองค์กรวิชาชีพเหล่านี้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้เป็นผู้ดูแลควบคุมและดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพนั้น ๆ เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนมากที่สุด จึงต้องมีการมอบอำนาจของรัฐบางประการให้เพื่อที่จะสามารถจัดระเบียบในการประกอบอาชีพได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในประเทศไทยองค์กรวิชาชีพที่เกิดขึ้น เช่น เนติบัณฑิตยสภา วิศวกรรมสถานแห่งประเทศไทยในพระบรมราชูปถัมภ์ สถาบันวิชาชีพวิศวกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ สภานายควม สภาวิศวกร สภาสถาปนิกไทย สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย สมาคมนักข่าวแห่งประเทศไทย สมาคมนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย สมาคมภูมิสถาปนิกประเทศไทย สมาคมสถาปนิกสยามในพระบรมราชูปถัมภ์ สมาพันธ์นักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย สมาพันธ์สภาวิชาชีพแห่งประเทศไทย ฯลฯ

กล่าวโดยสรุป บริการสาธารณะ คือ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” อาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภทคือ บริการสาธารณะทางปกครองเป็นกิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ต้องจัดทำ มักเกี่ยวกับความปลอดภัยและความสงบสุขของประชาชน และบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ที่เน้นการผลิต การจำหน่ายและการให้บริการ ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้นมีหลักเกณฑ์สำคัญที่รัฐต้องปฏิบัติตาม ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความต่อเนื่อง และหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ ส่วนองค์กรผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้นกล่าวได้ว่ารัฐเป็นผู้จัดทำ “รายใหญ่” โดยแบ่งเป็น “บริการสาธารณะระดับชาติ” คือ บริการสาธารณะเกี่ยวกับความมั่นคงและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมที่รัฐจัดทำอย่างทั่วถึงตลอดทั้งประเทศ และ “บริการสาธารณะระดับท้องถิ่น” ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทสำคัญในการ

แบ่งเบาภาระจากรัฐโดยมีกฎหมายแบ่งแยกหน้าที่และประเภทของบริการสาธารณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทเป็นผู้จัดทำ หรือรัฐอาจมอบบริการสาธารณะระดับชาติบางประเภทให้ท้องถิ่นไปจัดทำก็ได้ นอกจากนี้ยังมีบริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน คือองค์กรเอกชนเข้ามามีส่วนในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่รัฐสามารถมอบอำนาจให้ไปจัดทำได้ในรูปแบบของการให้สัมปทานและการจัดตั้งในรูปองค์กรวิชาชีพ