

ทฤษฎีบริการสาธารณะในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส : ข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมาย¹

ทฤษฎีบริการสาธารณะในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นหลักกฎหมายมหาชนหลักหนึ่งที่ถูกรับรอง ปรับใช้อย่างมากมายในข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐ, ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง และข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคดีปกครอง หลักกฎหมายนี้เริ่มในยุคสมัยการศึกษากฎหมายมหาชนอย่างทั่วถึง² ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงต้นศตวรรษที่ 20³ โดยการริเริ่มของศาสตราจารย์ เล-อง ดูว์กีต์ (Léon DUGUIT) และพัฒนาต่อมาโดยสำนักวิชชของดูว์กีต์เอง ณ “สำนักบอร์โดซ์” (École de Bordeaux) หรือที่เรียกว่า “สำนักบริการสาธารณะ” (École du service public)⁴

ในช่วงเริ่มต้นการใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะอธิบายข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐ, เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง และเกี่ยวกับคดีปกครอง แสดงความหลากหลายของข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมาย ตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นกับข้อความคิด แนวทางการใช้และระบบกฎหมายของทฤษฎีนี้ในการปรับตัวเข้ากับความต้องการของการเมือง การปกครอง และเศรษฐกิจของสังคมฝรั่งเศส โดยผ่านการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองและการตีความของนักวิชาการ

¹ เนื้อหาส่วนใหญ่ของบทความนี้เรียบเรียงจากหนังสือ “Le service public” Dalloz, 2^e éd. 2002 ของ Pierre ESPLUGAS.

² การศึกษากฎหมายมหาชนแบบทั่วถึง คือการศึกษากฎหมายมหาชนโดยวิธีทางสังคมวิทยากฎหมาย(ความคิดทางสังคมวิทยาที่มีอิทธิพลในช่วงดังกล่าวได้แก่ ความคิดของ เอมีล เดอ เคิร์ม(Emile DURKHEIM) แมกซ์ เวเบอร์(Max WEBER) และเฮร์เบิร์ต สเปนเซอร์ (Herbert SPENCER))ที่คำนึงถึงปัจจัยทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง ในฐานะเหตุและผลของการเกิดขึ้นหรือการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายมหาชนในยุคหนึ่ง ๆ โดยใช้ “รัฐ” เป็นวัตถุในการศึกษา เพื่อให้ได้ “รัฐ” ที่เป็นภาพรวมทั้งหมด สังเคราะห์ทั้งหมด (แตกต่างจากการศึกษาผ่านทางศาสตร์หรือสาขาต่าง ๆ เพราะการแบ่งแยกศึกษาไม่สามารถมอง “รัฐ” ในภาพองค์รวมได้) การศึกษาในแง่นี้จึงให้เนื้อหาทางประวัติศาสตร์ (ความเป็นอยู่ของรัฐหรือบริบทของสังคมในแต่ละสมัย) ให้แนวความคิดในทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองในบริบทของสังคมนั้น ๆ และให้กฎเกณฑ์(กฎหมายมหาชน)ที่เกิดขึ้นจากแนวความคิดของสังคมนั้น ๆ (โปรดดูบทสัมภาษณ์ ศ. ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ใน PUB-LAW.NET 23 พฤษภาคม 2546 โดย รศ. นันทวัฒน์ บรมานันท์)ความสัมพันธ์ในลักษณะไตรภาคีระหว่าง รัฐ(ในฐานะบริบทของสังคมในช่วงขณะหนึ่ง) กับประชาชน(แนวความคิดหลักที่มีอิทธิพลเหนือสังคมขณะนั้น) และกฎหมาย(กฎเกณฑ์ที่เกิดจากการปรับใช้ ความคิดในสังคม ณ ช่วงเวลานั้น)ได้แสดงถึงนิวัติของกฎหมายมหาชนที่ใช้สังคมวิทยาการเมืองของรัฐเป็นข้อเท็จจริง และใช้กฎหมาย(การร่างกฎหมายและหลักกฎหมายที่ได้จากการพิจารณาคดี)ที่สอดคล้องกับแนวความคิดทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจที่ได้รับการยอมรับในสังคม วางแนวทางหรือแก้ไขปัญหาคือพิพาทที่เกิดขึ้น ดังที่ ศ. ดร. อมร จันทรสมนูญได้เน้นย้ำอยู่เสมอ ผลกระทบประการหนึ่งของการศึกษากฎหมายเช่นนี้ได้นำไปสู่หลักนิติรัฐ (Etat de droit) ที่มองหลักการดังกล่าวจากความเป็น “รัฐและการปกครอง”(การกระทำของรัฐ)ไปสู่การประกันสิทธิของผู้อยู่ภายใต้การปกครอง (การควบคุมอำนาจรัฐ)โดยเฉพาะในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันซึ่งแตกต่างจากหลักนิติรัฐ(the Rule of law)ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ที่มีแนวโน้มมองหลักการนี้โดยเริ่มที่การคุ้มครองประกันสิทธิของผู้อยู่ภายใต้ปกครองจากการใช้อำนาจที่มิชอบของรัฐโดยศาล

³ ซึ่งเป็นช่วงเวลาในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีปัญหาความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครอง ลักษณะของคดีปกครอง และลักษณะของกฎหมายปกครอง ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปการปกครองมอบอำนาจให้สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ตัดสินคดีปกครองในฐานะเช่นองค์กรตุลาการเมื่อปี ค.ศ. 1872 ศาลคดีขัดกัน(Tribunal de conflit)จึงตัดสินคดี Blanco ในปี 1873 ตามแนวคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐคดี Rotschild ในปี 1855 เพื่อใช้คำพิพากษาคดี Blanco เป็นหลักการเดียวในการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองและถือเป็นการยกเลิกหลักการเรื่องรัฐที่เป็นลูกหนี้(L'Etat débiteur)ที่สภาแห่งรัฐเคยใช้คู่กันมากับคดี Rotschild

⁴ อย่างไรก็ตามมีงานในทางวิชาการระยะหลังที่วิพากษ์วิจารณ์ความคิดของเล-อง ดูว์กีต์ (Léon DUGUIT) และพยายามชี้ให้เห็นว่า ดูว์กีต์ ไม่ใช่เจ้าของความคิดเรื่องบริการสาธารณะที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น ความคิดของนักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจาก ดูว์กีต์ (Ecole duguiste) ความคิดของนักกฎหมายที่ศึกษาและสำเร็จจากสำนักบอร์โดซ์ (Ecole de Bordeaux) และความคิดของนักกฎหมายที่เชื่อในทฤษฎีบริการสาธารณะ (Ecole du service public) ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน; โปรดดู “Ecole de Bordeaux, école du service public et école duguiste : proposition de distinction, โดย Fabrice MELLERAY, RDP. n°6,2001, p.1887.

บทความนี้จึงต้องการแสดงให้เห็นถึงบทบาท วิชาการและปัญหาที่เกิดขึ้น ในช่วงเริ่มต้นของทฤษฎีบริการสาธารณะ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการทำความเข้าใจการเปลี่ยนแปลงของทฤษฎีดังกล่าว ซึ่งก็เป็นเหตุผลอยู่ในตัวที่จะต้องกล่าวถึงทฤษฎีบริการสาธารณะในฐานะข้อความคิดทางกฎหมาย(Notion juridique)⁵เป็นหลัก และกล่าวถึงทฤษฎีบริการสาธารณะในฐานะที่เป็นการจัดองค์กรเพื่ออำนวยความสะดวกให้มีการจัดสรรบริการแก่ผู้ใช้บริการ (Organisation fourrissante des prestations aux usagers)⁶ เป็นส่วนประกอบ โดยไม่กล่าวถึงไปถึงทฤษฎีบริการสาธารณะในชั้นหลังที่มีการพัฒนาไปแล้วในกฎหมายฝรั่งเศส และในชั้นของกฎหมายประชาคมยุโรป

เนื้อหาของบทความแบ่งออกเป็นสองส่วน ส่วนแรก กล่าวถึงการเกิดขึ้นของข้อความคิด แนวทางการใช้และระบบกฎหมายของทฤษฎีบริการสาธารณะ ส่วนที่สองจะกล่าวถึง ปัญหาของข้อความคิด แนวทางการใช้และระบบกฎหมายของทฤษฎีบริการสาธารณะ

I. การเกิดขึ้นของข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมายของทฤษฎีบริการสาธารณะ

การเกิดขึ้นของข้อความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะส่งผลให้เกิดแนวทางการใช้ทฤษฎีดังกล่าว และทั้งข้อความคิดตลอดจนแนวทางการใช้ของทฤษฎีดังกล่าวนี้ ได้ส่งผลให้เกิดระบบกฎหมายของทฤษฎีบริการสาธารณะ

1. การเกิดขึ้นของข้อความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะ

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ทฤษฎีบริการสาธารณะ เกิดขึ้นจากนักกฎหมายสำนักบอร์โกโดซ์ ระยะแรกของขอบเขตของทฤษฎียังมีได้เป็นไปในทางเดียวกัน นักกฎหมายบางท่านใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะ อธิบายรัฐ และข้อจำกัดอำนาจของรัฐ บ้างก็ใช้ทฤษฎีนี้อธิบายข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หรือเขตอำนาจศาลของศาลปกครอง “ความหลากหลายของทฤษฎีบริการสาธารณะ” จึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ความหลากหลายนี้ได้ให้ “เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้พิจารณาความเป็นบริการสาธารณะ”

(1) ความหลากหลายของทฤษฎีบริการสาธารณะ

ความหลากหลายของทฤษฎีบริการสาธารณะเกิดจากความคิดในการอธิบายทฤษฎีบริการสาธารณะที่แตกต่างกันระหว่าง เล-อง ดูกิตต์ (Léon DUGUIT) กับ กาสตง แจซ (Gaston JEZE) กล่าวคือ ดูกิตต์อธิบายและใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะในฐานะข้อจำกัดอำนาจรัฐ โดยให้ความหมายทฤษฎีบริการสาธารณะว่าเป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่ใช้กำหนดกรอบการกระทำของรัฐในเชิงภาวะวิสัย(un moyen d'encadrer de manière objective l'action de l'Etat) ส่วนแจซ ซึ่งเป็นศิษย์ของดูกิตต์ มีความต้องการให้ทฤษฎีบริการสาธารณะ เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติและมุ่งที่จะใช้ทฤษฎีนี้อธิบายถึงความ เป็นมาของกฎหมายที่มีหรือใช้อยู่ โดยได้เสนอทฤษฎีบริการสาธารณะ ในเชิงอัตวิสัยที่อธิบายความเป็นจริงของทฤษฎีนี้ ได้ดียิ่งขึ้น

⁵ ประเด็นข้อถกเถียงส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องจำกัดข้อความข้อความคิดทางกฎหมายของบริการสาธารณะ และบทบาทของบริการสาธารณะในระบบกฎหมาย

⁶ ประเด็นข้อถกเถียงจะเกี่ยวข้องกับเรื่องของคุณภาพ ประสิทธิภาพ และราคาของบริการสาธารณะ

(1.1) ทฤษฎีบริการสาธารณะในเชิงภาวะวิสัย⁷

คูเกต์ได้เสนอทฤษฎีนี้เพื่อแย้งความเชื่อที่ว่าอำนาจรัฐเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับเจตน์จำนงของรัฐ โดยเห็นว่าในการปกครอง ผู้ปกครองไม่ได้ใช้อำนาจ แต่เป็นการจัดทำภาระหน้าที่ของตนที่มีต่อผู้ได้ปกครองให้สำเร็จ ผู้ปกครองจึงมีภาระหน้าที่ต่อผู้ได้ปกครอง การบังคับการตามภาระหน้าที่นี้เป็นทั้งผลและความเหมาะสมของการใช้อำนาจในเวลาเดียวกัน⁸ “...ถ้าผู้ปกครองใช้อำนาจ สิ่งนี้ก็เพื่อให้บรรลุภาระหน้าที่ในงานทางปกครอง เพื่อประโยชน์ของพลเมืองที่อยู่ใต้การปกครองทั้งหลาย ซึ่งก็คือในนามของประโยชน์สาธารณะ... ไม่ใช่ในนามของอำนาจรัฐ ที่เป็นของรัฐและกระทำเพื่อรัฐ”⁹ คูเกต์ให้คำจำกัดความคำว่า บริการสาธารณะว่า คือกิจกรรมทุกประเภทที่ผู้ปกครองจะต้องก่อให้เกิดขึ้นจริงโดยประจักษ์หรือรับรองตลอดจนจัดระบบระเบียบและควบคุม เนื่องจากการเกิดขึ้นของกิจกรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ขาดเสียไม่ได้ในการก่อให้เกิดและพัฒนาสังคมแห่งการพึ่งพาอาศัยกันในการเป็นจริง และที่สำคัญที่สุดกิจกรรมดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อมีการแทรกแซงเข้ามาจัดการของผู้ปกครอง¹⁰ ในทางกฎหมายคูเกต์อธิบายคำว่าบริการสาธารณะในบริบทเช่นเดียวกับคำว่า กฎหมาย“รัฐถูกจำกัดโดยอำนาจกฎหมายในเชิงภาวะวิสัยกล่าวคือ ถูกจำกัดโดยกฎหมายซึ่งอยู่ “นอก”และ “เหนือ” รัฐ กฎหมายนี้เป็นผลจากปัจจัยทางสังคมที่มีสภาพบังคับ ได้แก่ จิตสำนึกของสังคม(Conscience sociale) และการพึ่งพาอาศัยกันของสังคม(Solidarité sociale) บทบาทของรัฐจึงเป็นการทำงานโดยผ่านบริการสาธารณะ (หรือกฎหมาย) เพื่อสร้างสังคมที่พึ่งพาอาศัยกันให้เกิดขึ้นจริง ซึ่งก็คือสร้างเสถียรภาพของสังคม¹¹ บริการสาธารณะในแง่นี้จึงหมายถึงทั้งภาระหน้าที่ในทางสังคมของรัฐ และกฎหมายที่สอดคล้องกับสังคมในเวลาเดียวกัน ดังนั้น รัฐจึงไม่ใช่สิ่งที่คนเราต้องการทำหรือต้องการให้มันเป็นอย่างที่เราต้องการ ในเวลาที่(รัฐ)ใช้อำนาจสั่งการ หรือใช้อำนาจอธิปไตย (แต่)รัฐคือความร่วมมือกันดำเนินบริการสาธารณะที่ถูกจัดขึ้นและถูกควบคุมโดยผู้ปกครอง¹² ในแง่นี้ บริการสาธารณะจึงหมายถึงรัฐที่มีฐานะเป็นองค์กรหรือสถาบัน คำจำกัดความ ทฤษฎีบริการสาธารณะในเชิงภาวะวิสัยของคูเกต์ ทำให้บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับรัฐ เป็นทั้งพื้นฐานและข้อจำกัดอำนาจของผู้ปกครองในเวลาเดียวกัน¹³

นอกจากคูเกต์แล้วโมริซ ออริอู (Maurice HAURIU) นักกฎหมายคนสำคัญของสำนักกฎหมายตูลุส (Ecole de Toulouse) ก็มีแนวโน้มยอมรับลักษณะของบริการสาธารณะในเชิงภาวะวิสัย โดยเห็นว่า กิจกรรมที่จะเป็นบริการสาธารณะได้ จะต้องมิตลักษณะในทางภาวะวิสัยโดยตัวของมันเองที่สามารถเป็นข้อจำกัดอำนาจรัฐ(L'autolimitation objective de la puissance publique)¹⁴ ดังจะเห็นได้จากบันทึกท้ายคำพิพากษาสภาแห่งรัฐของออริอูที่กล่าวว่า ละระเวที (théâtre)ไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ¹⁵ หลักการเดียวกันนี้ได้อธิบายโดยศาลการผู้แถลงคดีมัดเต้ (Matter) ในคดีที่มี

⁷ ศาสตราจารย์ Charles EISENMANN วิเคราะห์ความคิดเกี่ยวกับบริการสาธารณะของคูเกต์ว่า เป็นการกล่าวถึงบริการสาธารณะในสองฐานะ คือ บริการสาธารณะในฐานะที่เป็นองค์กรหรือสถาบัน(Service public au sens organisme ou institution) และบริการสาธารณะในฐานะที่เป็นภาระหน้าที่ในทางสังคม(Service public au sens fonction sociale)

⁸ EISENMANN Charles, “Définition et structure du droit administratif; année 1951-1952” in Cours de droit administratif, Tome I, LGDJ, 1982, p.25.

⁹ เพิ่งอ้าง, EISENMANN, p.25.

¹⁰ DUGUIT Léon, “Traité de droit constitutionnel” 3^e éd., 1928, Tome II, p.61.

¹¹ อ้างแล้ว ESPLUGAS Pierre, Service public, p.12.

¹² อ้างแล้ว DUGUIT Léon, “Traité de droit constitutionnel”, p.59.

¹³ PISIER-KOUCHNER Evelynne, “Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon DUGUIT”, LGDJ, 1972, p.141.

¹⁴ Maurice HAURIU, “Précis de droit administratif” : préface à la 11^e éd., 1927.

¹⁵ CE, 7 เมษายน 1916, Astruc.

ชื่อเสียงของศาลคดีชี้ชัดกันว่า บริการสาธารณะจะต้องมีลักษณะหรือสาระสำคัญเช่นเดียวกับรัฐหรือฝ่ายปกครอง¹⁶ (เพื่อที่จะสามารถเป็นที่มาและข้อจำกัดอำนาจรัฐหรือฝ่ายปกครองได้)

ในทางปฏิบัติมีการใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะในเชิงภาวะวิสัยหลายกรณี เช่น ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ตัดสินวางหลักว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องผูกพันกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยหรือการใช้สิทธิเรียกร้องตามกิจกรรมที่กำหนดไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1946¹⁷ (ซึ่งนำมาใช้บังคับกับรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน) เพราะ กิจกรรมดังกล่าว(โดยตัวของมันเอง)ผูกพันรัฐในฐานะที่เป็นที่มาและข้อจำกัดของอำนาจรัฐ ด้วยเหตุนี้ กิจกรรมเกี่ยวกับการจัดเก็บขยะมูลฝอยของเทศบาล การป้องกันอัคคีภัย หรือการขนส่งเด็กนักเรียน ของการปกครองส่วนจังหวัดจึงเป็นบริการสาธารณะในความหมายนี้ด้วย

(1.2) ทฤษฎีบริการสาธารณะ ในเชิงอัตวิสัย

แจซ มีแนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะตามความเป็นจริงที่ปรากฏอยู่ในทางปฏิบัติ มากกว่าจะอธิบายทฤษฎีบริการสาธารณะในสิ่งที่ควรจะเป็นตามแนวอุดมคติ แจซเห็นข้อบกพร่องของอาจารย์ตัวเอง และพยายามให้คำนิยามในเชิงกฎหมายมากขึ้นเพื่อความชัดเจน เขายืนยันอย่างมีเหตุผลว่า บริการสาธารณะไม่ได้มีอยู่หรือเกิดขึ้นโดยตัวของมันเอง ดังเช่นทฤษฎีบริการสาธารณะของคูเกต์ แต่บริการสาธารณะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเจตจำนงของผู้ปกครองในความหมายอย่างกว้าง โดยเฉพาะผู้ร่างกฎหมาย แจซกล่าวว่า “บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้เฉพาะเมื่อมีความต้องการของส่วนรวมหรือมีผลประโยชน์สาธารณะที่จะต้องดำเนินการและผู้ปกครองของประเทศนั้นได้ตัดสินใจดำเนินการในขณะนั้น โดยวิธีการของ บริการสาธารณะ”¹⁸

องเดร์ เดอ โลบาแดร์ (André de Laubadère) เป็นนักกฎหมายสำนักบอร์โกโคชอีกคนหนึ่งให้เห็นด้วยกับมุมมองบริการสาธารณะในเชิงอัตวิสัย โดยให้คำจำกัดความบริการสาธารณะว่า “เป็นอำนาจมหาชนที่ตัดสินว่าในช่วงเวลาเช่นนั้น ความต้องการของสาธารณะเช่นนั้นจะต้องหรือสมควรเหมาะสมที่จะต้องดำเนินการโดยวิธีการเช่นนั้น และสิ่งนี้ได้ก่อให้เกิดการจัดทำบริการสาธารณะเช่นนั้นขึ้น”¹⁹

ข้อความคิดนี้ ได้ถูกนำมาอ้างและปรับใช้ในทางปฏิบัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการจะแก้ไขปรับปรุงคุณภาพหรือมาตรฐานกิจกรรมใดๆของบริการสาธารณะ ตัวอย่างเช่น การปรับปรุงแก้ไขหรือปฏิรูปการศึกษาขั้นสูงในฝรั่งเศสตาม loi n° 84-52, 26 มกราคม 1984, การปฏิรูปเรือนจำตาม loi n° 87-432, 22 มิถุนายน 1987, การติดต่อสื่อสารตาม loi n° 96-659, 26 กรกฎาคม 1996, การขนส่งทางรถไฟตาม loi n° 97-135, 13 กุมภาพันธ์ 1997, การไฟฟ้า ตาม loi n° 2000-108, 10 กุมภาพันธ์ 2000 เป็นต้น ทั้งนี้ฝ่ายนิติบัญญัติได้อ้างความชอบธรรมในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1946 เสมอเกี่ยวกับลักษณะของกิจกรรมบริการสาธารณะที่ต้องจัดทำ

ทฤษฎีบริการสาธารณะ ทั้งในแง่ภาวะวิสัยและอัตวิสัยได้ให้องค์ประกอบพื้นฐานที่แน่นอนบางประการในการพิจารณาลักษณะของบริการสาธารณะที่เกิดขึ้นในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสดังจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ (2)

¹⁶ T. Confli., 22 มกราคม 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain.

¹⁷ DC., 25 -26 มิถุนายน 1986, Privatisations.

¹⁸ JEZE Gaston, “Principe généraux du droit administratif” Tome II, p.16.

¹⁹ de LAUBADERE André, “Traité de droit administratif” Tome I, 8^e éd., LGDJ, p.616.

(2) เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้พิจารณาลักษณะของบริการสาธารณะ

นักกฎหมายสำนักบอร์โกโดซ์ได้ศึกษาวิเคราะห์ลักษณะในเชิงภาวะวิสัยและอัตวิสัยของข้อความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะที่เกิดขึ้น และยอมรับเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาทฤษฎีนี้ 3 เกณฑ์ด้วยกัน ได้แก่

(2.1) เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ “องค์กร” เป็นแนวทางในการพิจารณา: บุคคลตามกฎหมายมหาชน

เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ลักษณะขององค์กรเป็นมุมมองจะกำหนดหรือตัดสินความเป็นบริการสาธารณะว่า บริการสาธารณะคือสิ่งที่ถูกดำเนินการโดยองค์กรที่เป็นบุคคลตามกฎหมายมหาชน เกณฑ์นี้ได้รับการพัฒนาจากนักกฎหมายมหาชนในยุคเริ่มแรก เช่นความคิดของคูเกต์ที่ว่า “บริการสาธารณะต้องเป็นกิจกรรมที่อยู่ภายใต้การดำเนินงาน การกำหนดกฎเกณฑ์และการควบคุมตรวจสอบโดยผู้ปกครอง” หรือความคิดของหลุยส์ ไรลอล (Louis Rolland) ที่ว่า “บริการสาธารณะเป็นสถาบันที่อยู่ภายใต้แนวทางบริหารของผู้ปกครอง”

เห็นได้ชัดว่าในยุคสมัยหนึ่ง ความคิดหรือเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับบริการสาธารณะจะใช้ลักษณะองค์กรของฝ่ายปกครองเป็นหลักในการตัดสิน (เช่น บริการสาธารณะเกี่ยวกับการสอนจะสอดคล้องกับการบริหารการศึกษาของชาติหรือขององค์กรฝ่ายปกครอง) และยังส่งผลให้เกิดการแบ่งประเภทของวิธีการจัดทำบริการสาธารณะในทางกฎหมายปกครองดังนี้

ก. วิธีการจัดทำโดยรัฐเข้าจัดการเองโดยตรง (La régie) ถือว่าเป็นวิธีการทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ องค์กรของรัฐจะเข้าจัดทำกิจกรรมของบริการสาธารณะหนึ่งๆ โดยตรงด้วยบุคลากร อุปกรณ์ และการเงินเฉพาะของตัวเอง ในปัจจุบันนี้แม้ว่าจะมีการจัดองค์กรฝ่ายปกครองอย่างหลากหลายซับซ้อนต่างไปจากเดิม วิธีการนี้ก็ยังคงใช้อยู่กับงานส่วนใหญ่ของฝ่ายปกครองทั้งส่วนกลางและส่วนท้องถิ่น

ข. วิธีการจัดทำบริการสาธารณะโดยตั้งองค์การมหาชนอิสระ (L'Etablissement public) ซึ่งเป็นองค์กรกระจายอำนาจในทางบริการเป็นผู้จัดการโดยตรง ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 ฝ่ายปกครองได้สร้างนิติบุคคลมหาชนพิเศษที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดการและให้ประโยชน์ทางการศึกษาหรือสุขภาพขึ้นมา ภายใต้การควบคุมดูแลของรัฐ(ฝ่ายปกครองที่สร้างองค์กรกระจายอำนาจนี้)

ค. วิธีการจัดทำบริการสาธารณะโดยให้สัมปทาน คือ วิธีการที่บุคคลในทางกฎหมายมหาชน(รัฐหรือฝ่ายปกครองส่วนท้องถิ่น)ทำสัญญาให้เอกชนมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้นแทนฝ่ายปกครอง ภายในช่วงระยะเวลาหนึ่งที่กำหนดไว้ อาจมีข้อสังเกตว่าองค์ประกอบของเกณฑ์เกี่ยวกับองค์กรในเรื่องนี้ถูกละเมิดอยู่บ้าง แต่หากมองให้ถี่ถ้วนแล้วจะเห็นว่ามิได้มีการละเมิดเกณฑ์ดังกล่าวแต่อย่างใด โดยมีข้อสนับสนุนสองประการคือ ประการแรก องค์กรฝ่ายปกครองยังคงเป็นผู้มีอำนาจกำหนดแนวทางและควบคุมกิจกรรมที่ดำเนินการในงานสัมปทาน (โดยกำหนดบทบัญญัติและเงื่อนไขในการบังคับตามสัญญาไว้ในเอกสารท้ายสัญญาสัมปทาน(Cahiers des charges)) ประการที่สอง เทคนิคในการให้สัมปทานจะถูกใช้ในขอบเขตที่จำกัดหากเป็นบริการสาธารณะประเภทอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เช่น การจำหน่ายก๊าซ ไฟฟ้า น้ำ หรือการขนส่งทางรถไฟ

(2.2) เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ “วัตถุประสงค์” ของภารกิจในการพิจารณา: ประโยชน์สาธารณะ

เกณฑ์พื้นฐานนี้เกี่ยวข้องกับเป้าหมายสุดท้ายที่บริการสาธารณะจะต้องมุ่งไปสู่ ซึ่งก็คือ ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม (L'intérêt général) นักกฎหมายสำนักบอร์โกโคซตั้งข้อสังเกตว่า การใช้ประโยชน์สาธารณะเป็นมุมมองในการพิจารณาว่ากิจการใดๆ เป็นบริการสาธารณะหรือไม่นั้น จะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าประโยชน์สาธารณะเป็นข้อความคิดที่เปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย ดังนั้น จึงควรหาลักษณะที่แน่นอนของประโยชน์สาธารณะในการพิจารณา และจากแนวทางที่ผ่านมาในอดีตจะเห็นได้ว่าประโยชน์สาธารณะมีลักษณะบางประการที่แน่นอน ดังนี้

ก. ประโยชน์สาธารณะในยุคเริ่มแรกมีลักษณะเป็นข้อความคิดที่จำกัดเฉพาะเรื่อง กล่าวคือ เฉพาะกิจกรรมที่มีความจำเป็นในการจัดการหรือทะนุบำรุงให้สังคมดำเนินไปด้วยความสงบสุขเท่านั้น ที่จะถือว่าเป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นบริการสาธารณะ ดังนั้น บริการสาธารณะจึงเป็นเรื่องที่ผูกติดกับกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตย เช่น การจัดการเรียนการสอนของประเทศ การให้ความช่วยเหลือในทางสังคมและการสาธารณสุข เราอาจพูดได้ว่าบริการสาธารณะ ต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับรัฐ และการใช้อำนาจรัฐเพื่อส่วนรวม (ประโยชน์สาธารณะ)

ข. ประโยชน์สาธารณะไม่ครอบคลุมถึงกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งโดยทั่วไปจะเกี่ยวข้องกับการจัดทำหรือบริการภาคเอกชนที่มุ่งแสวงหากำไร โดยอ้างเหตุผลจากการตีความตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เช่น สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธคดีเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะในทางเศรษฐกิจของเทศบาลที่เกิดขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ว่าไม่ถือเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ และไม่ใช้การกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากการกระทำความดังกล่าวก่อให้เกิดการผูกขาดและขัดต่อเสรีภาพของปัจเจกชนในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม²⁰

อย่างไรก็ตาม ต่อมาสภาแห่งรัฐได้ให้เหตุผลใหม่ว่า การจัดทำบริการของท้องถิ่นในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีลักษณะของบริการสาธารณะ(เพราะถือว่าเป็นการจัดทำประโยชน์สาธารณะ)เมื่อกรณีเป็นการตอบสนองความยากหรือความเป็นไปไม่ได้ที่เอกชนจะจัดทำบริการดังกล่าวทั้งในด้านปริมาณและคุณภาพ และไม่มีวิธีอื่นใดอีกที่จะตอบสนองความต้องการนี้ของประชาชน²¹

²⁰ CE, 29 มีนาคม 1901, Casanova, GAJA 13^e éd., n°8 ,p.51-56.

²¹ CE, 30 พฤษภาคม 1930, Chambre syndicale des commerces en détail de Nevers, GAJA 13^e éd., n°46, p.282-291.; ต่อมาหลักการนี้ได้พัฒนาและยอมรับให้รัฐจัดทำบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมมากขึ้น โดยไม่จำต้องอ้างหลักความยากหรือเป็นไปไม่ได้ที่เอกชนจะจัดทำบริการดังกล่าวทั้งด้านปริมาณและคุณภาพ แต่อ้างหลักเรื่องการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐโดยตรง เนื่องจากเป็นเรื่องของประโยชน์สาธารณะในสองแนวทางคือ (1.)เป็นอำนาจขององค์กรทางปกครองโดยตรงที่จะต้องดำเนินการเช่นนั้นตามภาระหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย เช่น การเปิดบริการให้คำปรึกษาทางกฎหมายโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย หรือการจัดสรรที่อยู่หรือการเคหะเพื่อให้เกิดความเพียงพอต่อความต้องการของประชาชนทั่วไป (2.)มีวัตถุประสงค์บางประการของการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทที่องค์กรทางปกครองสามารถจัดทำได้เองโดยไม่ถือว่าขัดต่อหลักเสรีภาพทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เช่น การผลิตวัสดุสิ่งของ เครื่องใช้ เพื่อตอบสนองความต้องการขององค์กรเอง โดยไม่ผ่านกลไกตลาด หรือเป็นกรณีที่องค์กรทางปกครองทำหน้าที่องค์กรทางปกครองอื่นในฐานะผู้ดำเนินการตามสัญญาระเบียบพัสดุหรือสัญญาที่มอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะเช่นเดียวกับบริษัทเอกชน และแข่งขันกับบริษัทเอกชน(โปรดดู GAJA n° 46 หัวข้อที่ 7 -9 หน้า 287-289) ในที่สุดการห้ามบุคคลตามกฎหมายมหาชนจัดทำหรือให้ความช่วยเหลือกิจกรรมทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะวางอยู่บนหลักการคุ้มครองความไม่เสมอภาคในการแข่งขันทางการค้าและความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายแก่บริษัทเอกชน เพราะ ความได้เปรียบของอำนาจรัฐที่ไม่ดำเนินการแข่งขันอย่างตรงไปตรงมา ในทางตรงกันข้ามบุคคลตามกฎหมายมหาชนสามารถจัดทำหรือให้ความช่วยเหลือกิจกรรมทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้หากอยู่ภายใต้ (1.)หลักความเสมอภาคของเงื่อนไขในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ เช่น อยู่ภายใต้ราคา หรืออัตราค่าบริการที่เท่าเทียมกับบริษัทเอกชนในการจัดทำบริการ (2.) หลักการได้รับหรือให้ความช่วยเหลือที่อยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคในการแข่งขันทางการค้า (การจัดทำหรือให้ความช่วยเหลือบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมของบุคคลตามกฎหมายมหาชนจึงเป็น

ก. ประโยชน์สาธารณะไม่ได้มีลักษณะเหมือนเป็นผลรวมของประโยชน์ของปัจเจกชนหรือกลุ่มผลประโยชน์ในสังคม แต่ประโยชน์สาธารณะ “อยู่เหนือผลประโยชน์ดังกล่าว” และแสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นตัวตัดสิน โดยคำนึงและประสานประโยชน์ของปัจเจกชนหรือกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ในสังคมเข้าด้วยกัน²² ทั้งนี้ ประโยชน์สาธารณะได้แสดงนัย 2 ประการ คือ นัยทางปริมาณ คือการถือเอาประโยชน์ของคนส่วนมาก และนัยทางคุณภาพ คือการถือเอาคุณค่าที่แสดงให้เห็นหรือสนองตอบต่อความต้องการในสังคมมากที่สุด²³

(2.3) เกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ “เนื้อหากฎหมาย” ในการพิจารณา : ระบบกฎหมายพิเศษที่แยกออกจากระบบกฎหมายแพ่ง

เกณฑ์ในทางเนื้อหากฎหมายนี้ เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริการสาธารณะ (Les règles de droits applicables au service public) เนื่องจากนักทฤษฎีในยุคแรกๆ เกรงว่าแม้จะใช้เกณฑ์ในเรื่องประโยชน์สาธารณะตัดสินความเป็นบริการสาธารณะแล้วก็ตาม แต่บริการดังกล่าวก็อาจตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายแพ่งได้ ดังนั้น จึงสมควรกำหนดให้บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษแยกออกไปต่างหากจากกฎหมายแพ่ง(กฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่) (dérogatoire au droit privé ou exorbitant du droit commun) ซึ่งก็คือ อยู่ภายใต้กฎหมายปกครอง แจซได้อ้างคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีอาวิด (David) ในคดี Blanco (8 กุมภาพันธ์ 1873) ที่ว่าบริการสาธารณะเป็นสิ่งที่เรียกร้องให้มีระบบกฎหมายพิเศษเมื่อมีการจัดการของภาครัฐ (gestion publique) ดังนั้น บริการสาธารณะจึงเป็นวิธีการจัดทำหรือการดำเนินการที่มีเนื้อหาทางกฎหมายเป็นพิเศษในตัวเพื่อให้การจัดทำบริการบรรลุเป้าหมายหรือตอบสนองความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะได้ เช่น ผู้จัดทำบริการสาธารณะมีสถานะพิเศษคือเป็นข้าราชการตามระบบกฎหมายข้าราชการของรัฐ ที่ดินที่ใช้มีสภาพเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน อยู่ภายใต้หลักกฎหมายปกครองในการคุ้มครองมิให้มีการซื้อขาย โอน ไม่อยู่ในบังคับของการบังคับคดีหรืออาชญากรรม และมีวิธีการใช้โดยเฉพาะ การกระทำของผู้จัดทำบริการสาธารณะมีลักษณะพิเศษที่อาจจะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวหรืออาจอยู่ในรูปของสัญญาทางปกครอง และการจัดทำบริการสาธารณะอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษที่แตกต่างไปจากความรับผิดชอบในทางแพ่ง นอกจากนี้ บริการสาธารณะยังอยู่ภายใต้หลักการพิเศษบางประการซึ่งให้ความสำคัญมาและพัฒนาระบบกฎหมาย บริการสาธารณะได้ดี ได้แก่ หลักความต่อเนื่อง หลักความเสมอภาค และหลักการปรับตัวของบริการสาธารณะ

กล่าวโดยทั่วไป เนื้อหาและระบบกฎหมายพิเศษของบริการสาธารณะในช่วงแรกได้แสดงให้เห็นความมีอยู่ของ “เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน”(prérogatives de puissance publique) เสมอ เราอาจนิยาม เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชนนี้ว่าเป็นอำนาจที่บุคคลแต่ละคนไม่สามารถมีอยู่ตามธรรมชาติ สำหรับโอริอุ บริการสาธารณะจะถูกพูดถึงได้ก็

หลักการที่ทำได้ (มิได้เป็นข้อยกเว้นอีกต่อไป) แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขความเสมอภาคในการแข่งขันทางการค้า (อย่างไรก็ตาม ในชั้นของกฎหมายประชาคมยุโรป หลักการนี้มีข้อยกเว้นให้ผู้เข้าจัดทำบริการที่มีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจส่วนรวม(service d'intérêt économique général) ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือเอกชน เช่น บริการไปรษณีย์ ได้รับสิทธิพิเศษไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคในการแข่งขันทางการค้า โปรดดูคำพิพากษา CJCE 19 พฤษภาคม 1993, Corbeau) ปัจจุบันนี้ หลักการดังกล่าวได้กลายเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายมหาชนเศรษฐกิจ (โปรดดู GAJA n° 46 หัวข้อที่ 10-11 หน้า 289-291)

²² M-P Deswarte, “L'intérêt général, bien commun” RDP. 1988, p.1289.

²³ ความเห็นของ George VEDEL อ้างใน Dictionnaire de droit administratif ของ Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin และ Véronique Inseguet-Brisset, 3^e éd. Armand Colin, 2002, p.173.

ต่อเมื่อเอกสิทธิ์บางประการของอำนาจรัฐหรือฝ่ายปกครองได้เกิดขึ้นหรือถูกใช้(โดยผู้จัดทำ)เกี่ยวกับบริการที่รับใช้ประโยชน์สาธารณะ²⁴

ในทางปฏิบัติหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาส่วนหนึ่งของสภาแห่งรัฐ(jurisprudence)ได้ใช้เกณฑ์เอกสิทธิ์ของอำนาจรัฐหรือฝ่ายปกครองเป็นตัวกำหนดหรือพิจารณาว่ากิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่งมีลักษณะของบริการสาธารณะหรือไม่²⁵ กฎหมายปกครองตามหลักเกณฑ์นี้จึงเกิดขึ้นในระบบของกฎหมายที่มีอยู่ (l'ordonnancement juridique)

2. การเกิดขึ้นของแนวทางการใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะ

นักกฎหมายสำนักบอร์โกโดซ์พยายามใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายพื้นฐานในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ(jurisprudence) เพื่อที่จะทำให้ทฤษฎีดังกล่าวเป็นเนื้อหาและแนวทางการใช้หลักในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เนื้อหาและแนวทางการใช้นี้ แสดงออกใน 2 แนวทาง คือ แนวทางแรก บริการสาธารณะถูกมองว่าเป็นเกณฑ์ทั่วไปหนึ่งเดียวที่ใช้อธิบายกฎหมายปกครองที่มีอยู่ได้ทั้งหมดโดยตรง(critère général du droit administratif) แนวทางที่สอง บริการสาธารณะเป็นข้อความคิดหลักที่ใช้เป็นฐานสร้างความสมบูรณ์ให้กับข้อความคิดอื่นๆ²⁶ ดังนั้น บริการสาธารณะจึงเป็นเกณฑ์พิเศษ²⁷ ที่นำมาใช้กับข้อความคิดอื่นๆของกฎหมายปกครอง(critère particulier à certaines notions du droit administratif) เพื่อให้ความสมบูรณ์หรือให้ความชอบธรรมแก่การปรับใช้ข้อความคิดอื่นๆนั้น

(1) บริการสาธารณะในฐานะเกณฑ์ทั่วไปหนึ่งเดียวที่ใช้โดยตรงกับกฎหมายปกครอง

ในช่วงระยะเริ่มต้นของการสร้างระบบกฎหมายปกครอง ปัญหาสำคัญที่นักกฎหมายหรือนักทฤษฎีทุกคนมุ่งค้นหาคือ จะใช้สิ่งใดเป็นตัวกำหนดเพื่อแบ่งแยกลักษณะกฎหมายปกครองออกจากกฎหมายทั่วไป (แพ่งและอาญา) ซึ่งจะมีผลแยกเขตอำนาจของศาลปกครองออกจากเขตอำนาจของศาลยุติธรรมด้วย²⁸

²⁴ ODET Raymond “Cours de Contentieux administrative”, in Les cours du droit 1977-1981.

²⁵ CE, Sect., 28 มิถุนายน 1963, Nancy.

²⁶ โมริซ โอริอู เห็นด้วยกับการใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะในแนวทางนี้, อ้างใน ESPLUGAS Pierre, Service public, p.19.

²⁷ ในทางทฤษฎีอาจกล่าวได้ว่าบริการสาธารณะก็คือเกณฑ์พื้นฐานทั่วไปของข้อความคิดอื่นๆในกฎหมายปกครองเช่นกัน แต่เนื่องจากบริการสาธารณะในแนวทางที่สองนี้ไม่ใช่เกณฑ์ทั่วไปหนึ่งเดียวที่ใช้โดยตรงกับกฎหมายปกครองเหมือนในแนวทางแรก และในบางกรณีก็ไม่สามารถใช้กำหนดเนื้อหาและแนวทางการใช้ของข้อความคิดอื่นๆในกฎหมายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยลำพัง จนทำให้สภาแห่งรัฐต้องนำเกณฑ์เรื่องอำนาจเหนือของฝ่ายปกครอง(เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน)มาใช้พิจารณาข้อความคิดอื่นๆในกฎหมายปกครองควบคู่กับเกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะอยู่เสมอ ผู้เขียนจึงขอเรียกบริการสาธารณะในแนวทางที่สองนี้ว่า “เกณฑ์พิเศษที่ใช้เป็น ที่มา หรือ กรอบ ให้กับข้อความคิดอื่นๆในกฎหมายปกครอง”

²⁸ เพราะแม้ว่า loi portant sur réorganisation de Conseil d'Etat ปี 1872 จะกำหนดให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจตัดสินคดีปกครองดังเช่นองค์กรตุลาการ แต่ก็ได้กำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองหรือคดีปกครองไว้อย่างชัดเจน อีกทั้ง แม้สภาแห่งรัฐจะมีประสบการณ์ตัดสินคดีปกครองมากกว่า 80 ปี ก่อนการปฏิรูปก็ตาม แนวคำพิพากษาก็ยังใช้เกณฑ์หลากหลายแตกต่างกันในการตัดสินว่าคดีใดเป็นคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (ตัวอย่างเช่น เกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะในคดี Rotchild เกณฑ์เรื่องรัฐที่เป็นลูกหนี้ (l'Etat du débiteur) หรือเกณฑ์เรื่องอำนาจเหนือของฝ่ายปกครอง(เอกสิทธิ์อำนาจมหาชน) ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของนักวิชาการ (doctrine) ที่จะวิพากษ์วิจารณ์และสร้างเกณฑ์ที่จะนำมาใช้

ในที่สุด โดยการอ้างหลักการแบ่งแยกอำนาจทางปกครองออกจากอำนาจศาลยุติธรรมที่มีผลใช้บังคับ ตั้งแต่สมัยปฏิวัติฝรั่งเศส(loi des 16-24 สิงหาคม 1790 et 16 fructidor an III) ผู้พิพากษาศาลคดีชั้นต้นได้ใช้การกระทำของฝ่ายปกครอง (ในความหมายนี้เป็นความหมายอย่างกว้างที่อาจเป็นทั้งการกระทำทางกฎหมายหรือการกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครอง) ผ่านคำว่า “บริการสาธารณะ” เป็นตัวกำหนดลักษณะของกฎหมายปกครองและเขตอำนาจของศาลปกครอง

คำพิพากษาของศาลคดีชั้นต้น 8 กุมภาพันธ์ 1873 เป็นคำพิพากษาแรกที่แสดงหลักการดังกล่าว ในกรณีฟ้องฝ่ายปกครองให้รับผิดชอบ(action en responsabilité) เกี่ยวกับความเสียหายอันเนื่องมาจากรถ²⁹ ของโรงงานยาสูบแห่งเมืองบอร์กโดซ์ชนเด็กหญิง อันเนส บลองโก (Agnès BLANCO) ได้รับบาดเจ็บ ศาลคดีชั้นต้นพิจารณาว่า “ความรับผิดชอบซึ่งจะเรียกร้องจากรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชน โดยการกระทำของบุคลากรผู้จัดทำบริการสาธารณะ ไม่สามารถดำเนินการโดยอำนาจกฎหมายที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในประมวลกฎหมายแพ่งได้” โดยนัยนี้ ศาลคดีชั้นต้นได้อ้างคำว่า “บริการสาธารณะ” ซึ่งเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นตัวกำหนดหรือบ่งชี้ถึงลักษณะของกฎหมายปกครอง(กฎหมายที่แยกเป็นเอกเทศออกจากกฎหมายแพ่ง l'autonomie du droit administratif) และเขตอำนาจของศาลปกครอง(ตามหลักเขตอำนาจที่ขึ้นอยู่กับเนื้อหาคดีที่แยกออกจากคดีแพ่งและคดีอาญา liaison de la compétence et du fond)

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการอ้างคำว่า “บริการสาธารณะ” ที่เกิดขึ้น ก่อนข้างเป็นเพียงถ้อยคำธรรมดา มากกว่าถ้อยคำที่ทำให้หลักการทั่วไปทางกฎหมาย เนื่องจากจุดมุ่งหมายหลักของคดีต้องการเพียงใช้ความคิดเรื่องบริการสาธารณะเข้ามาแทนที่ความคิดเรื่อง “รัฐที่เป็นลูกหนี้” (l'Etat débiteur) ซึ่งเดิมใช้เป็นเนื้อหาและขอบเขตของคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เมื่อข้อพิพาทนั้นรัฐมีความรับผิดชอบในฐานะเป็นลูกหนี้ตามนิติสัมพันธ์ทางแพ่ง ซึ่งเป็นข้อยกเว้นกรณีไม่อาจฟ้องรัฐเป็นคดีใดๆ ได้ เนื่องจากรัฐมีอำนาจอธิปไตย³⁰

คำว่า “บริการสาธารณะ” ที่ได้จากคำพิพากษาศาลคดีชั้นต้น Blanco ในเบื้องต้นจึงเป็น “คำอ้าง” เพื่อใช้แยกลักษณะของกฎหมายปกครองและเขตอำนาจของศาลปกครองในการรองรับกรอบทางกฎหมายความรับผิดชอบของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่กลายมาเป็นหลักในการปกครองของรัฐสมัยใหม่ฝรั่งเศส³¹ และน่าจะถูกนำมาใช้พัฒนาเนื้อหาจนเป็นกฎเกณฑ์

²⁹ ในปัจจุบันความรับผิดชอบที่เกิดจากยานพาหนะ (ซึ่งรวมถึงยานพาหนะของฝ่ายปกครองทั้งทางบก ทางน้ำ(พาณิชยนาวี) ทางอากาศ) เป็นไปตาม loi 31 ธันวาคม 1957 กำหนดให้ศาลยุติธรรมศาลเดียวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี โดยใช้หลักความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่ง

³⁰ แท้ที่จริงการใช้คำว่า “บริการสาธารณะ” ในคดี Blanco มีวัตถุประสงค์หลักที่เห็นได้ชัดว่าเป็นเพียงการยกเลิกหลักเรื่อง “รัฐไม่มีความรับผิดชอบ” (L'irresponsabilité de l'Etat) และข้อยกเว้นที่ทำให้รัฐมีความรับผิดชอบได้ “หลักเรื่องรัฐที่เป็นลูกหนี้” (l'Etat débiteur) เท่านั้น (หรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ประชญาการเมืองในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐได้เปลี่ยนไป ทำให้ศาลคดีชั้นต้นต้องสร้างกรอบของกฎเกณฑ์ใหม่ขึ้นมารองรับหลักการดังกล่าว) เพราะคำว่า “บริการสาธารณะ” ที่ถูกนำมาใช้ในขณะนั้นยังไม่มี ความหมายใดๆ ในทางกฎหมาย เป็นเพียงคำอ้างเพื่อนำมาใช้แบ่งแยกลักษณะของกฎหมายปกครองและเขตอำนาจของศาลปกครองไปพลางก่อน ศาสตราจารย์ Charles EISENMANN และศาสตราจารย์ René CHAPUS เห็นว่า เปรียบเสมือนนวนิยายหรือเรื่องสมมติ (c'est la thèse du “roman”) ส่วนศาสตราจารย์ Marcel WALINE เห็นว่า คำวินิจฉัยคดี Blanco มีที่มาจากการศึกษาความอัมพาตการแบ่งแยกเขตอำนาจที่ห้ามไม่ให้ศาลยุติธรรมขัดขวางการทำงานของฝ่ายปกครองหรือรับฟ้องคดีปกครอง คดีนี้จึงไม่ได้สร้างหลักเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง (responsabilité administrative) หรือสร้างความคิดเรื่องทฤษฎีบริการสาธารณะ (doctrine du service public) แต่คดีนี้เป็นเพียงคดีที่อ้างคำว่า “บริการสาธารณะ” ในฐานะงานของราชการที่ก่อให้เกิดความเสียหาย และใช้เพื่อลบล้างทฤษฎีความไม่รับผิดชอบของรัฐเท่านั้น (อ้างใน “responsabilité administrative” ของ Jacques MOREAU, Que sais-je ?, 1996, p.11) ข้อวิจารณ์นี้น่าจะถือว่าเป็นที่ยอมรับกัน โดยส่วนใหญ่ในหมู่นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส

³¹ ด้วยเหตุนี้ในคำพิพากษาศาลคดี Blanco จึงกล่าวถึงลักษณะของความรับผิดชอบที่จะผูกพันรัฐหรือฝ่ายปกครองว่า “ความรับผิดชอบนี้ไม่มีลักษณะทั่วไป (générale) ไม่มีลักษณะสมบูรณ์เด็ดขาด (absolue) เหมือนในทางแพ่ง แต่เป็นกฎเกณฑ์พิเศษที่ขึ้นอยู่กับลักษณะของบริการสาธารณะแต่ละประเภท และความจำเป็นในการประสานผลประโยชน์ระหว่างรัฐกับเอกชน (ผลประโยชน์ส่วนรวมและผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงลักษณะความรับผิดชอบของรัฐในระยะแรกที่ยังไม่มีหลักเกณฑ์ทางเนื้อหาแน่นอน และเป็นเหตุผลในตัว

หลักของกฎหมายปกครอง(โดยเฉพาะหลักความรับผิดชอบของรัฐและฝ่ายปกครอง (responsabilité administrative)) เมื่อ 30 ปีให้หลังจากคดีดังกล่าว จะเห็นได้จากการนำข้อความคิดของบริการสาธารณะมาใช้อ้างเขตอำนาจของศาลปกครองในเรื่องของความรับผิดชอบทางสัญญาของเทศบาล (responsabilité contractuelle des communes)³² ของการปกครองส่วนจังหวัด (responsabilité contractuelle des départements)³³ และในเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองนอกเหนือจากกรณีสัญญา (responsabilité extra-contractuelle)³⁴

หลักกฎหมายใหม่นี้สรุปได้จากคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีโฮมีเออ (Romieu) ในคดี Terrier ได้ว่า “การจัดทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการจัดองค์กรและการดำเนินการในบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นระดับชาติหรือท้องถิ่นไม่ว่าจะเป็นการจัดทำโดยวิธีการทางสัญญาหรือโดยการใช้อำนาจฝ่ายเดียว สิ่งเหล่านี้เป็นการดำเนินการที่มีลักษณะทางปกครอง... กล่าวอีกนัยหนึ่งเมื่อใดที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับกิจกรรมบริการสาธารณะ ผู้พิพากษาศาลปกครองจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคดี”

เราจะได้สรุปและแสดงองค์ประกอบพื้นฐานของหลักกฎหมายที่ได้จากคำแถลงการณ์นี้ว่า กฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง คือที่รวมของกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ เมื่อพิจารณาถึงประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้น (litige) จากบริการสาธารณะและหลักการที่ว่า การพิจารณาเขตอำนาจศาลย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาของคดี (la compétence suit le fond) จึงเป็นเหตุผลอยู่ในตัวที่คดีดังกล่าวจะขึ้นอยู่กับศาลปกครอง ดังนั้น “บริการสาธารณะจึงเป็น (เนื้อหาและแนวทางการใช้ที่เป็น) องค์ประกอบพื้นฐานของกฎหมายปกครอง” (le service public est la pierre angulaire du droit administratif) เป็นเกณฑ์ทั่วไปหนึ่งเดียวของกฎหมายปกครองที่ให้รายละเอียด 2 ด้าน คือ ด้านแรก ให้คำอธิบาย “เนื้อหา” โดยรวมของกฎหมายปกครอง เนื่องจากการบริหารราชการหรือการปกครอง(l'administration)โดยใช้กฎหมายปกครอง ก็คือการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป (กฎหมายทั่วไปในที่นี้หมายถึงกฎหมายแพ่ง) ด้านที่สอง ให้คำอธิบาย “แนวทางการใช้” กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจความคิดบริการสาธารณะแบ่งแยกคดีและเขตอำนาจของศาลปกครองกับศาลยุติธรรมอย่างมีเหตุผล

สำหรับคู่กรณีการที่ผู้พิพากษาศาลปกครองใช้หลักเรื่องบริการสาธารณะ ถือเป็นการสนับสนุนความคิดของตนเองที่ไม่ต้องการจะใช้หลักเรื่องอำนาจรัฐ (puissance publique) อธิบายลักษณะของกฎหมายปกครอง อีกทั้งยังช่วยวางเนื้อหาทางกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรมให้ทฤษฎีบริการสาธารณะมีผลบังคับจริงในสังคม

ของมันเองที่จำเป็นต้องมี “กรอบ” จำกัดเบื้องต้นว่า รัฐอาจมีความรับผิดชอบในบางกรณีเท่านั้น ไม่ใช่ทุกกรณี (générale) และแม้เรื่องที่จะต้องรับผิดชอบก็อาจไม่ต้องรับผิดชอบอย่างสมบูรณ์เด็ดขาด(absolue) เสมอไป แต่ต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆประกอบด้วย เช่น ลักษณะความยากลำบากหรือง่ายในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น เพื่อกำหนดระดับความร้ายแรงของการกระทำว่าแค่ไหน เพียงไร จึงสมควรรับผิดชอบ ตลอดจนประโยชน์หรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับรัฐหรือเอกชน หากมีการกำหนดหรือไม่กำหนดให้รัฐมีความรับผิดชอบ ด้วยเหตุนี้ในทางทฤษฎีนักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส มักกล่าวว่า หลักกฎหมายความรับผิดชอบของรัฐหรือฝ่ายปกครองมีลักษณะโดยสภาพ 2 ประการ ประการแรก เป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา(jurisprudence)เป็นหลัก โดยมีพระราชบัญญัติต่างๆ กำหนดเสริม ประการที่สอง มีข้อถกเถียงว่าหลักความรับผิดชอบนี้มีลักษณะเป็นกรอบหรือนโยบายทางกฎหมาย(มากกว่าหลักกฎหมาย)ที่ได้จากคำพิพากษา (politique jurisprudentielle) หรือเป็นหลักกฎหมายในเชิงนโยบายที่ได้จากคำพิพากษา (jurisprudence politique)

³² CE, 4 มีนาคม 1910, Thérond.

³³ CE, 6 กุมภาพันธ์ 1903, Terrier.

³⁴ T. Confl., 29 กุมภาพันธ์ 1908, Feutry.

(2) บริการสาธารณะในฐานะเกณฑ์พิเศษที่ใช้กับข้อความคิดอื่นๆในกฎหมายปกครอง

ในขณะที่ทฤษฎีบริการสาธารณะได้รับการพัฒนาจนเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลาย ข้อความคิดอื่นในทางกฎหมายปกครองกลับอยู่ในช่วงระยะเริ่มต้นของการก่อตัวขึ้น ดังนั้น ด้วยอิทธิพลและความคิดของนักกฎหมายสำนักบอร์โกโคซ์ที่ครอบงำอยู่ในขณะนั้น บริการสาธารณะจึงถูกนำมาใช้ในฐานะ “ที่มา” และ “กรอบ” ของข้อความคิดอื่นๆเป็นเกณฑ์พิเศษที่ใช้อธิบายหรือให้กำหนดเนื้อหาและแนวทางการใช้ข้อความคิดทุกประเภทในกฎหมายปกครอง เพื่อให้ข้อความคิดนั้นสมบูรณ์ชัดเจน

วิวัฒนาการนี้เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วและพัฒนาอย่างมาก ตั้งแต่ประมาณปี 1950 ถึงปัจจุบัน ข้อความคิดพื้นฐานอื่นๆของกฎหมายปกครองได้ถูกจัดประเภทและให้คำนิยามโดยอ้างหรืออิงกับความคิดเรื่องบริการสาธารณะ³⁵

บริการสาธารณะในฐานะเกณฑ์พิเศษที่ใช้กับข้อความคิดอื่นๆในกฎหมายปกครองอาจแบ่งออกได้ 3 ลักษณะ คือ บริการสาธารณะในฐานะที่กำหนดหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาและแนวทางการใช้เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองเกี่ยวกับเครื่องมือในการดำเนินงานทางปกครอง และเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางปกครอง

(2.1) บริการสาธารณะในฐานะที่กำหนดหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาและแนวทางการใช้เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง³⁶

บริการสาธารณะแสดงบทบาทประการแรกเกี่ยวกับคำจำกัดความของการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง (l'acte administratif unilatéral) ในระดับที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าการกระทำดังกล่าวเกิดจากการกระทำของบุคคลทางกฎหมายมหาชนหรือบุคคลทางกฎหมายเอกชน

ก. หากเป็นการกระทำที่มีลักษณะทั่วไป มีผลไม่เฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะถือว่าเป็นการกระทำในทางปกครอง³⁷ โดยอาศัยฐานความคิด หรือเกณฑ์ในแง่องค์กรของทฤษฎีบริการสาธารณะที่ผู้กระทำเป็นบุคคลทางกฎหมายมหาชนเป็นตัวตัดสิน ในทางตรงกันข้าม หากเป็นการกระทำที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แม้เป็นการกระทำของบุคคลทางกฎหมายมหาชนก็ตาม ก็ยังมีความจำเป็นจะต้องพิสูจน์ว่า การกระทำนั้นได้กระทำในกรอบหรือเป้าหมายของบริการสาธารณะด้วย การกระทำดังกล่าวจึงจะมีผลเป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง ซึ่งก็จะต้องใช้ลักษณะทางเป้าหมายของการกระทำ(เกณฑ์ในแง่วัตถุประสงค์)ของทฤษฎีบริการสาธารณะเข้ามาช่วยเสริมเกณฑ์ในแง่องค์กร³⁸ ที่ใช้ตัดสิน

ข. หากเป็นการกระทำโดยเอกชนธรรมดา หลักกฎหมายปกครองจะยอมให้การกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นมีลักษณะสองประการคือ ประการแรก เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองอันใดอันหนึ่ง ประการที่สอง ในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ได้แสดงหรือใช้เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน³⁹ (การกระทำของเอกชนเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้เกณฑ์ตัดสินในแง่องค์กรของ

³⁵ De CORAIL Jean Louis “ La doctrine du service public, de la définition et de la nature du droit administratif et de la compétence du juge administratif”, Rev.adm. 1997, p.24.

³⁶ การกระทำทางปกครองในที่นี้ผู้เขียนใช้ความหมายอย่างกว้าง คือ รวมทั้งการกระทำฝ่ายเดียวที่มีผลทั่วไปหรือมีผลเฉพาะเจาะจงในทางปกครองและสัญญาทางปกครอง

³⁷ เช่น การออกกฎของฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศส

³⁸ CE, Ass., 17 กรกฎาคม 1967, Allegretto.

³⁹ CE, Sect., 13 มกราคม 1961, Magnier.

ทฤษฎีบริการสาธารณะ(เนื่องจากการกระทำของบุคคลทางแพ่ง) ศาลปกครองจึงใช้เกณฑ์ในแง่วัตถุประสงค์ของทฤษฎีบริการสาธารณะคู่กับเกณฑ์ในเรื่องเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน(จากแนวคิดของ École de Toulouse) : ศาลว่าการกระทำของเอกชนคนนั้นเป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่มีเป้าหมายเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือไม่ และใช้เอกสิทธิ์หรือความมีอำนาจเหนือของฝ่ายปกครองในการจัดทำเพื่อบรรลุเป้าหมายที่เป็นกรอบของงานนั้นหรือไม่)

ในกรณีตรงกันข้าม หากการกระทำฝ่ายเดียวเกิดจากเอกชนที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม การกระทำของเอกชนผู้นั้นไม่สามารถนำเกณฑ์ใด ๆ ตามทฤษฎีบริการสาธารณะมาตัดสินได้ กรณีจึงไม่ใช่การกระทำฝ่ายเดียวในทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับระเบียบหรือข้อบังคับในการจัดองค์กร (l'organisation) และการดำเนินการ (le fonctionnement) ของบริการสาธารณะนั้น ยังคงมีลักษณะทางปกครองอยู่หากเป็นกรณีที่ผู้จัดทำบริการเป็นบริษัทเอกชนที่ถูกตั้งขึ้นโดยกฎและคำสั่งของฝ่ายปกครองผ่านความเห็นชอบของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง สถานะของบริษัทเอกชนนี้แม้จะเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายเอกชนเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ก็ถูกกำกับดูแลในเรื่องการจัดองค์กร และกฎเกณฑ์การดำเนินงานทั่วไป ดังนั้น การที่บริษัทออกกฎเกณฑ์หรือระเบียบเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวจึงถือเป็นการกระทำที่มีลักษณะทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง(acte réglementaire)⁴⁰ ที่ทำแทนฝ่ายปกครองและสอดคล้องกับสถานะทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองมอบให้ (ซึ่งก็คือการนำเกณฑ์ในแง่องค์กรของทฤษฎีบริการสาธารณะมาปรับใช้) หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ค. เคียงคู่กับหลักการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครอง บริการสาธารณะเป็นหนึ่งในเกณฑ์การให้คำจำกัดความ สัญญาทางปกครอง(contrat administratif) ด้วยเหตุนี้สัญญาที่ตกลงกันระหว่างบุคคลทางกฎหมายมหาชนกับบุคคลทางกฎหมายเอกชนจะเป็นสัญญาทางปกครองต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์ที่จะบังคับการให้คู่สัญญาจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง⁴¹ (เกณฑ์ในแง่องค์กรไม่สามารถใช้พิจารณาโดยลำพัง จึงต้องใช้เกณฑ์ในแง่วัตถุประสงค์มาประกอบการพิจารณาด้วย) เกณฑ์ในแง่วัตถุประสงค์ของทฤษฎีบริการสาธารณะนี้ใช้กับกรณีสัญญามอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ(contrat de délégation du service public) เช่นกัน แต่หลักกฎหมายนี้ก็สร้างปัญหาและความยากลำบากในการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง⁴²

(2.2) บริการสาธารณะในฐานะที่กำหนดหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาและแนวทางการใช้เกี่ยวกับเครื่องมือในการดำเนินงานทางปกครอง

เครื่องมือในการดำเนินงานทางปกครองก็คือ ระบบบุคลากรและระบบพัสดุซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลและทรัพย์สินของทางราชการ

ก. สถานะของบุคคลที่จัดทำบริการสาธารณะ ศาลคดีซัดกัน ได้ตัดสินเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า บุคลากรทุกคนของบริการสาธารณะทางปกครองหนึ่ง ๆ มีสถานะเป็นฝ่ายปกครองไม่ว่าบุคลากรนั้นจะได้ดำเนินการในงานนั้นหรือไม่⁴³ คำพิพากษานี้ได้พิพากษากลับหลักเดิมของสภาแห่งรัฐที่ยอมรับแต่เพียงว่าบุคคลที่จะเป็นฝ่ายปกครองหรือถือเสมือนเป็นฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะใด ๆ ก็ตาม จะต้องเป็นบุคคลที่เข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรง ในการบังคับการหรือใน

⁴⁰ T. Confl., 15 มกราคม 1968, Compagnie Air France c/ époux Barbier, GAJA, 13^e éd., p.91.

⁴¹ CE, Sect., 20 เมษายน 1956, Bertin.

⁴² การแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งตามเกณฑ์การบังคับของสัญญานี้เหมาะสมกับการพิจารณาสัญญาทางปกครองประเภทการซื้อขายอุปกรณ์สำนักงานหรือการโดยสารขนส่ง

⁴³ T. Confl., 25 มีนาคม 1996, Berkani.

การดำเนินงานของบริการสาธารณะนั้นเท่านั้น⁴⁴ ในทางปฏิบัติคำพิพากษาของศาลคดีขัดกันนี้ก่อให้เกิดความยากลำบากและข้อถกเถียงในการวินิจฉัยคดีแบ่งแยกงานระดับสูงในเนื้อหาของบริการสาธารณะที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมหาชนกับงานในระดับที่ต่ำกว่าหรือที่ผู้คิดอยู่เกี่ยวกับหน้าที่ลำดับรองซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน (เพราะถือว่าไม่ใช่งานบริการสาธารณะโดยตรง) ในทางตรงกันข้าม บริการสาธารณะในทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมจะได้รับบทสันนิษฐานเบื้องต้นว่าบุคคลที่ถูกใช้ในงานเป็นบุคลากรที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเอกชนมิได้เป็นบุคลากรของรัฐยกเว้นผู้อำนวยการและสมุหบัญชี⁴⁵

ข. สถานะของทรัพย์สินที่ใช้จัดทำบริการสาธารณะ ทรัพย์สินซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน(Domanialité publique) และทรัพย์สินที่เป็นของบุคคลทางกฎหมายมหาชนสามารถนำมาใช้กับการจัดทำบริการสาธารณะ การปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินดังกล่าวทำได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจไว้⁴⁶

เช่นเดียวกันบริการสาธารณะสามารถที่จะกำหนดแนวทางการใช้เกี่ยวกับงานสาธารณะ(Ouvrage public) เพื่อยามลักษณะของงานดังกล่าว ดังนั้น งานสาธารณะจึงเป็นได้ทั้งงานก่อสร้างตึก ที่ทำงาน การใช้ที่ดิน หรืองานอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับหรือมีลักษณะเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิในทางอสังหาริมทรัพย์ที่บุคคลทางกฎหมายมหาชนกำหนดหรือจัดทำให้เกิดขึ้นในกรอบวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะ และรวมถึงงานบริการเกี่ยวกับการเงินการบัญชีของภาคเอกชนด้วย⁴⁷

(2.3) บริการสาธารณะในฐานะที่กำหนดหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาหรือแนวทางการใช้เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางปกครอง

หลักการในเรื่องนี้ตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า เมื่อมีการจัดทำบริการสาธารณะโดยบุคคลทางกฎหมายมหาชน(รัฐหรือฝ่ายปกครอง)ไม่ว่าจะกำหนดตัวเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดได้หรือไม่ก็ตาม ความรับผิดชอบทางปกครองของบุคคลดังกล่าวจะมีผลผูกพันก็ต่อเมื่อ “มีความผิดที่เกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะ” (faute de service) หรือในกรณี “ความผิดที่เกิดขึ้นนอกบริการสาธารณะแต่ถือว่ายังไม่ขาดจากการจัดทำบริการสาธารณะ” (faute non dénuée de tout lien avec le service)⁴⁸

สมมุติฐานความรับผิดชอบทางปกครองประการต่อมามีลักษณะเฉพาะมากขึ้น กล่าวคือ สามารถที่จะถูกยกขึ้นกล่าวอ้างเมื่อมีการจัดทำบริการสาธารณะโดยบุคคลทางกฎหมายเอกชน (กำหนดตัวผู้ดำเนินการได้) ตามคำขอของฝ่ายปกครอง ได้แก่ กรณีที่ความเสียหายเกิดจากการกระทำของบุคคลที่เข้าจัดทำบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครองเนื่องจากมีหน้าที่ตามกฎหมายโดยฝ่ายปกครองร้องขอ (Collaborateur occasionnel) หรือความเสียหายเกิดจากกรณีที่บุคคลซึ่งไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายในการจัดทำบริการสาธารณะแต่สมัครใจเข้าจัดทำ(Collaborateur bénévole) ตามคำขอของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะมีความรับผิดชอบกับประชาชนบุคคลที่สามหากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการจัดทำบริการสาธารณะ

การพิจารณาในประเด็นนี้จะมีความละเอียดมากขึ้นหากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่า การดำเนินงานแทนฝ่ายปกครองของบุคคลดังกล่าวไม่ได้เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่หรือไม่ได้รับการร้องขอจากฝ่ายปกครอง แต่เป็น

⁴⁴ CE, Sect., 4 มิถุนายน 1954, Vingtain et Affortit.

⁴⁵ CE, Sect., 8 มีนาคม 1957, Jalenques.

⁴⁶ CE, Ass., 11 พฤษภาคม 1959, Dauphin.

⁴⁷ T. Conf., 28 มีนาคม 1955, Effimieff.

⁴⁸ T. Conf., 30 กรกฎาคม 1873, Pelletier.

เรื่องที่เกิดจากความจำเป็นตามสถานการณ์หรือเกิดขึ้นเองโดยสมัครใจ ในกรณีนี้ศาลยอมรับว่ารัฐหรือฝ่ายปกครองมีความรับผิดชอบได้หากมีความเสียหายเกิดขึ้น เพราะถือว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐหรือฝ่ายปกครองเช่นกัน ตัวอย่างของกรณีฉุกเฉิน เช่น บุคคลที่เข้าช่วยเหลือผู้ประสบอุบัติเหตุโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ได้รับการยอมรับจากฝ่ายปกครอง⁴⁹ ส่วนในเรื่องของการเข้าช่วยเหลือโดยสมัครใจ หากไม่มีค่าตอบแทนของฝ่ายปกครองก็ต้องปรากฏพฤติการณ์ว่าฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ดังกล่าวได้ยอมรับการกระทำแทนนั้น ความรับผิดชอบจึงจะผูกพันรัฐหรือฝ่ายปกครอง⁵⁰

สมมุติฐานความรับผิดชอบประการสุดท้าย กรณีเอกชนธรรมดาที่ไม่มีหน้าที่ ไม่มีความเกี่ยวพันใดๆ กับบริการสาธารณะ (ทั้งในแง่ภาระหน้าที่ตามกฎหมายหรือความสมัครใจตามคำร้องขอ หรือในแง่ของสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือมีพฤติการณ์ที่ฝ่ายปกครองยอมรับ) ได้เข้าจัดทำบริการสาธารณะนั้น แนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐถือว่า บุคคลดังกล่าวไม่ได้อยู่ในฐานะผู้จัดทำบริการสาธารณะ⁵¹ และศาลยุติธรรมจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาความรับผิดชอบที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาความรับผิดชอบของเอกชนดังกล่าวนี้ในสองกรณี คือ

กรณีแรก เป็นเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอันเนื่องมาจากเอกชนที่ร่วมลงทุนไว้ในบริการสาธารณะหนึ่ง ๆ ได้ก่อให้เกิดความเสียหายจากการใช้เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชนที่ได้รับมอบหมายมาในการจัดทำหรือบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะนั้น⁵²

กรณีที่สอง เป็นเรื่องความรับผิดชอบของเอกชนในความเสียหายที่เกิดจากงานสาธารณะ ศาลปกครองถูกกำหนดให้พิจารณาเรื่องนี้เพราะงานสาธารณะที่เอกชนเข้าจัดทำนั้น เป็นส่วนหนึ่งของการจัดทำบริการสาธารณะ

กล่าวโดยสรุป บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่มียุทธพลอย่างสูงในการให้ความหมาย หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา และแนวทางการใช้ของข้อความคิดทุกประเภทในกฎหมายปกครอง เนื้อหาและแนวทางการใช้นี้เป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดระบบกฎหมายบริการสาธารณะ

3. การเกิดขึ้นของระบบกฎหมายบริการสาธารณะ

หลักเกณฑ์ทางเนื้อหาและแนวทางการใช้ของบริการสาธารณะได้แสดงให้เห็นถึงกรอบของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายซึ่งเอื้ออำนวยให้นักทฤษฎีนำมาสังเคราะห์ค้นหากฎเกณฑ์รวมที่จะนำไปสู่ระบบกฎหมายทั่วไปของบริการสาธารณะ ในที่สุด ในปี 1930 หลุยส์ ฮอร์ลองด์ (Louis ROLLAND) ได้ศึกษาและสกัดหลักกฎหมายพื้นฐานของบริการสาธารณะทุกประเภทขึ้นมานั้นเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในนามของหลักกฎหมายบริการสาธารณะ (lois du service public)

อย่างไรก็ตามเคียงคู่กับหลักกฎหมายพื้นฐานของบริการสาธารณะดังกล่าวยังคงมีกฎเกณฑ์สำคัญอื่นๆ ที่แม้จะไม่ได้ใช้กับบริการสาธารณะทุกประเภทแต่มีลักษณะเฉพาะและใช้กับบริการสาธารณะจำนวนไม่น้อยเช่นกัน

⁴⁹ CE, Sect., 17 เมษายน 1953, Pinguet.

⁵⁰ CE, Ass., 27 พฤศจิกายน 1970, Appert-Collin.

⁵¹ CE, 31 พฤษภาคม 1989, Pantaloni.

⁵² CE, 23 มีนาคม 1983, SA. Bureau Véritas.

(1) ระบบกฎหมายทั่วไปที่ใช้กับบริการสาธารณะทุกประเภท

ปัจจุบันนี้หลักกฎหมายเรื่องบริการสาธารณะได้อิงแนวความคิดของ โสล์ลอง หรือที่นิยมเรียกกันว่า หลักการของโสล์ลอง (lois de ROLLAND) ในการกำหนดเนื้อหาและขอบเขตของกฎหมายบริการสาธารณะ โดยตัวของหลักกฎหมายเองมีความหลากหลายบางประการอยู่บ้างเกี่ยวกับชื่อที่ใช้เรียกหรือเนื้อหา แต่อย่างไรก็ตาม บริการสาธารณะจะประกอบไปด้วยหลักกฎหมายสามหลัก คือ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคต่อหน้าบริการสาธารณะ และหลักการปรับตัวของบริการสาธารณะ

(1.1) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ(La continuité)

หลักการนี้ถือว่าเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดที่แสดงถึงลักษณะของบริการสาธารณะเองดังคำกล่าวของตุลาการผู้แถลงคดีตาร์คดีเออ(Tardieu) ว่า “เป็นหลักการที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญที่สุดในตัวของบริการสาธารณะเอง (de l'essence même du service)”⁵³ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนี้วางอยู่บนความคิดที่ว่าบริการเป็นสิ่งที่เป็นหลักประกันความต้องการของประชาชนในสังคม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำบริการดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง มิใช่เป็นครั้งคราวหรือขาดความต่อเนื่อง ทั้งนี้เพื่อสนองตอบความต้องการของประชาชนที่มีอยู่ตลอดเวลา ภาพของโรงพยาบาลที่ไม่ยอมรับผู้ป่วยในกรณีฉุกเฉิน เรือสินค้าที่ไม่มีผู้คุม หรืออากาศยานที่ไม่มีสถานีย่อยกำกับทิศทาง คงแสดงถึงเหตุผลความจำเป็นของหลักการนี้ได้ดี โดยนัยนี้หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะจึงเป็นหลักกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขการดำเนินงานที่บกพร่อง (dysfonctionnement) ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principe général du droit) ตามนัยคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ⁵⁴ และต่อมาได้ถูกยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐาน(principe fondamental)⁵⁵

สำหรับตุลาการรัฐธรรมนูญ หลักการนี้ถูกสถาปนาขึ้นให้เป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁵⁶ แม้จะมีปัญหาในทางรูปแบบที่จะรวมหลักการนี้ไว้ในตัวบทรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ ความมีศักดิ์กฎหมายทางรัฐธรรมนูญของหลักการนี้ได้ถูกขยายขอบเขตการใช้จนเกิดหลักกฎหมายเรื่องความต่อเนื่องของรัฐหรือชีวิตของชาติ((principe général de continuité de l'Etat ou de la vie nationale)

ตุลาการผู้แถลงคดีกาซีเอ(Gazier)วิจารณ์หลักกฎหมายดังกล่าวในคำแถลงการณ์ต่อสภาแห่งรัฐว่า “หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะได้ย้อนกลับมาทำให้ความชัดเจนของข้อความคิดเกี่ยวกับรัฐลดน้อยลง”(la continuité du service public reviendrait à consacrer la notion d'Etat à éclipses) อย่างไรก็ตาม หลักความต่อเนื่องของรัฐหรือชีวิตของชาตินี้ได้ให้ผลทางกฎหมายหลายประการ⁵⁷

ประการแรก ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับผู้ใช้บริการ(l'usager)ของบริการสาธารณะ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะก่อให้เกิดภาระหน้าที่ที่จะต้องกำหนดอัตราค่าบริการของบริการสาธารณะ การปฏิเสธที่จะจัดให้มีอัตรา

⁵³ Concl. sur CE, 7 สิงหาคม 1909, Winkell.

⁵⁴ CE, Sect., 30 มีนาคม 1979, Secrétaire d'Etat aux universités.

⁵⁵ CE, 13 มิถุนายน 1980, Mme.Bonjean.

⁵⁶ DC., 25 กรกฎาคม 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision

⁵⁷ Concl. sur CE, Ass., 7 กรกฎาคม 1950, Dehaene.

ค่าบริการดังกล่าวเป็นเหตุให้มีการฟ้องต่อศาลปกครองได้ว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁸ และในขณะที่เดียวกันก็ก่อให้เกิดความรับผิดชอบผู้ที่ทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะหากผู้นั้นไม่สามารถอ้างถึงเหตุผลอื่นที่จำเป็น⁵⁹

ในกรณีที่ไม่มีตัวบทกฎหมายกำหนดรายละเอียดของค่าธรรมเนียมหรือบริการสาธารณะไว้ ศาลปกครองจะพิจารณาเป็นรายกรณีไปเพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถใช้บริการได้ในราคาที่เหมาะสมโดยทั่วไป⁶⁰

บริการสาธารณะแต่ละประเภทจะมีระดับความต่อเนื่องแตกต่างกันขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์และลักษณะของบริการสาธารณะนั้น ๆ ว่ามีความสำคัญมากน้อยกับสังคมเพียงใด

ประการที่สอง ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับคู่สัญญา(cocontractant)ในสัญญาสัมปทาน หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเรียกร้องให้ผู้รับสัมปทานต้องจัดทำบริการสาธารณะให้เกิดขึ้นจริงอย่างสม่ำเสมอ ยกเว้นกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย หรือมีการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่ทำให้ไม่สามารถจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวได้ ในกรณีที่มีเหตุการณ์ไม่อาจคาดหมายเกิดขึ้น(อุปสรรคที่คู่ความทั้งสองฝ่ายไม่อาจคาดหมายได้) (Imprévision)⁶¹ ทำให้ผู้รับสัมปทานดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ยากหรือแทบจะไม่สามารถดำเนินการได้เลยนอกจากจะเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นอย่างมากหรือจะต้องขาดทุนล้มละลาย คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องให้ค่าชดเชยสนับสนุนผู้รับสัมปทานให้มีคุณภาพทางการเงินเพื่อจัดทำบริการดังกล่าวได้อย่างต่อเนื่องต่อไปตามหลักการนี้⁶²

ประการสุดท้าย ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับฝ่ายปกครองผู้จัดทำบริการสาธารณะ(les agents des services publics)ในกรณีที่มีการประท้วงนัดหยุดงาน(grève) กล่าวคือ เดิมก่อนปี 1946 หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีผลห้ามมิให้ฝ่ายปกครองประท้วงนัดหยุดงาน⁶³ ต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญปี 1946 กำหนดให้สิทธิการประท้วงนัดหยุดงานเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน สภาแห่งรัฐได้ยอมรับให้ฝ่ายปกครองผู้จัดทำบริการสาธารณะมีสิทธิประท้วงนัดหยุดงานตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้และจะจำกัดสิทธิดังกล่าวเมื่อมีการใช้ผิดวัตถุประสงค์หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย⁶⁴

ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวว่า เป็นเรื่องที่จะต้องประสานกันระหว่างการต่อสู้เพื่อผลประโยชน์ในหน้าที่การงานและอาชีพกับการรักษาประโยชน์สาธารณะที่ถูกกระทบจากการนัดหยุดงานเพื่อประโยชน์ในอาชีพดังกล่าว⁶⁵ หลักกฎหมายของตุลาการรัฐธรรมนูญนี้ได้ให้ความชอบธรรมแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการใช้หลักกฎหมายที่มีศักดิ์ทางรัฐธรรมนูญจำกัดขอบเขตหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่มีศักดิ์ทางรัฐธรรมนูญเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประท้วงจะต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า 5 วันก่อนการประท้วง และห้ามประท้วงหยุดงานที่จะมีผลให้หยุดระบบการบริการนั้นทั้งหมด⁶⁶ กำหนดให้มีบริการสาธารณะขั้นต่ำเสมอสำหรับ (1)บริการสาธารณะที่เกี่ยวกับโรงพยาบาลในขณะที่มีการประท้วงนัดหยุดงาน⁶⁷ (2)บริการสาธารณะเกี่ยวกับการควบคุมและการจัดการจราจรทางอากาศ⁶⁸ และ(3)บริการสาธารณะเกี่ยวกับการวิทยุโทรทัศน์⁶⁹ หรือแม้แต่ห้ามมิให้ข้าราชการหรือฝ่าย

⁵⁸ CE, Ass., 1 เมษายน 1949, Chaveneau.

⁵⁹ CE, 6 พฤศจิกายน 1985, Ministre des transport c/ Compagnie TAT.

⁶⁰ CE, 25 มิถุนายน 1969, Vincent.

⁶¹ ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายเกิดจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ; CE. 30 มีนาคม 1969, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux .

⁶² โดยนัยนี้ผู้รับสัมปทานจึงไม่สามารถอ้างเหตุผลเลิกสัญญาเนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปได้ ตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁶³ CE, 7 สิงหาคม 1909, Winkell.

⁶⁴ CE, Ass., 7 กรกฎาคม 1950, Dehaene.

⁶⁵ DC., 25 กรกฎาคม 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision.

⁶⁶ Loi n° 63-777, 31 กรกฎาคม 1963.

⁶⁷ Loi n° 70-1318, 31 ธันวาคม 1970.

⁶⁸ Loi n° 84-1286, 31 ธันวาคม 1984.

ปกครองที่จัดทำบริการบางประเภทนัดหยุดงานเลย เช่น ทหาร ตำรวจ ผู้พิพากษา ฝ่ายปกครองที่จัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับทัศนสถาน ขกเว้นงานบริหารงานราชทัณฑ์ และฝ่ายปกครองที่จัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับงานควบคุมและป้องกันในเรื่องนิวเคลียร์ ภายใต้หลักการเดียวกันนี้ สภาแห่งรัฐได้ยอมรับความมีอยู่ของบริการสาธารณะขั้นต่ำแต่ละต้องได้รับการจำกัดความอย่างชัดเจนและไม่ใช่เป็นการจัดทำบริการเหมือนในกรณีปกติ⁷⁰ ยอมรับความเป็นไปได้ที่ฝ่ายปกครองจะห้ามหยุดงานของท้องถิ่นเพื่อจัดให้มีบริการสาธารณะขั้นต่ำในความจริง⁷¹ หรือยอมรับทางเลือกของรัฐบาลในการส่งบุคคลอื่นเข้าทำงานแทนผู้ประท้วงในกรณีที่มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ⁷² หรือการห้ามประท้วงนัดหยุดงานการเมือง⁷³ แม้ว่าในทางปฏิบัติยากที่จะแยกการประท้วงดังกล่าวออกจากการประท้วงทั่วไป (เพราะนักการเมืองก็เป็นการงานหรืออาชีพที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของสิทธิในการประท้วงนัดหยุดงาน)

ในทางตรงกันข้ามสภาแห่งรัฐไม่ยอมรับการใช้สิทธินัดหยุดงานประท้วงของบริษัทที่เข้าจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองเป็นการชั่วคราวแทนฝ่ายปกครองที่ประท้วง เนื่องจากผู้ได้รับเงินเดือนของบริษัทไม่ได้มีฐานะเป็นฝ่ายปกครอง(ที่จะมีสิทธิดังกล่าว)⁷⁴

แนวคำพิพากษาของตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับว่าการประท้วงนัดหยุดงานไม่ก่อให้เกิดโทษทางอาญาเกี่ยวกับการเงิน อย่างไรก็ตามการห้ามลงโทษทางอาญานี้ไม่ได้เป็นข้ออ้างไม่ให้ถูกหักเงินอย่างน้อย 1 ใน 30 ของเงินเดือน แม้การนัดหยุดงานประท้วงนั้น จะใช้เวลาน้อยกว่า 1 วันก็ตาม⁷⁵ ทั้งนี้ตามกฎหมายบัญญัติบริการสาธารณะ(*la règle du 30° indivisible*)

มีข้อควรสังเกตด้วยว่า การพิจารณาพิพากษาหรือปรับใช้หลักเรื่อง การนัดหยุดงานนอกวัตถุประสงค์หรือหลักการประสานที่กระหว่างสิทธิในการประท้วงนัดหยุดงานกับหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นของตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองยังมีลักษณะทางอัตวิสัย ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษา และยังเป็นเรื่องละเอียดอ่อนยากที่จะหาแนวทางในการตัดสิน

หากพิจารณาความเป็นจริงในทางปฏิบัติ หัวหน้างานบริการสาธารณะจะเป็นผู้ที่กลับมาจัดทำบริการดังกล่าว⁷⁶ เมื่อมีการใช้สิทธิประท้วงนัดหยุดงาน อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของหัวหน้างานบริการจึงน่าจะเป็นที่ยอมรับและควรมีเหตุผลกว่าเหตุผลที่ตุลาการรัฐธรรมนูญอ้างถึงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดข้อจำกัดของการใช้สิทธิการประท้วงนัดหยุดงานตามวรรคที่เจ็ด ของคำปรารภรัฐธรรมนูญปี 1946 สำหรับหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในเรื่องนี้อาจจะยังไม่ขัดแย้งโดยตรงกับแนวคำพิพากษาของตุลาการรัฐธรรมนูญเนื่องจาก ตุลาการศาลปกครองเน้นความชัดเจนแต่เพียงว่า กรณีดังกล่าวเป็นเพียงกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ซึ่งหัวหน้างานบริการนั้นนั่นเองที่มีอำนาจในการกำหนดขอบเขตและปรับใช้สิทธิในการประท้วงนัดหยุดงาน หลักกฎหมายนี้จึงควรที่จะได้รับการยึดถือ เพราะในทางปฏิบัติหัวหน้างานบริการดังกล่าวเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะที่เหมาะสมและพร้อมที่จะพิจารณาปรับใช้เนื้อหาของข้อเรียกร้องในการประท้วงกับหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

⁶⁹ Loi n° 86-1067, 30 กันยายน 1986.

⁷⁰ CE, Ass., 4 กุมภาพันธ์ 1966, Syndicat National des fonctionnaires du groupement des contrôles radio-électriques.

⁷¹ CE, Sect., 11 กุมภาพันธ์ 1966, Legrand .

⁷² CE, Sect., 26 ตุลาคม 1967, Le Moullet.

⁷³ CE, 18 กุมภาพันธ์ 1955, Bernot.

⁷⁴ CE, Ass., 18 มกราคม 1980, Syndicat CFDT des P et T du Haut-Rhin.

⁷⁵ DC., 28 กรกฎาคม 1987.

⁷⁶ CE, Ass., 4 กุมภาพันธ์ 1966, Syndicat Unifier des techniciens de la RTF.

(1.2) หลักความเสมอภาคต่อหน้าบริการสาธารณะ(L'égalité)

ความเสมอภาคต่อหน้าบริการสาธารณะนี้เกิดขึ้นก่อนหลักการอื่นๆ เนื่องจากเป็นหลักการทั่วไปที่มาจากประกาศสิทธิมนุษยชนปี 1789 เรื่องหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย⁷⁷

สภาแห่งรัฐได้ให้ความหมายเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคต่อหน้าบริการสาธารณะไว้ว่า “เป็นหลักความเสมอภาคที่ใช้เกี่ยวกับการดำเนินงานของบริการสาธารณะทั้งหลาย”(principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics) ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป⁷⁸

ในส่วนของการปฏิญญาสิทธิมนุษยชนได้แสดงนัยรับรองหลักการดังกล่าวนี้ว่า มีศักดิ์ทางกฎหมายเทียบเท่ากฎหมายรัฐธรรมนูญแม้ว่าจะยังไม่มีความพิพาทที่ยืนยันโดยตรง

ความคิดดั้งเดิมของความเสมอภาคต่อหน้าบริการสาธารณะในกฎหมายฝรั่งเศสเป็นหลักการที่ตั้งอยู่บนความคิดเรื่อง “ความเสมอภาคในทางรูปแบบ”(égalité formelle)⁷⁹ หลักการนี้ไม่ใช้ความเหมือน(préférence)เป็นตัวกำหนดพื้นฐานแต่ใช้ความแตกต่าง(différence) กล่าวคือ วางหลักสิ่งที่แตกต่างกันโดยทั่วไปบนเกณฑ์ภาวะวิสัย(กฎเกณฑ์)อันหนึ่ง ด้วยแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคในแง่หลักกฎหมายปกครองและรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นอย่างมากมายโดยเฉพาะในเรื่องของบริการสาธารณะดังนี้

ประการแรก ฝ่ายปกครองทุกคนสามารถอ้างหลักความเสมอภาคที่จะได้รับการยอมรับเข้าทำงานของรัฐ ซึ่งหมายความว่า จะไม่มีการเลือกปฏิบัติหรือใช้เส้นสายอื่น ๆ เพื่อเข้าจัดการบริการสาธารณะหนึ่ง ๆ (รับราชการ) เว้นแต่การใช้เกณฑ์คุณสมบัติ(qualité)ของฝ่ายปกครองเป็นตัวตัดสินเท่านั้น ดังนั้น การเลือกฝ่ายปกครองเข้าจัดการบริการสาธารณะโดยใช้เกณฑ์อื่น ๆ เช่น เกณฑ์ความเชื่อในทางการเมืองมาตัดสินจึงขัดต่อหลักการนี้⁸⁰ นอกจากนี้ ยังมีความเสมอภาคระหว่างฝ่ายปกครองด้วยกันเองในองค์กร ซึ่งอาจมองในแง่ความเสมอภาคที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันของสมาชิกข้าราชการที่สังกัดองค์กรหรือส่วนราชการเดียวกัน อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อยกเว้นในกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของฝ่ายปกครอง เช่น ฝ่ายปกครองได้ผ่านเงื่อนไขพิเศษเพื่อเข้าทำงานในองค์กรดังกล่าว อาจจะเป็นการสอบแข่งขันภายในหรือการสอบแข่งขันทั่วไป (concours interne ou externe)

ประการที่สองในเรื่องของระเบียบพัสดุ ผู้ที่จะเป็นผู้จัดซื้อพัสดุให้แก่ทางราชการจะได้รับความคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคในการจัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ จะได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันในการแข่งขันเสนอราคา (concurrence) เพื่อให้ได้รับเลือกเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง (cocontractant de l'administration)

ประการที่สาม ในเรื่องสถานะภาพของผู้ใช้บริการสาธารณะ(situation des usagers du service) สภาแห่งรัฐได้สร้างหลักเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ยอมรับได้(discriminations acceptables) ว่า “การกำหนดอัตราค่าบริการหรือค่าโดยสารที่แตกต่างกันสามารถบังคับใช้ได้กับบริการสาธารณะเดียวกันที่มีความหลากหลาย(ในประเภท)ของผู้ใช้บริการ งานบริการหรืองานสาธารณะที่เกี่ยวข้อง ถ้าการกำหนดอัตรานั้นเกิดขึ้นจากความจำเป็นตามกฎหมาย หรือเกิดจากความแตกต่างของสถานการณ์ที่สามารถพิจารณาได้ระหว่างผู้ใช้บริการทั้งหลาย หรือมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับ

⁷⁷ CE, 29 ธันวาคม 1911.

⁷⁸ CE, Sect., 9 มีนาคม 1951, Société des concerts du conservatoire.

⁷⁹ หลักความเสมอภาคในทางเนื้อหา égalité matérielle มุ่งแสดงถึงคุณสมบัติหรือลักษณะของสิ่งที่ถูกพิจารณาเกี่ยวกับเกณฑ์ที่กำหนดไว้ว่า สิ่งที่เหมาะสมกันย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกันจะถูกปฏิบัติหรือใช้บังคับกับกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันไม่ได้ และสิ่งที่แตกต่างกันย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ต่างกัน จะถูกปฏิบัติหรือบังคับใช้กับกฎเกณฑ์เดียวกันไม่ได้

⁸⁰ CE, Ass., 28 พฤษภาคม 1954, Barel.

เงื่อนไขต่าง ๆ ของการแสวงหาประโยชน์หรือวิธีการจัดทำของบริการหรืองานสาธารณะ”⁸¹ หลักกฎหมายนี้ให้องค์ประกอบพื้นฐานสามประการที่จะต้องคำนึงถึงในการพิจารณาการเลือกปฏิบัติที่มีผลใช้บังคับได้ กล่าวคือ

องค์ประกอบแรก การเลือกปฏิบัติที่เกิดจากฝ่ายปกครองจะต้องเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นตามกฎหมาย ศาลจะไม่พิพากษาการกระทำของฝ่ายปกครองในกรณีนี้ว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁸²

องค์ประกอบที่สอง การเลือกปฏิบัติจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานความแตกต่างของฐานะหรือสถานะของผู้ใช้ หรือสถานการณ์ที่สามารถจะพิจารณาได้ โดยมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของบริการ ศาลปกครองจะพิจารณาฐานะหรือสถานการณ์พิเศษตามความเป็นจริงที่ให้ความชอบธรรมและความมีอยู่ของความแตกต่างเป็นรายกรณีไปซึ่งก็เป็นขอบเขตที่ศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจ เช่น การเลือกปฏิบัติที่ถือว่าชอบธรรมเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าบริการหรือค่าโดยสารของประชาชนในประเทศระหว่างผู้อาศัยบนภูมิประเทศที่มีลักษณะเป็นเกาะกับผู้อาศัยบนภูมิประเทศที่อยู่บนพื้นผิวทวีปซึ่งต่างก็เป็นผู้ใช้สะพาน l’île de Ré ในทางตรงกันข้ามการคิดอัตราค่าบริการหรือค่าโดยสารที่แตกต่างกันระหว่างผู้อาศัยที่ Charente-Maritime (จังหวัดที่ติดทะเลด้านตะวันตกเฉียงเหนือของฝรั่งเศส มีลักษณะภูมิประเทศบางส่วนเป็นเกาะ) กับผู้อาศัยในภาคพื้นทวีป ไม่สามารถทำได้⁸³

องค์ประกอบที่สาม ประโยชน์สาธารณะโดยตัวของมันเองเป็นเพียงเหตุผลทางอ้อมที่ให้ความชอบธรรมในการเลือกปฏิบัติและยกเว้นหลักความเสมอภาค กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่สามารถพิจารณาความแตกต่างของฐานะหรือสถานะของผู้ใช้ได้ เหตุผลเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะก็จะถูกนำมาใช้ นอกจากนี้มีข้อพึงสังเกตว่าศาลปกครองมักจะยอมรับความหลากหลายของอัตราค่าบริการและการกำหนดค่าบริการพิเศษของบริการสาธารณะบางประเภทที่ส่วนท้องถิ่นดำเนินการ โดยเฉพาะบริการของเทศบาลที่เกี่ยวกับสวัสดิการสังคม(โรงอาหาร สถานศึกษา หรือสถานรับเลี้ยงเด็กอ่อน) หรือสวัสดิการทางการศึกษา ห้องสมุด พิพิธภัณฑ์ โรงเรียนสอนดนตรี

สภาแห่งรัฐยอมรับให้มีการกำหนดอัตราค่าบริการพิเศษของผู้ใช้บริการได้หากผู้ให้บริการนั้นอาศัยอยู่ในองค์กรท้องถิ่นที่จัดทำบริการสาธารณะนั้นอยู่⁸⁴ ต่อมาแนวคำพิพากษาได้ขยายกว้างขึ้นโดยอาศัยเกณฑ์การใช้กิจกรรม กล่าวคือ ยอมรับให้กำหนดอัตราค่าบริการพิเศษของผู้ใช้บริการได้หากผู้นั้นใช้บริการขององค์กรท้องถิ่น (เช่น ในเรื่องเกี่ยวกับอาชีพหรือการให้การศึกษาแก่เด็ก)บนพื้นที่ขององค์กรท้องถิ่นนั้น⁸⁵

เช่นเดียวกัน การกำหนดอัตราค่าบริการพิเศษสามารถกระทำได้โดยพิจารณาถึงฐานะการเงินหรือรายได้ของผู้ใช้บริการ⁸⁶ ความมีอยู่ของอัตราค่าบริการพิเศษนี้อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงที่ว่า อัตราค่าบริการพิเศษที่สูงที่สุดนั้นเมื่อเทียบกับราคาหรือค่าใช้จ่ายในการจัดทำบริการสาธารณะแล้วยังคงต่ำกว่าหรือเท่ากับราคาหรือค่าใช้จ่ายดังกล่าว(แต่ก็มีปัญหาว่าค่าใช้จ่ายในการจัดทำดังกล่าวจะเป็นที่รับทราบเป็นการทั่วไปหรือไม่)⁸⁷

⁸¹ CE, Sect., 10 พฤษภาคม 1974, Denoyez et Chorques.

⁸² CE, 22 กรกฎาคม 1992, Union syndicale de la propriété immobilière

⁸³ CE, Sect., 10 พฤษภาคม 1974, Denoyez et Chorques.

⁸⁴ CE, Sect., 5 ตุลาคม 1984, Commune de la République de l’Ariège.

⁸⁵ CE, Sect., 13 พฤษภาคม 1994, Commune de Dreux.

⁸⁶ CE, 20 มกราคม 1989, Centre communal d’action sociale de la Rochelle: CE. Sect., 29 ธันวาคม 1997, Communes de Gennevilliers et de Nanterre (ใช้กับโรงเรียนสอนดนตรี)

⁸⁷ G. Gonzalez “Le service public local: à quel prix ?” LPA 5 ธันวาคม 1997, p.13. ; LONG Marceau “Principe d’égalité et tarification des services publics locaux” LPA 15 พฤษภาคม 1995, p.4

หลักความเสมอภาคต่อหน้าบริการสาธารณะยังมีความสัมพันธ์กับหลักความเป็นกลาง(principe de neutralité) ตุลาการรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงหลักความเป็นกลางนี้ว่า เป็นเกณฑ์ที่มาจากการใช้หลักความเสมอภาค⁸⁸ กล่าวคือ หลักการนี้ห้ามจัดทำบริการสาธารณะแตกต่างกันออกไป โดยอ้างความเชื่อที่แตกต่างกันของผู้ใช้บริการ สำหรับสภาแห่งรัฐ หลักความเป็นกลางบังคับให้ผู้จัดทำบริการสาธารณะต้องเป็นกลางไม่เลือกที่รักมักที่ชัง โดยอ้างเหตุผลทางการเมือง ศาสนา หรือสัญชาติของผู้ใช้บริการ⁸⁹ หลักการนี้ใช้กับสถานที่ที่ใช้จัดทำบริการสาธารณะด้วย กล่าวคือ สถานที่จัดทำบริการสาธารณะหนึ่งจะต้องเป็นที่ซึ่งมีความเป็นกลาง สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธการชุมนุมทางการเมืองที่ถูกจัดขึ้นในโรงเรียนมัธยม⁹⁰

อย่างไรก็ดีสำหรับนักกฎหมายบางท่านเช่น ศาสตราจารย์ฌอง ฟร็องซัว ราโชม(Jean François LACHAUME)⁹¹ เห็นว่า หลักความเป็นกลางจะถูกนำไปใช้ในความหมายพิเศษ กล่าวคือ มุ่งไปในทางเนื้อหาของการคุ้มครองเสรีภาพ(liberté)มากกว่าที่จะมุ่งคุ้มครองในเรื่องความเสมอภาค(égalité) โดยเฉพาะในเรื่องของ ลาอิกซิเต้(laïcité) ที่มุ่งคุ้มครองหลักความเป็นกลางทางศาสนา (neutralité en matière religieuse) เช่น สภาแห่งรัฐยอมรับการใช้ผ้าคลุมหน้าหรือคลุมศีรษะของหญิงชาวมุสลิมในสถานศึกษาของรัฐเพราะถือว่าเป็นไปตามหลักลาอิกซิเต้(laïcité) ในการแสดงความเชื่อทางศาสนาของตน⁹²

การใช้สิทธิของนักเรียนเกี่ยวกับความเชื่อทางศาสนาสามารถจะถูกจำกัดทันทีโดยผู้รับผิดชอบของสถาบันศึกษา ถ้าสิทธิดังกล่าวก่อให้เกิดอุปสรรคหรือขัดต่อเป้าหมายของงานทางการศึกษาทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ต่อมาหนังสือเวียนของเบอู(circulaire Bayrou)⁹³ ลงวันที่ 20 ตุลาคม 1994 กำหนดให้การแสดงพิธีกรรมทางศาสนาจะต้องเป็นไปอย่างสงบ มีระเบียบ และห้ามมิให้ดำเนินการในลักษณะที่เป็นการอวดอ้างให้คนทั่วไปเชื่อตาม

หลักความเป็นกลางในความหมายนี้ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติเป็นกรณี ๆ ไป เช่น สภาแห่งรัฐพิจารณาว่า กฎเกณฑ์ภายในขององค์กรที่กำหนดข้อห้ามทั่วไปอย่างเด็ดขาดเกี่ยวกับการแสดงความเชื่ออื่นที่แตกต่างจากแนวทางของศาสนาที่มีอยู่เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁴ เช่นเดียวกัน การแสดงออกเกี่ยวกับความเชื่อในทางศาสนาผ่านทางพิธีกรรมหรือการเฉลิมฉลองงานทางศาสนาโดยไม่ได้พิจารณาถึงความเหมาะสมสอดคล้องกับการจัดการทางการศึกษาและไม่เคารพความสงบเรียบร้อยของสถาบันหรือองค์กรนั้นๆ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบ⁹⁵ ในทางกลับกันสภาแห่งรัฐได้ตัดสินให้คำสั่งไล่เด็กนักเรียนออกจากสถานศึกษาชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่เด็กนักเรียนสองคนปฏิเสธจะถอดผ้าคลุมศีรษะโดยอ้างถึงหลักการนี้ เมื่อมีการสอนหรือศึกษาเกี่ยวกับกายภาพของบุคคล⁹⁶

⁸⁸ CC.,18 กันยายน 1986, Liberté de communication .

⁸⁹ CE, 3 พฤษภาคม 1950, Dlle Jamet.

⁹⁰ CE, 8 พฤศจิกายน 1985, Ministre de l'Education nationale c/ M. Rudent โปรดดู G. Koubi "Le principe de neutralité des services publics ; un principe corollaire de la modernisation de l'Etat" Rev.adm.1992, p.490, Rev.adm. 1993, p.9.

⁹¹ LACHAUME Jean François , C. BOITEAU, H. PAULIAT, "Grand service public" Armand Colin 2000, p. 372.

⁹² Avis CE, 27 พฤศจิกายน 1989.

⁹³ Bayrou คือชื่อของการเมืองที่ออกหนังสือเวียนนี้ในขณะที่ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีกระทรวงศึกษาธิการ

⁹⁴ CE, 2 พฤศจิกายน 1992, Kherouaa.

⁹⁵ CE, 14 เมษายน 1995, Koen et Conservatoire central des israélites de France.

⁹⁶ CE, 10 มีนาคม 1995, Epoux Aoukili.

(1.3) หลักการปรับตัวของบริการสาธารณะ (Adaptation ou Mutation)

หลักการนี้มีฐานความคิดว่า บริการสาธารณะจะต้องปรับเปลี่ยนตัวเองให้สอดคล้องกับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะอยู่เสมอ แต่เนื่องจากในความเป็นจริงการปรับตัวดูเหมือนเป็นเพียงลักษณะภายนอกทั่วไปที่เห็นได้อยู่แล้วของตัวบริการสาธารณะทุกประเภทนั่นเอง⁹⁷ ดังนั้น ลักษณะของหลักการปรับตัวจึงไม่ได้ถูกพูดถึงในเชิงกฎหมายอย่างชัดเจน

ปัจจุบัน แม้ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยอ้างความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะเพื่อการปรับเปลี่ยน(หรือยุบ เพิ่ม และยกเลิก)บริการสาธารณะ ยังไม่สามารถให้เนื้อหาในทางกฎหมายที่ชัดเจน หลักการดังกล่าวก็ยังคงถูกนำมาพิจารณาสิทธิของผู้ใช้บริการและภาระหน้าที่ของผู้จัดทำบริการดังนี้

ประการแรก การเกิดกฎเกณฑ์ที่มุ่งแก้ไขปรับปรุงสิทธิของผู้ใช้บริการ กล่าวคือ ผู้ใช้มีสิทธิที่จะได้รับบริการในระดับมาตรฐานทั่วไป(droit au fonctionnement normal du service) ตามที่กฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ กำหนดไว้⁹⁸ แต่การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับสิทธิตามมาตรฐานทั่วไปของบริการนั้น ศาลปกครองกลับควบคุมตรวจสอบในระดับอ่อน(un contrôle minimum) กล่าวคือ ดูว่ามีความผิดพลาดของฝ่ายปกครองในการพิจารณาใช้อำนาจตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ (ที่ให้สิทธิผู้ใช้บริการ)อย่างชัดเจนหรือไม่(l'erreur manifest d'appréciation) ฝ่ายปกครองจึงพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ใช้อำนาจอยู่ในกรอบที่วิญญูชนทั่วไปพึงกระทำ ก็จะได้รับ ความคุ้มครอง⁹⁹ ดังนั้น จึงเป็นการยากที่ผู้ใช้บริการจะอ้างว่าการใช้หลักการปรับตัวของบริการสาธารณะโดยไม่ชอบ

นอกจากนี้ในความเป็นจริงบ่อยครั้งที่หลักการดังกล่าว ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิของผู้ใช้บริการสาธารณะ ผู้ใช้เองแทบจะไม่มี ความมั่นคงของสิทธิที่มีอยู่หรือได้รับไปแล้วตามกฎหมายเลข (droit acquis) ทั้งในเรื่องบริการที่มีอยู่และสิทธิของผู้ใช้ที่เกี่ยวข้องกับบริการ เมื่อมีการยกเลิกบริการสาธารณะนั้น เช่น การยกเลิกเส้นทางการบินที่ขาดทุน¹⁰⁰ อีกทั้งในกรณีที่มีข้อจำกัดเสรีภาพของผู้ใช้บริการตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะขั้นพื้นฐาน แม้จะมีลักษณะชัดเจนและชอบด้วยกฎหมาย สิทธิและสถานะของผู้ใช้บริการก็จะตกอยู่ภายใต้กฎหรือคำสั่งทางปกครองอยู่ดี เช่น การขึ้นค่าธรรมเนียมในการรักษาพยาบาลและค่าห้องของโรงพยาบาลของรัฐ หรือการปรับราคาที่พักสำหรับผู้โดยสารตามสัญญาของบริการสาธารณะในเชิงพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ย่อมกระทบต่อผู้ใช้บริการโดยตรง แม้จะเป็นการปรับตัวของบริการ อย่างไรก็ดี บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมบางประเภทจะ

⁹⁷ เนื่องจากบริการสาธารณะมุ่งตอบสนองความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ แต่ความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ เป็นสิ่งที่มีความหลากหลายตามเวลา และเมื่อพิจารณาถึงความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีหรือการเจริญเติบโตของประชากรซึ่งแสดงให้เห็นถึงความต้องการที่มากขึ้นและเปลี่ยนแปลงไปเรื่อย ๆ การปรับเปลี่ยนดังกล่าวจึงเป็นเหตุผลโดยสภาพ(ข้อเท็จจริง)ที่จะทำให้บริการสาธารณะเกิดขึ้น ยุบเพิ่ม ยกเลิก หรือปรับเปลี่ยนตัวของมันเอง

⁹⁸ CE, 25 juin 1969, Vincent (เกี่ยวกับการปรับปรุงเวลาทำงานของท่าอากาศยานปารีส).

⁹⁹ ศาลจะพิจารณาว่า การพิจารณาปรับบทกฎหมายในเรื่องนี้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายหรือไม่ การปรับบทนี้สามารถที่จะมีสิทธิหรือระดับที่แตกต่างกันได้อย่างไรเป็นการให้สิทธิผู้ใช้บริการตามมาตรฐานของบริการแล้ว โดยวัดระดับการพิจารณาของฝ่ายปกครองเทียบกับระดับของวิญญูชนธรรมดาทั่วไป (เพราะฝ่ายปกครองก็คือคนธรรมดาทั่วไปเช่นเดียวกับวิญญูชน) หากวิญญูชนทั่วไปตัดสินหรือพิจารณาเรื่องนี้ได้หลายทาง และฝ่ายปกครองก็พิจารณาได้ทางใดทางหนึ่งเช่นเดียวกับที่วิญญูชนนั้นพิจารณา ก็ถือว่าฝ่ายปกครองนั้นพิจารณาชอบด้วยกฎหมายที่ให้อำนาจ ในทางตรงกันข้าม หากฝ่ายปกครองพิจารณาออกนอกแนวทางต่างๆที่วิญญูชนทั่วไปอาจจะพิจารณาได้ ย่อมถือว่า ฝ่ายปกครองพิจารณาใช้อำนาจของตนเองขัดต่อกฎหมายอย่างชัดเจน เพราะแม้แต่วิญญูชนทั่วไปซึ่งไม่ได้ศึกษากฎหมายพิจารณาเรื่องนี้แล้ว ยังไม่กระทำการเช่นนั้นเลย ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นวิญญูชนคนหนึ่งกลับกระทำการเกินเลยจากขอบของวิญญูชน จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอย่างชัดเจน.

¹⁰⁰ CE, 25 juin 1969, Vannier ; CE, Sect., 18 พฤษภาคม 1977, Chambre de commerce de La Rochelle (เกี่ยวกับการยกเลิกเส้นทางการบิน).

เปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไข หรือไม่ขัดต่อข้อยกเว้นตามกฎหมาย เช่น อัตราค่าบริการในการใช้ก๊าซ และ ไฟฟ้าจะเปลี่ยนแปลงตามหลักการปรับตัวของบริการสาธารณะได้ต่อเมื่ออัตราค่าบริการใหม่ไม่มีผลย้อนหลัง¹⁰¹

ประการที่สอง การปรับเปลี่ยนของบริการสาธารณะก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะมีตำแหน่งและอำนาจหน้าที่ที่เฉพาะตามที่กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้เท่านั้น (situation légale et réglementaire) ไม่ได้รับสิทธิใด ๆ (droit acquis) ในทางกฎหมายที่จะคง ตำแหน่งหน้าที่เดิมหรือห้ามมิให้มีการโยกย้ายเปลี่ยนแปลงตำแหน่งหน้าที่ของตน ดังนั้น ในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้อง ปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะ ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องทำงานบริการที่ไม่สอดคล้องโดยตรงกับระดับ ของตนได้ สำหรับบุคคลที่เป็นพนักงานหรือบุคลากรที่มีสถานะในการทำงานตามข้อสัญญา บุคคลดังกล่าวก็อาจถูกออก จากงานบริการได้เมื่อมีการจัดองค์กรใหม่ตามเป้าหมายและภาระกิจของบริการสาธารณะที่เปลี่ยนแปลงไป

ประการที่สาม สำหรับบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะหนึ่ง ๆ ตาม สัญญาปกครอง ย่อมผูกพันและอยู่ภายใต้อำนาจการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง¹⁰²

อาจสรุปได้ว่า หลักการทั้งสามของระบบกฎหมายทั่วไปที่ใช้กับบริการสาธารณะทุกประเภทนี้ เป็นสิ่งที่ เกิดขึ้นเพื่อสนองตอบความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม ความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์ สาธารณะนี้ก็ยังถูกอธิบายโดยระบบกฎหมายเฉพาะที่ใช้กับบริการสาธารณะบางประเภทด้วย

(2.) ระบบกฎหมายเฉพาะที่ใช้กับบริการสาธารณะบางประเภท

ความเชื่อในช่วงแรกได้จำกัดบริการสาธารณะอยู่กับหลักกฎหมายทั่วไป 3 ประการข้างต้น ความจริงแล้ว ยังมีบริการสาธารณะอื่นเช่นกันที่พัฒนาขึ้นมาอย่างสมบูรณ์ภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะ ซึ่งมีลักษณะทั่วไปประการหนึ่งคือ เป็นระบบที่แยกต่างหากออกจากกลไกตลาดทั่วไป ปัจจุบันระบบกฎหมายเฉพาะนี้ได้ก่อให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับลักษณะ ทางกฎหมายของการผูกขาด(Monopole)บริการสาธารณะ และปัญหาในเรื่องราคาหรือค่าบริการของบริการสาธารณะ (Prix)

(2.1) ปัญหาลักษณะทางกฎหมายของการผูกขาดบริการสาธารณะ (Question juridique du monopole des services publics)

อาจกล่าวได้ว่าเอกลักษณ์พิเศษอย่างหนึ่งของบริการสาธารณะฝรั่งเศสก็คือ บริการสาธารณะจำนวนหนึ่ง ถูกผูกขาดและยังคงมีลักษณะผูกขาดมาจนถึงทุกวันนี้ ส่วนใหญ่จะเป็นบริการสาธารณะที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับ ชีวิตประจำวันของประชาชน เช่น การไฟฟ้า ก๊าซ การไปรษณีย์ การสื่อสาร โทรคมนาคม การขนส่งทางอากาศและทางรถไฟ การยกเลิกการผูกขาดบริการสาธารณะบางประเภทเพื่อปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลประชาคมยุโรปจึงดูเหมือนเป็นสิ่งที่ ส่งผลกระทบและขัดต่อธรรมชาติของบริการสาธารณะเหล่านี้

อย่างไรก็ดี การผูกขาดเป็นเพียงการจัดการอย่างหนึ่งมิได้มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายของบริการ สาธารณะ ด้วยเหตุผลดังนี้

¹⁰¹ CE, Sect., 25 มิถุนายน 1948, Société du journal l'Aurore.

¹⁰² CE, 10 มกราคม 1902, Gaz de Deville-lès-Rouen.

ประการแรก ลักษณะของการผูกขาดเอง ส่วนมากจะถูกนำมาใช้กับส่วนใดส่วนหนึ่งของบริการสาธารณะเท่านั้น ตัวอย่างเช่น บริการไฟฟ้าของฝรั่งเศส ตามกฎหมาย (Loi) n°2000-108 du 10 กุมภาพันธ์ 2000 กำหนดลักษณะผูกขาดเฉพาะในเรื่องการจำหน่ายกระแสไฟฟ้า ส่วนในเรื่องของการตลาด การไฟฟ้าจะต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมเพื่อให้ได้ผู้เหมาะสมที่จะเข้ามาจัดการการตลาดเกี่ยวกับการผลิตและจำหน่ายไฟฟ้าเช่นเดียวกัน กรณีที่มีการจัดทำบริการสาธารณะในลักษณะใกล้เคียงกัน บริการสาธารณะบางประเภทที่มีลักษณะผูกขาดก็ยอมรับการแข่งขันทางการค้าในทางความเป็นจริงกับบริการสาธารณะที่มีลักษณะผูกขาดอื่น(เช่นกรณีการไฟฟ้ากับกิจการก๊าซของฝรั่งเศส) หรือยอมรับการแข่งขันทางการค้าระหว่างบริการสาธารณะที่มีลักษณะผูกขาดประเภทเดียวกัน แต่มีวิธีการจัดทำที่แตกต่างกัน เช่น บริการสาธารณะเกี่ยวกับการขนส่งทางรถไฟกับบริการขนส่งทางรถยนต์หรืออากาศยาน

ประการที่สอง ความมีอยู่ของหลักกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม (principe de la liberté du commerce et de l'industrie) ตามกฎหมาย (Loi le chapelier des 14-17 มิถุนายน 1791) และหลักกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการดำเนินการทางการค้า (principe de la liberté d'entreprendre) ที่ตุลาการรัฐธรรมนูญพิพากษารับรองไว้¹⁰³ ได้แสดงให้เห็นว่าการผูกขาดทางการค้ามิได้มีฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติรองรับแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงการปฏิเสธลักษณะผูกขาดทางการค้าของรัฐหรือฝ่ายปกครองในพระราชกำหนด(l'ordonnance n° 86-1243 du 1 ธันวาคม 1986) (เกี่ยวกับเสรีภาพในเรื่องราคาและการแข่งขันทางการค้า) ที่สร้างกลไกห้ามการผูกขาดตลอดจนกำหนดและตรวจสอบให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีในการจัดทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบุคคลในทางกฎหมายมหาชน และการรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญของภาคเอกชนในการจัดทำหรือเข้าร่วมกับภาคมหาชนในการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว¹⁰⁴ การผูกขาดจึงมิใช่หลักกฎหมายบริการสาธารณะอีกเช่นกัน

แม้การผูกขาดจะมีใช้หลักกฎหมาย แต่ในทางความเป็นจริงประเทศต่าง ๆ ได้ยอมรับและใช้การผูกขาดนี้ควบคู่กับการแข่งขันเสรีทางการค้าเสมอ เนื่องจาก

ประการแรก เป็นที่ยอมรับกันว่าบริการสาธารณะในระยะเริ่มแรกมีขึ้นเพื่อสร้างความเป็นรัฐอธิปไตย โดยใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดทำ เช่น งานการทูต งานการคลัง งานปกป้องประเทศจากศัตรูภายนอก งานรักษาความสงบภายในและงานตัดสินคดี การใช้อำนาจอ้างอิงจึงแสดงให้เห็นถึงการกระทำของรัฐที่แยกออกจากการกระทำของเอกชน และความชอบธรรมของรัฐในการใช้วิธีผูกขาดจัดทำบริการสาธารณะที่มีที่มาจากอำนาจอธิปไตยเสมอมา ด้วยเหตุนี้ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจึงพิพากษารับรองหลักการจัดทำบริการสาธารณะที่ใช้อำนาจอธิปไตยนี้ว่าเป็นหลักประกันที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และไม่อาจถูกจัดทำโดยเอกชนได้¹⁰⁵

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าองค์กรภาคเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะในรูปขององค์กรวิชาชีพ สมาคม สมาพันธ์ทางการกีฬา กลับได้รับการยอมรับว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะโดยการผูกขาดในความหมายข้างต้นเช่นกัน ดังนั้น อำนาจขององค์กรในการออกกฎเกณฑ์หรือในการลงโทษจึงไม่สามารถจะถูกแบ่งแยกได้นัยเดียวกัน ศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัยว่าคณะกรรมการป้องกันการผูกขาดทางการค้า(Conseil de la concurrence) และศาลอุทธรณ์แห่งเมืองปารีส (la Cour d'appel de Paris) ไม่มีอำนาจพิจารณาการกระทำฝ่ายเดียวหรือสัญญาเกี่ยวกับการได้มาหรือรับโอนซึ่งอำนาจหน้าที่หรือเกี่ยวกับการจัดองค์กรในการจัดทำบริการสาธารณะ(แม้จะเป็นบริการทางเศรษฐกิจ บริการ

¹⁰³ DC., 16 มกราคม 1982, Nationalisations .

¹⁰⁴ ความจำเป็นของการอยู่ร่วมกันและการแข่งขันกันระหว่างองค์กรเอกชนและองค์กรมหาชนมีมากขึ้นเรื่อย ๆ ในฝรั่งเศสเองได้ยอมรับหลักการข้างต้น ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างเรื่องเสรีภาพในการสอนและการศึกษา การอยู่ร่วมกันขององค์กรเอกชนและองค์กรมหาชน ทำให้มีการจัดตั้งองค์กรในการจัดทำการสอนและการศึกษาทั้งภาคเอกชนและภาครัฐ หรือในเรื่องสิทธิเรียกร้องที่มีต่อรัฐตามรัฐธรรมนูญ ปี 1946 ซึ่งยอมรับ การดำเนินการของเอกชนในการสนับสนุนหรือเพิ่มความเข้มแข็งให้แก่ภาครัฐในเรื่องของสุขภาพและการคุ้มครองสังคม.

¹⁰⁵ DC., 25-26 มิถุนายน 1986, Privatisations.

สาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ใช้เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน¹⁰⁶ (เป็นเรื่องการดำเนินงานและการจัดองค์กร ไม่ใช่เรื่องในเนื้อหาที่เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าโดยตรง) ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงสามารถเข้าตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ อำนาจของสภาแห่งรัฐในการตรวจสอบการจัดองค์กรนี้ได้ขยายรวมไปถึงการ “ควบ” หรือ “รวม” บริษัท(ผู้จัดทำบริการสาธารณะ) ที่ทำให้อำนาจในการแข่งขันทางการค้าของบริษัทนั้นเพิ่มขึ้นในตลาดด้วย (concentration) ทั้งนี้ ตามอำนาจที่กำหนดไว้ในพระราชกำหนดปี 1986 (กรณีนี้ถือว่าสภาแห่งรัฐตรวจสอบในเนื้อหาได้แม้จะเป็นเรื่องการแข่งขันทางการค้าในภาคเศรษฐกิจ เพราะอำนาจตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง)¹⁰⁷

ประการที่สอง มีความจำเป็นที่จะคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าของภาคเอกชนเพราะการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทของรัฐ เอกชนไม่สามารถทำได้เนื่องจากไม่คุ้มทุน(เป็นกิจการที่มีได้ให้กำไร) และยังคงอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่สร้างภาระหน้าที่มากกว่าปกติ และถ้าหากปล่อยให้เอกชนเข้าแข่งขันทางการค้าแล้ว กรณีก็จะเกิดความไม่เป็นธรรม เนื่องจากมีการใช้อำนาจรัฐที่เหนือกว่าโกงหรือเข้าแสวงหาโอกาสนอกกติกาได้ ในเรื่องนี้จะเห็นได้จากหลักกฎหมายของสภาแห่งรัฐในปี 1932 กรณี Société des Autobus Antibois ที่สภาแห่งรัฐยอมให้มีการผูกขาดบริการสาธารณะเกี่ยวกับการขนส่งทั่วไป เมื่อคำนึงถึงอำนาจในการใช้หรือจัดสรรที่สาธารณะประโยชน์ของฝ่ายปกครอง(ที่มีมากกว่าอำนาจการใช้หรือจัดสรรที่ดังกล่าวโดยเอกชน; ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจเหนือและได้เปรียบที่จะแสวงหาประโยชน์นอกกติกา ซึ่งจะทำให้การแข่งขันทางการค้าไม่เกิดขึ้นจริง) หลักกฎหมายนี้ยังปรับใช้กับการใช้ประโยชน์ที่สาธารณะอื่น เช่นในกรณีการจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเล

ประการสุดท้าย เหตุผลในทางเทคนิคเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะใด ๆ อย่างทั้งหมดซึ่งมีความหลากหลายซับซ้อนของปัจจัยพื้นฐานและการดำเนินการ จนทำให้มีภาระหนักในการลงทุนหรือมีความยากลำบากในการจัดทำและการแข่งขันทางการค้า เช่น บริการสาธารณะเกี่ยวกับเครือข่ายขนส่งมวลชนทั้งหมด หรือการไฟฟ้าหรือกาซ

(2.2) ปัญหาในเรื่องราคาหรือค่าบริการของบริการสาธารณะ(Question du prix des services publics)

ปัญหาว່บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่ให้เปล่า(gratuit)หรือมีราคาค่าบริการ(prix) หรือไม่ยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ ในทางทฤษฎียังไม่มีการยอมรับว่าหลักการให้เปล่าเป็นหลักทั่วไปหลักหนึ่งของบริการสาธารณะ คงเป็นเพียงแนวความคิดที่เป็นทางเลือกหนึ่งเท่านั้น ในทางตรงข้ามหลักการให้เปล่าได้ถูกนำมาใช้โดยกฎหมายบางฉบับบ้างแล้ว¹⁰⁸ สำหรับสภาแห่งรัฐ หลักการนี้เป็นเพียงหลักที่สามารถนำมาใช้กับบริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้(les services administratifs obligatoires) โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติเท่านั้น ด้วยเหตุนี้เทศบาลจึงไม่สามารถเรียกเก็บค่าใช้จ่าย(ค่าบริการที่ชำระให้แก่เจ้าหน้าที่ดับเพลิงไปแล้ว)จากผู้ประสบอุบัติเหตุที่เจ้าหน้าที่ดับเพลิงได้นำตัวส่งโรงพยาบาล¹⁰⁹

อย่างไรก็ดี บริการบางอย่างที่ถูกจัดทำขึ้นโดยบริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้ สามารถที่จะเรียกเก็บค่าบริการจากผู้ใช้บริการบางประเภทได้¹¹⁰ เช่น กฎหมาย loi n° 96-369 ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 1996 (มาตรา 42) บัญญัติให้บริการสาธารณะเกี่ยวกับการป้องกันอัคคีภัยของการปกครองส่วนจังหวัด (Département) สามารถร้องขออาสาสมัครโดย

¹⁰⁶ T. Confl., 6 มิถุนายน 1989, Préfet de la région Île-de-France c/ Ville de Pamiers.

¹⁰⁷ CE, Sect., 3 พฤศจิกายน 1997, Société Million et Marais.

¹⁰⁸ D.C., 12 กรกฎาคม 1979, Ponts à péage.

¹⁰⁹ CE, 5 ธันวาคม 1984, Ville de Versailles c/ Lopez.

¹¹⁰ เพิ่งอ้าง.

มีค่าจ้างสำหรับกิจกรรมดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการร้องขออาสาสมัครในบริการระดับรองอื่น ๆ เช่น การค้นหาสัตว์เลี้ยงที่สูญหายหรือการจัดตั้งค่อหรือแมลง หรือในกรณีแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการกีฬา เทศบาลสามารถที่จะร้องขอคืนเงินสำหรับช่วยเหลือบุคคลในการกีฬาได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าคณะเทศมนตรีได้มีมติเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวและได้ประกาศวิธีการขอคืนเงินดังกล่าวไว้ด้วยแล้ว¹¹¹

ในทำนองเดียวกัน แม้จะมีข้อกำหนดการให้เปล่าของบริการสาธารณะเกี่ยวกับการเรียนการสอนในทุกระดับชั้น ตามวรรคที่ 13 ของคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1946 กฎหมาย (loi) ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1951 ได้ยอมรับให้มหาวิทยาลัยเรียกเก็บค่าลงทะเบียนศึกษากฎหมายได้ และสภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว¹¹² ในทางตรงข้ามสภาแห่งรัฐกลับตรวจสอบกฎหมายที่บังคับเรียกเก็บภาษี redevance โดยใช้อัตราค่าใช้จ่ายประเภทค่าเอกสารชุด (dossier) เกี่ยวกับบริการหรือผลประโยชน์ที่ยังมิได้กำหนดประเภทไว้อย่างชัดเจน¹¹³

ในส่วนที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม หลักการยอมรับให้มีภาษี redevance เกี่ยวกับการใช้บริการ ถือเสมือนเป็นคำตอบแทนการให้บริการสาธารณะประเภทนี้โดยตรงจะเห็นได้จากมาตรา 2224-1, Code général des collectivités territoriales ที่กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเรียกเก็บภาษี redevance เพื่อสร้างความสมดุลในงบประมาณการจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้ และมาตรา 2224-2 Code général des collectivités territoriales ซึ่งห้ามมิให้เทศบาลใช้เงินสนับสนุนของรัฐเกี่ยวกับเงินเดือนมาสร้างสมดุลในงบประมาณของบริการสาธารณะดังกล่าว

อาจสรุปได้ว่า องค์ประกอบที่เป็นลักษณะพื้นฐานของบริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ก็คือการรับค่าบริการจากผู้ใช้¹¹⁴ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น พระราชกำหนด (l'ordonnance) n° 86-1243 ลงวันที่ 1 ธันวาคม 1986 เกี่ยวกับเสรีภาพของราคาและการแข่งขันทางการค้าก็จะมีผลใช้บังคับกับบริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ซึ่งรวมถึงการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวด้วย

สำหรับภาษี redevance ที่ถือเสมือนเป็นคำตอบแทนบริการนี้โดยทั่วไปจะเรียกเก็บในจำนวนเงินที่สอดคล้องกับราคาค่าบริการ กล่าวคือจำนวนเงินที่จะได้รับชำระจะเป็นสัดส่วนเท่ากับราคาค่าบริโภค(การให้บริการ) ของผู้ใช้บริการ¹¹⁵ อย่างไรก็ตาม ภาษี redevance อาจจะมีจำนวนเงินที่ถูกเรียกเก็บไม่เท่ากับราคาของบริการหรือผลประโยชน์ที่จัดให้ก็ได้โดยรวมเป็นส่วนหนึ่งกับค่าใช้จ่ายที่แน่นอน(frais fixes) นอกจากนี้ยังสามารถที่จะถูกปรับเปลี่ยนราคาไปได้เมื่อพิจารณาถึงผลประโยชน์ส่วนรวม แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาค¹¹⁶ บริการหรือผลประโยชน์ซึ่งก่อให้เกิดภาษี redevance จะต้องมิลักษณะที่สามารถกำหนดถึงความเฉพาะเจาะจงของการใช้(individualisable)¹¹⁷ และสามารถให้หรือประเมินราคาได้(quantifiable)¹¹⁸

¹¹¹ มาตรา L. 2321-2, 7° Code général des collectivités territoriales.

¹¹² CE, Ass., 28 มกราคม 1972, Conseil transitoire de la faculté de lettres et des sciences humaines.

¹¹³ CE, 10 ธันวาคม 1993, Université de Lyon III.

¹¹⁴ CE, 30 กันยายน 1996, Société Stéphanoise des eaux.

¹¹⁵ HERTZOG R., "Le prix du service public" AJDA. 1997, n° spécial, p.55.

¹¹⁶ CE, 21 ตุลาคม 1988, SNTA.

¹¹⁷ CE, 20 ธันวาคม 1969, Commune de Neville-la-Forêt.

¹¹⁸ CE, 23 พฤศจิกายน 1955, Syndicat du commerce en gros de la boucherie de Bordeaux, โปรดดู BLACHER Philippe "Le contrôle par le juge administratif de la tarification des services publics" Revue française finance publiques, 2000, p.175.

II ปัญหาของข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมายของทฤษฎีบริการสาธารณะ

ทฤษฎีบริการสาธารณะในช่วงแรกเป็นข้อความคิดที่มีลักษณะชัดเจนแน่นอนผูกติดกับระบบกฎหมายที่ประกอบไปด้วยเกณฑ์ต่าง ๆ สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งเอื้อประโยชน์ในการใช้อธิบายเนื้อหาของกฎหมายปกครองและคดีปกครองได้ดี จนกระทั่งประมาณปี 1950 ทฤษฎีบริการสาธารณะเริ่มประสบกับวิกฤติในทางเนื้อหาของข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมายที่เคยใช้ได้ดีตลอดมา จนไม่สามารถที่จะกำหนดชัดเจนลงไปถึงเนื้อหาของข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมายของบริการสาธารณะ

1. ปัญหาการไม่สามารถกำหนดเนื้อหาของข้อความคิด

ข้อความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากความต้องการของนักทฤษฎีสำนักรับบริการสาธารณะหรือสำนักบอร์โกโรสซีสที่มุ่งจะใช้เป็นหลักในการอ้างความชอบธรรมของรัฐให้มีความถูกต้องและเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น แทนการอ้างแต่หลักเรื่องอำนาจมหาชนที่มีมาแต่เดิม แต่เนื่องจากตัวความคิดของทฤษฎีบริการสาธารณะเองก็มีความขัดแย้งและเกือบลดทฤษฎีอำนาจมหาชนอยู่ในตัว ดังนั้น

ข้อความคิดบริการสาธารณะจึงแสดงออกมาผิดไปจากความหมายดั้งเดิม เป็นข้อความคิดที่ถูกขยายเนื่องจากเกณฑ์พื้นฐานแต่ละเกณฑ์ของข้อความคิดไม่สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และในที่สุดการเปลี่ยนไปของความหมายและเกณฑ์พื้นฐานที่ใช้ในทฤษฎีบริการสาธารณะทำให้ บริการสาธารณะกลายเป็นข้อความคิดที่ยากแก่การเข้าใจ

(1) ข้อความคิดที่มีความหมายหรือเนื้อหาแตกต่างไปจากเดิม

เดิมข้อความคิดเรื่องบริการสาธารณะมีจุดมุ่งหมายที่จะอธิบายความชอบธรรมของการกระทำของรัฐให้เป็นรูปธรรมและชัดเจนแทนการใช้ข้อความคิดเรื่องอำนาจรัฐหรืออำนาจมหาชนที่อธิบายความชอบธรรมของการกระทำของรัฐด้วยอำนาจทางนามธรรมที่ไม่ชัดเจน แต่ผลที่เกิดขึ้นกลับเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับที่คาดไว้ กล่าวคือเมื่อรัฐถูกกำหนดให้ดำเนินการตามเป้าหมาย คือความต้องการของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะโดยผ่านความชอบธรรมของคำว่า “การจัดทำบริการสาธารณะ” แล้ว รัฐได้รับการสันนิษฐานว่าไม่สามารถทำงานดังกล่าวล้มเหลวได้ แต่จะต้องทำให้งานดังกล่าวสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี¹¹⁹ อำนาจรัฐซึ่งแผ่อยู่ในรูปบริการสาธารณะจึงได้รับความชอบธรรมและสามารถอธิบายถึงจุดอ่อนที่เขย่งถูกดำเนิน(ว่าไม่มีขอบเขต)ได้ว่าอำนาจนี้เป็นอำนาจที่มีและใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม นอกจากนี้ การอธิบายว่ารัฐเองที่ตัดสินใจและเลือกกิจกรรมในการจัดทำบริการสาธารณะ¹²⁰ ได้ส่งผลให้อำนาจรัฐเข้มแข็งขึ้นและชอบธรรมมากขึ้น แทนที่จะทำให้การอ้างอำนาจรัฐลดน้อยลง

ศาสตราจารย์ ปีแอร์ เดลวอลเว่ (Pierre Delvolvé) แสดงความเห็นไว้ว่า “บริการสาธารณะที่เกิดขึ้นพร้อมเต็มที่ที่จะละเมิดเสรีภาพของประชาชน” (service public était potentiellement porteur de menaces contre les libertés publics)¹²¹ ดังต่อไปนี้

ประการแรก บริการสาธารณะที่เกิดขึ้นเป็นข้อความคิดที่ไม่แน่นอน เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐเป็นผู้กำหนดหรือตัดสินใจอะไรคือประโยชน์ส่วนรวม(ที่จะอ้างเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ) ดังนั้น บริการสาธารณะ(หรือการใช้อำนาจรัฐ)จึงไม่มีขอบเขตที่จำกัดไว้(จะใช้เมื่อใด อย่างไร เป็นไปตามการตัดสินใจของรัฐ)

บริการสาธารณะจึงอาจเป็นไปตามที่ ดูกีต์(Duguit) กล่าวว่าไว้ในความคิดของเขาว่า มีลักษณะหรือแนวโน้มตามธรรมชาติที่จะขยายตัวออกไปและก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจกรรมในภาคเอกชนได้ (une tendance naturelle à l'extension des services publics et ce au détriment des activités privées) สิ่งนี้แสดงให้เห็นเมื่อบริการสาธารณะมีลักษณะผูกขาด เสรีภาพในการดำเนินการทางเศรษฐกิจ

¹¹⁹ ทฤษฎีบริการสาธารณะในเชิงภาวะวิสัย ข้อ 1.1 หน้า 3-4.

¹²⁰ ทฤษฎีบริการสาธารณะในเชิงอัตวิสัย ข้อ 1.2 หน้า 4.

¹²¹ DELVOLVÉ Pierre, “Service Public et libertés publiques” RFDA, 1985, p.1.

(liberté d'entreprendre) จึงถูกละเมิด การแปรรูปทีวีช่อง 1 (TF1) ในฝรั่งเศสเมื่อปี 1986 จึงถือเป็นสิ่งหนึ่งที่นำไปสู่เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร (liberté de communication)

อย่างไรก็ตาม Evelyne Pisiér-Kouchner ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการผูกขาดไว้ว่า ความคิดข้างต้นเป็นการมองแบบลดทอนเสรีภาพของประชาชนที่มีลักษณะทั่วไป(liberté publique en général) และหลากหลายให้มีขอบเขตเพียงแค่เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ(liberté économique) เพราะควรตระหนักว่า การแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยวิธีการทางบริการสาธารณะได้รับรองและประกันเสรีภาพอื่นๆ อย่างถูกต้องเหมาะสมในเวลาเดียวกันด้วยเช่น เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเดินทางไปมา(liberté d'aller et venir) (ในกรณีบริการสาธารณะเกี่ยวกับการขนส่ง) หรือสิทธิอื่น ๆ เช่น สิทธิในการเรียกร้องปัจจัยพื้นฐาน (les droits créances) ในบริการสาธารณะเกี่ยวกับการเรียนการสอน การสาธารณสุข หรือความสงบของสังคม ในความหมายนี้ จึงไม่แน่นอนเสมอไปว่าเสรีภาพของประชาชนจะถูกคุ้มครองได้ดีหรือไม่ดี ถ้ากิจกรรมที่ดำเนินการอยู่ผูกขาดโดยกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจหรือแม้แต่ไม่มีการผูกขาดในระบบตลาดที่มีอยู่จริง¹²²

ประการที่สอง บริการสาธารณะจะละเมิดเสรีภาพการจัดทำกิจกรรมในภาคเอกชน โดยเข้าไปช่วยเหลือสนับสนุนการจัดทำกิจกรรม เพื่อให้เสรีภาพในการจัดทำกิจกรรมนั้นตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับเฉพาะของบริการสาธารณะ ตัวอย่างเช่น การนำสถาบันการสอนในภาคเอกชนไปอยู่ภายใต้ข้อบังคับของบริการสาธารณะเป็นการคุกคามเสรีภาพในเรื่องการเรียนการสอน อย่างไรก็ดี มีข้อโต้แย้งในประเด็นนี้ว่าการตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับดังกล่าว เป็นไปตามเหตุผลของการได้รับความช่วยเหลือทางการเงินที่ผู้รับผิดชอบสถาบันการสอนภาคเอกชนนั้นขอไป ไม่ใช่การกระทำโดยตรงของบริการสาธารณะ

ประการสุดท้าย ความขัดแย้งในตัวเองของข้อความคิดบริการสาธารณะนั้น มีอยู่แม้กระทั่งในคำจำกัดความที่ถูกเสนอโดยนักทฤษฎีสำนักรับบริการสาธารณะเอง เช่นความคิดของ แจซ(Jèze) ที่เสนอว่า ความต้องการของส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะจะได้รับการตอบสนองจากการดำเนินการที่มาจากบริการสาธารณะ ซึ่ง โอริอู(Hauriou) ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า การอ้างวิธีการตามแนวทางของบริการสาธารณะที่รัฐเป็นผู้จัดทำและเลือก เพื่อต้องการเน้นถึงการใช้เทคนิคพิเศษของกฎหมายมหาชนนั้น เป็นการอ้างอย่างไม่รู้ตัวถึงอำนาจมหาชนที่สำนักบริการสาธารณะคัดค้านมาโดยตลอด

(2) ข้อความคิดที่เกณฑ์พื้นฐานแต่ละเกณฑ์ไม่สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

ในระยะเริ่มแรกแม้ว่าในสายตาของนักทฤษฎี จะเห็นว่าข้อความคิดบริการสาธารณะมีลักษณะสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แต่ในทางปฏิบัติผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้พิพากษาต่างก็มิได้วางแนวทางหรือขอบเขตการใช้ที่แน่นอนให้แก่เกณฑ์พื้นฐานทั้งสามไว้ เกณฑ์ดังกล่าวจึงเกิดการขยายตัวและวิวัฒนาการอย่างรวดเร็ว เมื่อเวลาผ่านไป

(2.1) วิวัฒนาการของเกณฑ์พื้นฐานในแง่องค์กร

ในระยะเริ่มแรก ข้อความคิดบริการสาธารณะได้เกิดขึ้นบนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างบริการสาธารณะกับบุคคลตามกฎหมายมหาชน ตรงข้ามกับในระยะหลังที่บริการสาธารณะได้ขยายตัวรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างบริการสาธารณะกับบุคคลตามกฎหมายแพ่งด้วย วิวัฒนาการนี้เกิดจาก

ประการแรก สภาแห่งรัฐได้ยอมรับว่า บุคคล(ซึ่งรวมทั้งนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่ง) สามารถที่จะเข้ามาดำเนินการหรือจัดทำบริการสาธารณะได้¹²³ เช่น บริษัทที่ทำกิจกรรมสอดคล้องดูแลและช่วยเหลือสังคมเป็นบริษัทที่ทำกิจกรรมเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ(Caractère d'intérêt public) ต่อมาสภาแห่งรัฐได้ยืนยันหลักการนี้อย่างชัดเจน โดยพิพากษาในคดี Caisse primaire«Aide et protection»¹²⁴ ว่า สำนักประกันสังคม (Caisse de sécurité sociale) เป็นสถาบันตามกฎหมายแพ่งที่มีหน้าที่ดำเนินการและจัดทำบริการสาธารณะ คำพิพากษานี้ได้ถูกอ้างอิงและพิพากษามากันตลอดมาจนถึงถือเป็นหลักกฎหมายใหม่ของบริการสาธารณะ โดยเฉพาะ

¹²² PISIÉR-KOUCHNER Evelyne, Pouvoir n°36, 1986, p.143.

¹²³ CE, Ass., 20 ธันวาคม 1935, Etablissement Vezia.

¹²⁴ CE, Ass., 13 พฤษภาคม 1938, Caisse primaire "Aide et protection".

ใช้กับองค์กรต่างๆ ที่ตั้งขึ้นในยุคที่ฝรั่งเศสอยู่ภายใต้การปกครองของเยอรมันและมีเมืองหลวงอยู่ที่ Vichy เช่น คณะกรรมการเกี่ยวกับการจัดองค์กร (les comités d'organisation)¹²⁵ องค์กรวิชาชีพต่างๆ (les ordres professionnels)¹²⁶ กลุ่มจัดตั้งเพื่อการคุ้มครอง (les groupements de défense)¹²⁷ ศูนย์ป้องกันและต่อต้านโรคมะเร็ง (Centres de lutte contre le cancer)¹²⁸ สมาพันธ์ผู้ล่าสัตว์ (les fédérations de chasseurs)¹²⁹ และสมาพันธ์กีฬา (les fédérations sportives)¹³⁰

มีข้อสังเกตที่ควรตระหนักเสมอว่า กรณีนี้เป็นเรื่องที่บุคคลตามกฎหมายแพ่งไม่ได้เข้าจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐหรือฝ่ายปกครอง บุคคลดังกล่าวจึงถูกสันนิษฐานเบื้องต้นว่าไม่สามารถเข้าจัดทำบริการสาธารณะได้ เพราะไม่ใช่บุคคลตามกฎหมายมหาชนและมิได้จัดทำแทนบุคคลตามกฎหมายมหาชน ตามเกณฑ์พิจารณาในแง่องค์กร ดังนั้น เพื่อที่จะขอรับการจัดทำบริการสาธารณะของบุคคลตามกฎหมายแพ่ง

สภาแห่งรัฐจะนำเกณฑ์พิจารณาอื่นมาประกอบเสมอ ซึ่งก็คือ การใช้เกณฑ์เกี่ยวกับ “เป้าหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวม” หรือเกณฑ์เกี่ยวกับ “การใช้เอกสิทธิ์หรืออำนาจเหนือ” ในการจัดทำบริการดังกล่าว

ในทางตรงข้าม หากเป็นเรื่องที่บุคคลตามกฎหมายแพ่งเข้าจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐหรือฝ่ายปกครอง ความมีอยู่ของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐกับรัฐหรือองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่จัดทำบริการดังกล่าวจะต้องชัดเจนและต่อเนื่อง ในกรณีนี้ส่วนมากเอกชนจะเป็นเรื่องที่ได้รับการคัดเลือกหรือแต่งตั้งให้จัดทำบริการสาธารณะนั้นในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของรัฐ เสมือนเป็นองค์กรเฉพาะหรือเครื่องมือของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงไม่มีปัญหาต้องพิจารณาว่าเอกชนผู้นั้นจัดบริการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือใช้เอกสิทธิ์ของอำนาจรัฐในการจัดทำบริการหรือไม่ (เพราะเกณฑ์ในแง่องค์กรมีความเพียงพอในการให้ความชอบธรรม) รัฐหรือองค์กรของรัฐจึงมีอำนาจในการสร้าง การยกเลิกหรือกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กร และการดำเนินงานบริการสาธารณะ รวมทั้ง การฝึกอบรมแนวทางเบื้องต้นในการทำงานแก่เอกชนผู้จัดทำ กล่าวโดยสรุป บริการสาธารณะก็ยังคงแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกับอำนาจมหาชนไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม

ประการที่สอง รัฐหรือองค์กรของรัฐจะไม่เข้าไปจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ เองโดยตรงแต่จะใช้การทำสัญญาสัมปทาน มอบให้เอกชนหรือรัฐวิสาหกิจเข้ามาจัดการแทน ซึ่งเดิมเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายปกครอง แต่ขยายตัวมากขึ้นเรื่อยๆ จนนักทฤษฎีหลายท่าน¹³¹ ออกมาแสดงความไม่เห็นด้วย เนื่องจากรัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่มุ่งกำไร มิได้มีเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น จึงไม่สมควรให้เข้ามาจัดทำบริการสาธารณะโดยมีสิทธิเรียกร้องหรืออ้างสิทธิพิเศษใด ๆ ได้เหมือนบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำ รัฐวิสาหกิจประเภทนี้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว และมีจำนวนมากพอสมควร ในกิจการของการธนาคาร เช่น BNP Paris bas, Société générale กิจการประกันภัยต่างๆ เช่น AGF, GAN, UAP หรือกิจการประเภทอุตสาหกรรม เช่น Renault, Rhône-Poulenc, Elf Aquitaine ต่อมาเมื่อฝรั่งเศสทำการแปรรูปวิสาหกิจที่จัดทำบริการสาธารณะของรัฐในปี 1986 และปี 1993 รัฐวิสาหกิจที่อ้างว่าจัดทำบริการสาธารณะของรัฐดังกล่าวจึงลดลงอย่างรวดเร็ว

(2.2) วิวัฒนาการของเกณฑ์พื้นฐานในแง่วัตถุประสงค์ของภารกิจ

เกณฑ์วัตถุประสงค์ที่ใช้ประโยชน์สาธารณะเป็นหลักในการพิจารณาความเป็นบริการสาธารณะมีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปเพราะประโยชน์สาธารณะโดยตัวของมันเองแล้ว มีลักษณะพลวัตร

¹²⁵ CE, Ass., 31 กรกฎาคม 1942, Montpeurt.

¹²⁶ CE, Ass., 2 เมษายน 1943, Bouguen.

¹²⁷ CE, Sect., 13 มกราคม 1961, Magnier.

¹²⁸ T. Conf., 20 พฤศจิกายน 1961, Centre régional de lutte contre le cancer “Eugène-Marguis”.

¹²⁹ CE, 4 เมษายน 1962, Chevassier.

¹³⁰ CE, Sect., 22 พฤศจิกายน 1974, Fédération des industries françaises d'articles de sport.

¹³¹ เช่น DEBBASCH Charles, Institutions et droit administratif, tome II, PUF, 1998, p.69.

สอดคล้องและเกี่ยวข้องกับบริบทของประวัติศาสตร์ การเมือง เศรษฐกิจ เทคโนโลยี และสังคมที่ผ่านการพิจารณาและกำหนดโดยรัฐหรืออำนาจมหาชนในแต่ละยุคสมัย ดังนั้น การใช้ประโยชน์สาธารณะเป็นเกณฑ์จึงมีลักษณะ “อวัสัย” ซึ่งขึ้นอยู่กับ “เจตนาของรัฐ”

ประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้นและได้รับการยอมรับอาจจะไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะในปีก่อน ๆ มาหรือในปีถัดไปก็ได้ เช่น ละครเวที เดิมมีความเห็นของ โอริอู (Hauriou) ในบันทึกข้อสังเกตท้ายคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ คดี Astruc ว่า “ละครเวทีเป็นที่รวมของความเสื่อมเสียศีลธรรม แสดงออกถึงความไม่เหมาะสมเนื่องจากทำให้ประชาชนติดอยู่กับจินตนาการ ฝักใฝ่อยู่กับชีวิตที่เพ้อฝัน อีกทั้งยังกระตุ้นอารมณ์ความรัก เป็นสิ่งที่มีอันตรายเทียบได้กับการคิดเกมสัการพนันหรือการดื่มกิน” (Le théâtre renferme des éléments de démoralisation, représente l'inconvénient majeur d'exalter l'imagination d'habituer les esprits à la vie factice et fictive et d'exciter les passions de l'amour, lesquelles sont aussi dangereuses que celles du jeu et de l'intempérance)¹³² ต่อมา 30 ปีให้หลัง สภาแห่งรัฐได้ตัดสินว่า กิจกรรมละครเวทีเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะของท้องถิ่น “เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ที่จะจัดทำบริการที่สืบทอดกันมาในเรื่องของคุณภาพของการแสดงละครเวที... โดยให้ความสำคัญและมุ่งคุ้มครองประโยชน์ทางศิลปะดังกล่าวในกรณีที่ถูกนำไปแสวงหาผลประโยชน์ในทางการค้า (pour but d'assurer un service permanent de représentations théâtrales de qualité [...] en faisant prédominer les intérêts artistiques sur les intérêts commerciaux de l'exploitation)”¹³³

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างแสดงให้เห็นว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นหลักการที่เปลี่ยนแปลงตามสถานการณ์(contingent) และมีลักษณะสัมพัทธ์(relative) เช่น เดิมการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าแทรกแซงดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ ถือว่าเป็นการละเมิดเสรีภาพทางการค้าและอุตสาหกรรมจึงไม่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ต่อมาสภาแห่งรัฐได้วางหลักกฎหมายใหม่โดยมองการแทรกแซงดังกล่าวเป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่งเพราะเป็นการกระทำที่มุ่งตอบสนองความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ¹³⁴ และยังยอมรับว่าประโยชน์สาธารณะมีได้ในขอบเขตที่หลากหลาย¹³⁵ เมื่อมีความต้องการของประชาชนเกิดขึ้นในขณะที่มีความขาดแคลนบริการหรือยังไม่มีการจัดทำบริการดังกล่าวในภาคเอกชน เช่น ในเรื่องการท่องเที่ยว¹³⁶ ในเรื่องกักตุนอาหาร¹³⁷ เรื่องทันตแพทย์¹³⁸ หรือความช่วยเหลือทางกฎหมาย¹³⁹

ประโยชน์สาธารณะจึงมีขอบเขตที่ขยายกว้างออกไปและเปิดพร้อมสำหรับการขยายตัวที่ไม่จำกัดของบริการสาธารณะ ผลก็คือว่าประโยชน์สาธารณะกลายเป็นเกณฑ์หรือเป็นมาตรฐานที่กว้างและไม่ชัดเจนพอที่จะเป็นตัวกำหนดลักษณะเฉพาะของบริการสาธารณะ¹⁴⁰

เมื่อยอมรับการแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยการจัดทำบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ ของรัฐหรือองค์กรของรัฐ และความหมายของประโยชน์สาธารณะได้ขยายตัวเปลี่ยนไป สภาแห่งรัฐได้พยายามใช้เกณฑ์ในเรื่องประโยชน์สาธารณะอย่างเข้มงวดมากขึ้น กล่าวคือจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่ากิจกรรมอุตสาหกรรมและ

พาณิชย์กรรมเป็นบริการที่สงวนไว้ให้กับบุคคลหรือองค์กรในภาคเอกชน¹⁴¹ หากว่ากิจกรรมหนึ่ง ๆ จัดทำโดยบุคคลหรือองค์กรภาคเอกชน สภาแห่งรัฐจะค้นหาวงกิจกรรมนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงหรือไม่(un intérêt général caractérisé) การขาดลักษณะ

¹³² CE, Sect., 7 เมษายน 1916, Astruc.

¹³³ CE, 21 มกราคม 1944, Léoni.

¹³⁴ CE, Sect., 30 พฤษภาคม 1930, Chambre syndicale des communes en détail de Nevers.

¹³⁵ CE, 25 มีนาคม 1966, Ville de Royan.

¹³⁶ CE, 18 ธันวาคม 1936, Prade.

¹³⁷ CE, 25 กรกฎาคม 1986, Commune de Mercoeur c/ Morand.

¹³⁸ CE, Sect., 20 พฤศจิกายน 1964, Ville de Nanterre.

¹³⁹ CE, Sect., 23 ธันวาคม 1970, Préfet du Val-d'Oise c/ Commune de Montmagny.

¹⁴⁰ PONTIER Jean Marie, “ L'intérêt général existe-t-il encore?” Dalloz, 1998, p.327.

¹⁴¹ CE, 4 กรกฎาคม 1984, Département de la Meuse c/ Poilera

ของประโยชน์สาธารณะที่ชัดเจนพอสมควร จะถูกปฏิเสธถึงความเป็นบริการสาธารณะ เช่น กรณีบริษัทที่จัดแข่งขันวิ่งม้าและการพนันอยู่ในตัว ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะที่ชัดเจนพอสมควร จึงไม่ใช่บริการสาธารณะ¹⁴² ซึ่งรวมทั้งกรณีของบริษัทที่จัดเกมส์

ชิงรางวัล (la française des jeux)¹⁴³

ปัญหาจึงเหลืออยู่แต่เพียงว่า อะไรคือประโยชน์สาธารณะที่จะใช้เป็นเกณฑ์ตัดสินความเป็นบริการสาธารณะของกิจการหนึ่งๆ ในเรื่องนี้ ศาลแห่งรัฐได้แสดงนัยความคิดเกี่ยวกับความหมายของประโยชน์สาธารณะว่า “ประโยชน์สาธารณะคือประโยชน์ส่วนรวมที่ได้จากการประสานหรือปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพขนบธรรมเนียมประเพณี ความคิดหรือจิตสำนึกของสังคม และวิทยาการทางเทคนิคต่างๆ” (ที่มีอยู่ในสังคม) ([...] cette conception relative de l'intérêt général présente l'avantage d'adapter les pratiques juridiques à l'état des mœurs, des mentalités et des techniques) ดังนั้น บริการด้วยกฎหมาย คำพิพากษา และข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทางอินเทอร์เน็ตในทุกวันนี้ จึงถือเป็นบริการสาธารณะตามนัยของประโยชน์สาธารณะข้างต้น¹⁴⁴ เกณฑ์การกำหนดความหมายว่าสิ่งใดเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือไม่อย่างตายตัว ตามแนวความคิดของนักทฤษฎีดั้งเดิมจึงไม่สามารถนำมาใช้กับยุคสมัยใหม่ได้ต่อไป

(2.3) วิวัฒนาการของเกณฑ์พื้นฐานในเนื้อหาของกฎหมาย

สำหรับนักกฎหมายสำนักบอร์โกโคซ์ การตอบสนองความต้องการของประโยชน์สาธารณะได้เรียกร้องและนำไปสู่ความจำเป็นในการใช้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายพิเศษ(กฎหมายปกครอง) ที่แตกต่างจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายธรรมดา(กฎหมายแพ่ง) ในกิจการที่เรียกว่าบริการสาธารณะ แนวความคิดนี้มาจากพื้นฐานความคิดดั้งเดิมของตุลาการผู้แถลงคดี Romieu ในคดี Terrier¹⁴⁵ ที่อ้างถึงบทสันนิษฐานทั่วไปเกี่ยวกับลักษณะของการจัดการภาครัฐ(la gestion publique) และบทสันนิษฐานทั่วไปเกี่ยวกับลักษณะของการจัดการภาคเอกชน(la gestion privée) เพื่อชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกิจกรรมภาครัฐที่โดยสภาพแล้วอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองกับกิจกรรมภาคเอกชนที่โดยสภาพแล้วอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่ง สถานะและความแตกต่างทางกฎหมายของกิจกรรมนี้เองที่ทำให้การจัดการภาครัฐเป็นบทสันนิษฐานในแง่เนื้อหาของกฎหมายของบริการสาธารณะ ซึ่งได้รับการยืนยันอย่างรวดเร็วจากศาลคดีขัดกัน¹⁴⁶ และศาลแห่งรัฐ¹⁴⁷

ต่อมาเกิดการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับเนื้อหาของกิจกรรมหรือบริการของรัฐซึ่งเป็นผลจากคำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน Bac d'Eloka¹⁴⁸ ว่าในกรณีรัฐอาณานิคมโคต ไอวอรี (Côte-d'Ivoire) จัดทำบริการขนส่งทางเรือภายใต้เงื่อนไขเดียวกับบริการอุตสาหกรรมทั่วไปในภาคเอกชน กิจกรรมหรือการจัดการภาครัฐดังกล่าวถือเป็นบริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม และอยู่ภายใต้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่ง ดังนั้นมาจึงมีการแบ่งแยกกิจกรรมหรือการจัดการภาครัฐในเชิงอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมออกจากกิจกรรมหรือการจัดการภาครัฐในเชิงปกครอง ซึ่งด้านหนึ่ง ได้ส่งผลให้เกิดการขยายตัวอย่างมากมายของบริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมภาครัฐและการขยายลงไปถึง ใดๆ ของความคิดเรื่องเสรีนิยมดั้งเดิมในทางเศรษฐกิจ(การขยายตัวของความคิดเรื่องการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ) อีกด้านหนึ่ง ความหมายของการจัดการภาครัฐถูกขยายรวมไปถึงการจัดการในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมด้วย ดังนั้น การจัดการภาครัฐจึงอาจจะอยู่ภายใต้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่งเมื่อกิจกรรมมีลักษณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมหรือกฎหมายปกครองเมื่อกิจกรรมมีลักษณะในเชิงปกครอง การใช้เกณฑ์เนื้อหาของกฎหมายตามบทสันนิษฐานเรื่องการจัดการภาครัฐ จึงไม่สามารถอธิบายถึงความเป็นบริการสาธารณะ(บริการที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ) ได้อย่างเหมาะสมต่อไป

¹⁴² CE, 9 กุมภาพันธ์ 1979, Société d'encouragement pour l'amélioration des races des chevaux.

¹⁴³ CE, Sect., 27 ตุลาคม 1999, Rolin, โปรดดู. TRUCHET Didier, "L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre" EDCE 1999, n°50, p.361.

¹⁴⁴ CE, 17 ธันวาคม 1997, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris.

¹⁴⁵ CE, 6 กุมภาพันธ์ 1903, Terrier.

¹⁴⁶ T. Conf., 4 มิถุนายน 1910, Compagnie d'Assurances Le Soleil.

¹⁴⁷ CE, 31 กรกฎาคม 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges.

¹⁴⁸ T. Conf., 22 มกราคม 1921, Société commerciale de l'ouest africain.

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตประการสำคัญว่า ในความเป็นจริงแล้วการกล่าวถึงเกณฑ์พื้นฐานในแง่เนื้อหาของกฎหมาย(นิติสัมพันธ์ที่อยู่ใต้กฎหมายพิเศษ(กฎหมายปกครอง))ไม่เหมาะที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นบริการสาธารณะต่อไปนั้น อาจไม่เป็นความจริงทั้งหมด เนื่องจากหากพิจารณาในแง่ของคดีหรือระดับความมากน้อยของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายพิเศษ(กฎหมายปกครอง) ที่มีอยู่ในตัวบริการสาธารณะแล้ว บริการสาธารณะทุกประเภทจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษนี้มากหรือน้อยแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับลักษณะของบริการสาธารณะ กล่าวคือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองโดยแท้จะอยู่ภายใต้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม บริการสาธารณะประเภทนี้อาจจะมีบางส่วนอยู่ภายใต้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่งด้วยก็ได้ เช่น หากเป็นกรณีภาคเอกชนเข้าจัดทำบริการสาธารณะประเภทนี้

ในทางตรงกันข้าม ระดับของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองจะมีอยู่น้อยหรือมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นในบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม กล่าวคือ โดยหลักแล้วนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคลากรกับบริการสาธารณะประเภทนี้จะอยู่ภายใต้สัญญาจ้างแรงงาน ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการหรือลูกค้ากับบริการสาธารณะจะเป็นไปตามสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์ ส่วนสัญญาระหว่างบริการสาธารณะกับบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม เช่น ผู้จัดหาวัสดุอุปกรณ์ จะอยู่ภายใต้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายแพ่งเช่นกัน¹⁴⁹ ยกเว้นกรณีที่สัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษ(clause d'exorbitant) ที่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายแพ่งพาณิชย์ทั่วไปหรือมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับการหรือจัดทำงานโยธาสาธารณะ (Travaux public) สำหรับกฎเกณฑ์ทางการเงินของบริการสาธารณะประเภทนี้ไม่อยู่ภายใต้บังคับการบัญชีสาธารณะ(Comptabilité publique)ของรัฐ ความรับผิดชอบ (responsabilité) ของบริการเป็นไปตามกฎเกณฑ์ความรับผิดทางกฎหมายแพ่ง ยกเว้นความเสียหายจากงานโยธาสาธารณะที่เกิดแก่บุคคลภายนอก¹⁵⁰ หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจเหนือของรัฐหรือฝ่ายปกครอง(เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน) เช่น ความเสียหายจากการใช้อำนาจเวนคืน¹⁵¹

อย่างไรก็ตาม ในทางกลับกันความมีอยู่ของสัญญาทางปกครองที่ใช้กับนิติสัมพันธ์ในหลายๆ เรื่อง เช่น นิติฐานะของบุคลากรในระดับผู้บริหาร สิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่อยู่ในที่ดินสาธารณะประโยชน์ การกำหนดกฎเกณฑ์การจัดองค์กรของการบริการ การใช้อำนาจเหนือของรัฐหรือฝ่ายปกครองหรือกรรมการใช้อำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคต่อหน้าบริการสาธารณะ หลักการปรับตัวของบริการสาธารณะ เป็นสิ่งที่ขึ้นต้นถึงลักษณะแน่นอนบางประการของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมที่ใช้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายพิเศษ(กฎหมายปกครอง) เสมอ ซึ่งอาจมองได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของระบบกฎหมายทั่วไป(กฎหมายแพ่ง)ที่ใช้เป็นเนื้อหาหลักในบริการสาธารณะประเภทนี้เช่นกัน

ระบบกฎหมายพิเศษ(กฎหมายปกครอง)ในบริการสาธารณะทางปกครองโดยแท้รวมทั้งส่วนที่อยู่ในบริการสาธารณะเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมนี้ อธิบายได้เสมอว่าบริการดังกล่าวจะต้องมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำประโยชน์สาธารณะไม่มากนัก

นอกจากนี้ ความมีอยู่ของกฎหมายพิเศษ(กฎหมายปกครอง) ในบริการสาธารณะจะแสดงให้เห็นถึงระดับหรือคดีของวิธีจัดทำบริการสาธารณะนั้นว่าเป็นการจัดทำโดยการควบคุมเองโดยตรงหรือมอบหมายให้ดำเนินการมากน้อยเพียงใด หรือองค์กรที่จัดทำนั้นเป็นองค์กรฝ่ายปกครองหรือเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจมาเล็กน้อยเพียงใดจากฝ่ายปกครอง อีกด้วย

กล่าวโดยรวมแล้ว ลักษณะผสมในระบบกฎหมายของบริการสาธารณะหนึ่งๆ ได้สร้างความซับซ้อนอย่างมากให้กับผู้ฟ้องหรือผู้ถูกฟ้อง (justiciable) และผู้ที่มีหน้าที่ตัดสินใจในการกำหนดลักษณะของบริการสาธารณะนั้นๆ อย่างไรก็ตาม สิ่งนี้อาจจะไม่เกิดเป็นประเด็นปัญหาถ้าเราก็คำนวณแนวคำสอนของเจแซ (Jèze) ที่ว่าระบบ (régime) เป็นเพียงผล (consequence) ของการปรับบทหรือการให้ลักษณะทางกฎหมาย (qualification juridique) แก่กิจกรรมที่ถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจรัฐ เมื่อการปรับบทหรือให้ลักษณะทางกฎหมายมีความไม่แน่นอนสมำเสมอ จะเห็นความจริงที่ว่าระบบ(ซึ่งเป็นผลของการปรับบท)ดังกล่าวเป็นระบบที่ยังไม่แน่นอนระบบหนึ่งที่เปิดช่องให้มีการพิจารณา(ปรับบท)เสมอว่าสิ่งนั้นเป็นบริการสาธารณะหรือไม่ ดังนั้น บริการสาธารณะจึงขึ้นอยู่กับการปรับบทและระบบที่ยังไม่แน่นอนเสมอ ข้อความคิดบริการสาธารณะจึงเริ่มกลายเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเข้าใจได้

(3) ข้อความคิดที่ไม่สามารถเข้าใจได้

¹⁴⁹ T. Confl., 11 กรกฎาคม 1933, Dame Mélinette.

¹⁵⁰ CE, Sect., 25 เมษายน 1958, Veuve Barbaza.

¹⁵¹ CE, Sect., 23 กันยายน 1970, EDF c/ Farsat

เมื่อย้อนกล่าวไปถึงทฤษฎีในช่วงแรก บริการสาธารณะเป็นข้อความคิดหรือหลักการ(concept)ที่สามารถเข้าใจได้ และสามารถให้คำจำกัดความอย่างเป็นนามธรรม (abstraite) สอดคล้องเป็นหนึ่ง (unique) และครบถ้วนสมบูรณ์ (complète) โดยใช้เกณฑ์พื้นฐานทั้ง 3 เกณฑ์ ต่อมา วิวัฒนาการที่ทำให้มีการขยายตัวอย่างไม่สอดคล้องกันของเกณฑ์พื้นฐานทั้งสามทำให้บริการสาธารณะไม่สามารถที่จะเป็นข้อความคิดหรือหลักการต่อไปได้ ศาสตราจารย์ จีออร์จ เวเดล(George Vedel) เรียกบริการสาธารณะที่มีวิวัฒนาการนี้ว่าข้อความคิดที่เป็นแนวทางการใช้(notion fonctionnelle)¹⁵² หมายความว่า บริการสาธารณะยังคงมีบทบาทสำคัญบางประการในระบบเครือข่ายของกฎหมายแม้ว่าจะสูญเสียคำนิยามที่แน่นอนไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริการสาธารณะยังคงเป็นเกณฑ์ที่แน่นอนและจำเป็นสำหรับคำนิยามของกฎหมายปกครองและคดีปกครอง

ศาสตราจารย์ดิดิเยร์ ทรูเช (Didier Truchet) กล่าวว่า “บริการสาธารณะได้กลายเป็นเพียง “ชื่ห่อ”(label) หรือเครื่องหมายการค้าที่ให้ความชอบธรรมแก่อำนาจรัฐ หรือเป็นรหัสผ่านที่ตุลาการใช้หรืออ้างเขตอำนาจในคดีที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะด้าน (le service public est devenu un “label”, c’est-à-dire une simple étiquette attribuée par les pouvoirs publics ou encore un mot de passe utilisé par le juge dans un certain nombre d’espèces contentieuse) ”¹⁵³

นอกจากนี้ วิกฤตในเรื่องข้อความคิดบริการสาธารณะยังเกิดจากการใช้กฎหมายของตุลาการศาลปกครองเองด้วย จะเห็นได้จากคำกล่าวของตุลาการศาลปกครองเฮโน (Chenot) ว่า¹⁵⁴ “ตุลาการผูกพันอยู่กับการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทในคดี งานของตุลาการจึงเป็นงานในเชิงประสพการณ์ที่อาศัยความเชี่ยวชาญในทางปฏิบัติ (empirique) ตัดสินข้อพิพาทตามข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป ซึ่งอาจให้ผลไม่สอดคล้องกับหลักการทั้งหลายที่มีอยู่ โดยเฉพาะการใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะพิพากษาคดี บริการสาธารณะไม่ได้เป็นแค่เพียง “ชื่อย่อ”(un mot) เครื่องมือหรือวิธีการที่ถูกนำมาใช้(un moyen employé) เพื่อกำหนดให้สถานการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองอีกต่อไป บริการสาธารณะยังเป็นสิ่งที่มีขอบเขตไม่แน่นอน(แล้วแต่การใช้)อีกด้วย ในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ฌอง ริเวโร(Jean Rivero) ได้แสดงความไม่เห็นด้วยกับทัศนะการใช้กฎหมายของเฮโน (Chenot) เกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะว่า “การปฏิเสธทุกคำจำกัดความทางภาวะวิสัย(définition objective) การใช้ความคิดเรื่องบริการสาธารณะในการพิจารณาคดีของตุลาการจึงเสี่ยงที่จะถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้”¹⁵⁵ การคุ้มครองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียในคดีเป็นหน้าที่อีกด้านหนึ่งในการตัดสินใจ ดังนั้น ตุลาการจึงต้องค้นหาเกณฑ์ในการพิจารณาอื่น ๆ มาใช้ร่วมกับเกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะเพื่อหลีกเลี่ยงการตัดสินใจโดยอำเภอใจ

ด้วยเหตุนี้เองที่ทำให้สภาแห่งรัฐพยายามสร้างเกณฑ์ของข้อความคิดเรื่องบริการสาธารณะขึ้นใหม่โดยยึดหลักการในคำพิพากษาคดี Narcy¹⁵⁶ มาใช้ กล่าวคือ ข้อความคิดเรื่องบริการสาธารณะจะประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ (แม้ว่าองค์ประกอบทั้งสามนี้จะเพียงเกณฑ์ชั่วคราวและยังไม่เป็นที่ยอมรับทั่วไป) ประการแรก กิจกรรมที่ถูกพิจารณาจะต้องเป็นสิ่งที่ตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะประการที่สอง กิจกรรมนั้นได้ดำเนินการภายใต้การควบคุมของอำนาจรัฐ และประการสุดท้าย มีการใช้อำนาจเหนือ(เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน) ในกิจกรรมนั้น อย่างไรก็ตาม เกณฑ์เหล่านี้ก็ดูเหมือนมิได้รับการนำมาใช้เป็นหลักแต่อย่างใด เพราะคำพิพากษาต่อมาของสภาแห่งรัฐได้พิจารณาความเป็นบริการสาธารณะโดยมิได้พิสูจน์ถึงความมีอยู่ของอำนาจเหนือที่ใช้ในบริการที่ถูกพิจารณา¹⁵⁷ ข้ายังกล่าวว่า ลักษณะอำนาจเหนือในกิจกรรมที่ถูกพิจารณาไม่ได้มีผลเกี่ยวกับการกำหนดว่ากิจกรรมใดมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะหรือไม่

ความจริงแล้ว หากวิเคราะห์ลงไปหลักการจะเห็นว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ไม่น่าจะเป็นเรื่องความเข้าใจที่แตกต่างกัน แต่ดูเหมือนจะเป็นเรื่องบทสันนิษฐานเกี่ยวกับผู้จัดทำบริการสาธารณะที่ตุลาการศาลปกครองยึดถือกันมา กล่าวคือ เมื่อบริการสาธารณะถูกจัดทำโดย

¹⁵² VEDEL George, “De l’arrêt Septfonds à l’arrêt Barinstein” JCP 1948, Doctr. n°682 ; “La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait” JCP 1950, Doctr. n°851.

¹⁵³ TRUCHET Didier, “Label de service public et statut de service public” AJDA, 1982, p.427.

¹⁵⁴ CHENOT B., “La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d’Etat, EDCE, 1950, p.77.

¹⁵⁵ RIVERO Jean, “Apologie pour les faiseurs de système” Dolloz, 1951, p.99.

¹⁵⁶ CE, 28 มิถุนายน 1963, Narcy.

¹⁵⁷ ตัวอย่างเช่น CE, 20 กรกฎาคม 1990, Ville de Melun.

ฝ่ายปกครองหรือรัฐ ตุลาการมักจะไม่ค้นหาความมีอยู่หรือการใช้อำนาจเหนือในกิจกรรมดังกล่าว เพราะแม้ว่าจะไม่ปรากฏอย่างชัดเจนก็สามารถพิจารณาได้จากนัยที่แสดงออกโดยองค์กรผู้จัดทำ ในทางตรงกันข้าม ฝ่ายบริการสาธารณะนั้นถูกจัดทำหรือดำเนินการโดยองค์กรเอกชน ตุลาการศาลปกครองมักจะค้นหาอย่างที่สุดเพื่อให้ทราบถึงความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของการใช้อำนาจเหนือในกิจกรรมดังกล่าว เพราะสิ่งนี้นั้นที่พิสูจน์ว่าเอกชนเข้าจัดทำกิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะหรือไม่

ระบบสันนิษฐานสองด้านที่เป็นหลักกฎหมายนี้ให้คนแก่ผู้จัดทำบริการสาธารณะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองหรือรัฐโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงลักษณะการใช้อำนาจเหนือในกิจกรรมที่จัดทำ ดังนั้น รัฐจึงมิได้ใช้อำนาจเหนือใด ๆ นอกจากวิธีการทางแพ่งที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแพ่งในการจัดทำบริการอาจได้รับประโยชน์จากบทสันนิษฐานว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะได้ ในทางตรงข้าม กลับให้ภาระแก่เอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะที่จะต้องพิสูจน์ถึงการใช้อำนาจเหนือแทนรัฐ มิฉะนั้นจะไม่ถือว่าเป็นกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะ(ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นได้ว่าถ้าเอกชนอ้างว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะจะได้รับประโยชน์จากบทสันนิษฐานข้างต้นโดยไม่ต้องพิสูจน์ความมีอยู่ของการใช้อำนาจเหนือหรือไม่ เช่น โดยได้รับการมอบหมายมา หรือกระทำการเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครองของรัฐ)

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะกลับด้านที่เลือกของบทสันนิษฐานเพื่อพิสูจน์ด้วยว่าในบางกรณีรัฐได้ใช้อำนาจเหนือจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ หรือในกรณีกลับกันหากเอกชนผู้จัดทำกิจกรรมดังกล่าวได้รับการคัดเลือกเข้าทำงานที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือได้รับมอบหมายให้ใช้เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน ก็ควรได้รับประโยชน์จากบทสันนิษฐานตามเกณฑ์ในแง่ขององค์กรเนื่องจากถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐด้วย อย่างไรก็ตาม โดยสรุปสภาแห่งรัฐก็ไม่ได้ยกเลิกหลักกฎหมายนี้ทั้ง ๆ ที่สามารถจะสร้างหลักกฎหมายใหม่ให้ครบถ้วนสมบูรณ์ได้

2. ปัญหาการไม่สามารถกำหนดแนวทางการใช้

แม้ว่าบริการสาธารณะจะเป็นสิ่งที่ถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองและแสดงลักษณะพื้นฐานของกฎหมายปกครองเสมอมาก็ตาม แนวทางการใช้ดังกล่าวก็ยังมีลักษณะอุดมคติอยู่ เนื่องจากในความเป็นจริงแล้ว ด้านหนึ่งเกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะแสดงบทบาทสำคัญของตนได้เฉพาะในการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ก็มิได้เป็นเกณฑ์ความคิดเดียวที่ถูกใช้หรือใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพทุกกรณี ยังคงมีเกณฑ์หรือความคิดในเรื่องอื่นที่ถูกนำมาใช้กำหนดเขตอำนาจของศาลปกครอง อีกด้านหนึ่ง ลักษณะพิเศษของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสทำให้บทบาทของเกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะในการกำหนดลักษณะพื้นฐานของกฎหมายปกครองถูกได้แข่งแข่งขันจากเกณฑ์ความคิดอื่นเช่นกัน

(1) บริการสาธารณะไม่ใช่แนวทางการใช้ที่มีประสิทธิภาพแนวทางเดียวในการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครอง

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐได้แสดงให้เห็นถึงการใช้นิยามความคิดอื่น ๆ นอกจากแนวความคิดบริการสาธารณะในการกำหนดเขตอำนาจของตนมาเป็นเวลานานแล้ว แนวความคิดเหล่านี้ได้แก่

(1.1) แนวความคิดเรื่องเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน (Prérogatives de puissance publique)

แนวความคิดนี้เป็นเกณฑ์ที่ใช้โดยตรงกับเรื่องที่มีประเด็นต้องแยกแยะความแตกต่างระหว่างองค์กรมหาชนอิสระทั่วไป (établissements publics) กับองค์กรมหาชนอิสระที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการประกาศใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์สาธารณะในการเวนคืนหรือการโยธาสาธารณะ (établissements d'utilité publique)¹⁵⁸ ต่อมาแนวคิดเรื่องเอกสิทธิ์อำนาจมหาชนถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางภาษีเพื่อกำหนดจุดเกาะเกี่ยวระหว่างข้อพิพาททางภาษีของบริการดังกล่าวกับเขตอำนาจของศาลปกครอง¹⁵⁹

¹⁵⁸ T. Confl, 9 ธันวาคม 1899, Association syndicale du Canal de Gignac.

¹⁵⁹ T. Confl, 10 กรกฎาคม 1956, Société Bourgogne-Bois.

(1.2) แนวความคิดเรื่องข้อกำหนดพิเศษที่แตกต่างจากข้อกำหนดตามสัญญาทั่วไปในหลักกฎหมายแพ่ง (Clauses exorbitantes du droit commun)

แนวความคิดนี้เป็นเกณฑ์ที่แยกออกมาจากเกณฑ์เรื่องเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน เพราะเป็นเรื่องการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิพิเศษบางประการ(หรือมีอำนาจเหนือ) โดยข้อกำหนดของสัญญาที่ไม่สามารถมีได้ตามหลักสัญญาทั่วไปทางแพ่ง ความคิดนี้จึงเป็นเกณฑ์ที่ใช้กำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง¹⁶⁰ (Contrat administratif)

(1.3) แนวความคิดเรื่องสถานการณ์หรือกิจกรรมที่สามารถจะเทียบได้กับสถานการณ์หรือกิจกรรมของเอกชน (Situations ou des activités sont comparables à celles de particulier)

ความคิดนี้ใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบริการใดจะมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะในเชิงอุตสาหกรรมและพาณิชย์
รวม¹⁶¹

(1.4) แนวความคิดเรื่อง ฐานทางรัฐธรรมนูญของกฎหมายปกครอง (Les basses constitutionnelles du droit administratif)¹⁶²

ศาสตราจารย์จอร์จ เวเดล (George VEDEL) ได้เสนอเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า รัฐธรรมนูญจะสวนคดียุติได้เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะในเรื่องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนการใช้อำนาจโดยมิชอบ(l'excès de pouvoir) ให้แก่ตุลาการศาลปกครอง เนื่องจากมีการใช้อำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน¹⁶³ หลักการนี้ได้รับการยืนยันในคำพิพากษาของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ DC., 23 มกราคม 1987, Conseil de la Concurrence อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ก็มิได้ห้ามการใช้เกณฑ์ทางกฎหมายอื่น โดยเฉพาะเกณฑ์ที่ใช้ทฤษฎีบริการสาธารณะเป็นตัวกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครอง เพียงแต่จะต้องรองรับเกณฑ์ดังกล่าวเป็นด้วยบทกฎหมายเสียก่อน เพื่อให้สอดคล้องกับฐานทางรัฐธรรมนูญของกฎหมายปกครอง

(1.5) แนวความคิดเรื่องเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชนคู่กับบริการสาธารณะ

ศาสตราจารย์ โมริซ โอริอู (Maurice Houriou) ได้เสนอเกณฑ์เรื่องนี้เพื่อใช้พิจารณาว่า การกระทำของเอกชนนั้นมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง (l'actes administratifs unilatéraux pris par une personne privée)¹⁶⁴ ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่

¹⁶⁰ T. Confl, 4 มิถุนายน 1910, Compagnie d'assurance Le soleil และ CE, 31 กรกฎาคม 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges.

¹⁶¹ T. Confl, 22 มกราคม 1921, Société commerciale de l'Ouest africain.

¹⁶² Etudes et Documents Conseil d'Etat 1954, p.21 และ DC., 23 มกราคม 1987, Conseil de la concurrence.

¹⁶³ BIZEAU J.P., "Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique" AJDA, 1992, p.179.

¹⁶⁴ CE. Sect., 13 มกราคม 1961, Magmier.

โดยสรุป เกณฑ์หรือความคิดเรื่องบริการสาธารณะได้ลดบทบาทสำคัญของตัวเองลงเป็นเพียงบทสันนิษฐานเขตอำนาจของศาลปกครอง บทสันนิษฐานนี้จะถูกยืนยันเมื่อกิจกรรมหรือบริการที่เป็นคดีมีการใช้อำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน ในทางตรงข้าม หากไม่มีการใช้อำนาจเหนือทางปกครองและกิจกรรมหรือบริการนั้นก็มีลักษณะตามกฎหมายแพ่งทั่วไป กรณีดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ลักษณะผลสองด้านที่เกิดขึ้นนี้เป็นผลสะท้อนของความซับซ้อนทางเทคนิคของกฎหมายปกครอง

(2) บริการสาธารณะไม่ใช่แนวทางการใช้ที่มีประสิทธิภาพแนวทางเดียวในการกำหนดลักษณะของกฎหมายปกครอง

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะทางกฎหมาย เกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะไม่สามารถใช้เป็นเกณฑ์ที่สมบูรณ์แบบของกฎหมายปกครองในทางทฤษฎีได้ เพราะว่าโดยเนื้อแท้ของบริการทุกประเภทไม่ได้มีลักษณะของกฎหมายในตัวของมันเอง เกณฑ์บริการสาธารณะจึงถูกโต้แย้งโดยนำไปเปรียบเทียบกับเกณฑ์การกระทำของฝ่ายปกครองที่เรียกว่าการกระทำในทางตำรวจทางปกครอง (police administrative)¹⁶⁵ ซึ่งเป็นการกระทำที่ได้รับการยอมรับว่าโดยตัวของมันเองเป็นกฎเกณฑ์(prescription) หรือเป็นการจัดระเบียบ(réglementation) ทางการปกครอง(กฎหมายปกครอง) เพื่อประกันและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม(l'ordre public) ตรงข้ามกับบริการสาธารณะที่เป็นเพียงผลประโยชน์หรือการบริการ(prestation)¹⁶⁶ ทางการปกครอง(ซึ่งต่อมาได้ขยายตัวรวมไปถึงทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม)

การโต้แย้งเกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะยังถูกแสดงออกในเรื่องการปรับใช้ เช่น การจัดการเกี่ยวกับที่ดินเอกชนโดยองค์กรของรัฐไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ ตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ (droit positif) ทั้ง ๆ ที่ในทางทฤษฎีถือว่ามีลักษณะเหมือนการจัดทำบริการสาธารณะอยู่ด้วย หรือในกรณีการจัดการเกี่ยวกับที่ดินสาธารณะโดยองค์กรของรัฐ แม้จะมีผลให้ปรับใช้หลักกฎหมายปกครองทันทีเมื่อที่ดินพิพาทดังกล่าวมีเพื่อใช้โดยตรงกับส่วนรวม เกณฑ์บริการสาธารณะก็ไม่ถูกอ้างหรือนำมาใช้เช่นกัน (ทั้งสองกรณี : กรณีแรกใช้เกณฑ์ตามกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่อง ส่วนกรณีที่สองใช้เกณฑ์วัตถุประสงค์หรือ “ประโยชน์สาธารณะ” กำหนดการบังคับใช้หรือลักษณะของกฎหมายปกครอง) นอกจากนี้เมื่อพิจารณาว่ากฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (jurisprudence) เพราะฉะนั้นแม้ว่าการใช้เกณฑ์ทางกฎหมายเกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่ง เช่น เกณฑ์บริการสาธารณะจะมีข้อบกพร่องและไม่แน่ชัด ศาลก็มีความจำเป็นอยู่ที่จะอ้างแนวคำพิพากษาหรือเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นเพื่อที่จะจำกัดหรือนิยามเกณฑ์ดังกล่าว ประกอบกับศาลเองก็มีหน้าที่ตัดสินปัญหาที่เกิดขึ้น มิได้มีหน้าที่สกัดหลักการหรือเกณฑ์ทั่วไปให้มีลักษณะนามธรรมสอดคล้องและเป็นระบบ ศาลจึงมีอิสระที่จะใช้ทั้งเกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะตลอดจนเกณฑ์อื่นๆ ที่สามารถนำมาตัดสินให้เกิดความเป็นธรรมที่สุดได้ ดังนั้น โดยสภาพของกฎหมายปกครอง เกณฑ์บริการสาธารณะจึงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะถูกโต้แย้งแข่งขันจากเกณฑ์อื่นๆ ในการกำหนดลักษณะของกฎหมายปกครอง

ข้อพิจารณาเหล่านี้เองที่ทำให้ศาสตราจารย์เรอเน ชาปู(René CHAPUS) เสนอรูปแบบการแก้ไขปัญหากับเกณฑ์หรือข้อความคิดของกฎหมายปกครอง โดยมุ่งที่จะแยกกฎหมายปกครองในฐานะเป็นกฎหมายในการปกครองหรือการบริหารงานภาครัฐ (le droit de l'administration) ซึ่งหมายถึงกฎหมายทั้งหลายทางเนื้อหาที่จะบังคับใช้กับการดำเนินงานในทางปกครอง (les règles de fond applicable à l'administration) ออกจากกฎหมายเกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครอง(contentieux administratif) ซึ่งมีความหมายถึงกฎหมายทั้งหลายที่ถูกปรับใช้ในการตัดสินปัญหาโดยผู้พิพากษาศาลปกครอง(les règles applicable par le juge administratif)

¹⁶⁵ การกระทำในทางตำรวจทางปกครองหมายถึง การกระทำของฝ่ายปกครองที่ใช้วิธีการทางกฎหมายหรือวิธีการทางกายภาพต่าง ๆ กำหนดระเบียบ อนุมัติ ป้องกัน สั่งการ เพื่อป้องกัน คุ้มครอง และก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม ในทางทฤษฎีแบ่งการกระทำในทางตำรวจทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ การกระทำในทางตำรวจทางปกครองทั่วไป มีวัตถุประสงค์คุ้มครองความปลอดภัยของชีวิต ความสุขของสังคม และสุขอนามัยสาธารณะ และการกระทำในทางตำรวจทางปกครองเฉพาะด้าน มีวัตถุประสงค์คุ้มครองความปลอดภัย ความสงบในกิจการเฉพาะด้าน เช่น การกระทำเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยในเรื่องการรถไฟ

¹⁶⁶ อย่างไรก็ตามการแยกความแตกต่างของการกระทำในทางตำรวจทางปกครองกับการกระทำในทางบริการสาธารณะตามแนวทางนี้อาจถูกโต้แย้งได้ว่า ด้านหนึ่งบริการสาธารณะเองก็สามารถแสดงนัยของการจัดระเบียบเพื่อประกันและรักษาความสงบของสังคมได้เช่นกัน เช่น กรณีบริการสาธารณะเกี่ยวกับระบบวิชาชีพที่จัดทำโดยองค์กรวิชาชีพหรือสมาคมวิชาชีพต่าง ๆ อีกด้านหนึ่งการกระทำของฝ่ายปกครองในทางตำรวจทางปกครองสามารถที่จะขยายผลหรืออ้างอิงไปถึงการบริการหรือรูปแบบอย่างหนึ่งของบริการหรือหมายถึงบริการสาธารณะในแง่ขององค์กร (เมื่อพิจารณาโดยเกณฑ์องค์กรเพราะรัฐหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว)

กฎหมายที่จะบังคับใช้กับการดำเนินงานทางปกครองเป็นกฎหมายปกครองที่ถูกกำหนดโดยเกณฑ์หรือความคิดเรื่องบริการสาธารณะ(โดยไม่สนใจว่าบางลักษณะของการใช้กฎหมายดังกล่าวไม่สามารถที่จะถูกพิจารณาหรืออยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง) ส่วนกฎหมายเกี่ยวกับข้อพิพาททางคดีปกครองจะอยู่บนพื้นฐานหรือเกณฑ์ความคิดในเรื่องการใช้อำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชนที่ฝ่ายปกครองแสดงออกมา¹⁶⁷

แนวความคิดของศาสตราจารย์ซาปูแม้จะช่วยให้เห็นภาพและพยายามจะจัดระบบเกณฑ์หรือความคิดหลักของกฎหมายปกครองแต่ก็เกิดความยากลำบาก ดังนี้

ประการแรก จะมีเกณฑ์อื่นในการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองนอกจากเกณฑ์เรื่องอำนาจเหนือหรือเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชนหรือไม่ ปัญหานี้สืบเนื่องมาจากการแบ่งแยกเกณฑ์ของกฎหมายปกครองทางเนื้อหา กับเกณฑ์ของกฎหมายปกครองทางคดี กล่าวคือ บริการสาธารณะที่ถูกจัดทำขึ้นตามกฎหมายที่กำหนดการดำเนินงานของฝ่ายปกครองย่อมมีลักษณะหรืออยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครองเสมอ แต่อย่างไรก็ตามอาจจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เมื่อบริการสาธารณะดังกล่าวไม่มีลักษณะการใช้อำนาจเหนือของฝ่ายปกครอง ความเป็นกฎหมายปกครองในทางเนื้อหาของบริการสาธารณะจึงไม่ได้หมายความว่าความเสมอไปว่าจะอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง(เป็นกฎหมายปกครองในทางคดี) ซึ่งก็ดูจะขัดต่อจุดมุ่งหมายที่ต้องการให้การกระทำหรือบริการที่แสดงลักษณะของกฎหมายปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ในประเด็นนี้ศาสตราจารย์ซาปูเห็นว่ามีความไม่เข้ากันของเกณฑ์ทั้งสองอยู่ ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนในคดีปกครองได้จริง ดังนั้น จึงเสนอเพิ่มเติมให้มีการกำหนดเป็นแนวทางเดียวกันว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับบริการสาธารณะทั้งหลายจะต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองด้วย แม้ว่าในคดีดังกล่าวจะไม่ปรากฏการใช้อำนาจเหนือของรัฐหรือฝ่ายปกครอง

ประการที่สอง ในขณะที่รอผลการใช้บทสันนิษฐานข้างต้น ความแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะกับกฎหมายปกครองกลับมีมากขึ้นเรื่อย ๆ กล่าวคือเกิดการขยายตัวของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของการจัดการในลักษณะเอกชนตามกฎหมายแพ่งขึ้นมาได้แย้งการใช้เกณฑ์บริการสาธารณะในการกำหนดเนื้อหาของกฎหมายปกครองและเขตอำนาจของศาลปกครอง สิ่งนี้ได้แสดงนัยความหมายของบริการสาธารณะที่ถูกขยายออกและสะท้อนให้เห็นอย่างสมบูรณ์ว่าเกณฑ์เรื่องบริการสาธารณะนั้น ไม่สามารถจะถูกกำหนดแนวทางการใช้ให้ชัดเจนอีกต่อไป เนื่องจากสูญเสียความหมายและการใช้ดั้งเดิม

3. ปัญหาการไม่สามารถกำหนดระบบกฎหมาย

ในยุคสมัยใหม่บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่ยากจะอธิบายให้เป็นระบบกฎหมายสอดคล้องเป็นหนึ่งเดียวกันอย่างชัดเจน แน่นนอนและเฉพาะด้าน เนื่องจาก ประการแรก บริการสาธารณะได้แยกออกเป็นสองประเภท คือบริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ประการที่สอง ผลจากการแยกบริการสาธารณะออกเป็นสองประเภททำให้หลักกฎหมายทั่วไปของบริการสาธารณะและผลทางกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมด้วย

(1) บริการสาธารณะกลายเป็นระบบคู่: การแยกความแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะทางปกครองกับบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

การเกิดขึ้นของบริการสาธารณะในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม น่าจะมีที่มาจากคำพิพากษาคดีจัดกันเรื่อง Société commerciale de l'ouest Africain¹⁶⁸ แต่ก็ไม่ได้กล่าวถึงหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด ในความเป็นจริงอาจจะพูดได้ว่าบริการสาธารณะประเภทนี้เป็นผลจากการตีความของนักทฤษฎี ได้แก่ ลาโรคว์(Laroque) มอง เดลวอลเว่(Jean Delvolvé) และ บงนาร์ก (Bonnard) และคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี มัดด์

¹⁶⁷ CHAPUS René, "Le service public et la puissance publique" RDP, 1968, p.235.

¹⁶⁸ T. Confl., 22 มกราคม 1921.

(Matter) ในคดี Bac d'Eloka¹⁶⁹ อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้ใช้คำว่า “บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและหรือพาณิชย์กรรมโดยตรงในคดี Société générale d'armement¹⁷⁰ ซึ่งเป็นคำนิยามที่ให้อยู่ในระบบกฎหมายทุกวันนี้ โดยได้พิจารณาแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างบริการสาธารณะทางปกครองกับบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมอย่างชัดเจน รวมทั้งลักษณะและผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันของบริการทั้งสองประเภทด้วย

ประการแรก ในเรื่องนิติสัมพันธ์ของบุคคลต่าง ๆ ในบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่ ผู้จัดทำ ผู้ให้บริการ และบุคคลภายนอกนั้น ความสัมพันธ์ของบุคคลเหล่านี้ในบริการสาธารณะทางปกครองจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครอง ในขณะที่ความสัมพันธ์ดังกล่าวในบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประการที่สอง ซึ่งเป็นผลจากประการแรกก็คือศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางปกครองได้แก่ศาลปกครอง และข้อพิพาทเกี่ยวกับบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมย่อมได้แก่ศาลยุติธรรม

การแบ่งแยกโดยหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (jurisprudence) นี้มีความชัดเจนพอสมควรอยู่ในตัว อย่างไรก็ตามในเรื่องของเกณฑ์หรือความคิดที่ใช้ในการแบ่งแยกบริการสาธารณะทั้งสองกลับมีความไม่ชัดเจนอยู่ โดยแบ่งออกเป็นสองกรณีคือ

กรณีแรก การพิจารณาลักษณะและประเภทของบริการสาธารณะที่ถูกกำหนดโดยตัวบทกฎหมาย (texte)

ตัวบทกฎหมายที่กำหนดลักษณะของบริการสาธารณะเฉพาะเรื่องมีน้อยมาก ที่เห็นได้ชัด

คงได้แก่มาตรา L.2224-11 ของ Code générale des collectivités territoriales เรื่อง บริการสาธารณะเกี่ยวกับการทำความสะอาดและจัดเก็บขยะมูลฝอยของท้องถิ่น ในทางตรงกันข้ามกลับมีตัวบทกฎหมายจำนวนมากที่กำหนดลักษณะหรือประเภทขององค์การมหาชนอิสระ(Etablissement public)ในทางปกครอง หรือในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมที่พอจะเอื้อให้สันนิษฐานลักษณะของบริการสาธารณะได้ แต่ก็ยังไม่เพียงพอ¹⁷¹ ดังนั้น ในทางปฏิบัติศาลจะพิจารณาลักษณะของบริการสาธารณะที่ถูกกำหนดโดยตัวบทกฎหมายใน 2 แนวทาง คือ แนวทางแรก หากกฎหมายที่กำหนดลักษณะขององค์การมหาชนอิสระนี้มีความชัดเจนและอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ ศาลมักจะผูกพันตัวเองพิจารณาลักษณะและประเภทของบริการสาธารณะตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ แนวทางที่สอง หากกฎหมายที่กำหนดลักษณะขององค์การมหาชนอิสระเป็นพระราชกฤษฎีกา ศาลจะไม่ผูกพันตามพระราชกฤษฎีกาและมักพิจารณาประเภทและลักษณะขององค์การดังกล่าวตามลักษณะความเป็นจริงของบริการหรือกิจกรรมที่จัดทำ¹⁷² เช่น กองทุนเกี่ยวกับการอบรมแนะนำและจัดระเบียบตลาดการค้าเกษตรกรรม(Le fonds d'orientation et de régulation des marchés agricoles : FORMA) มีลักษณะสองด้านที่ตรงกันข้ามกัน กล่าวคือ ถูกกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกาให้มีลักษณะขององค์การมหาชนอิสระทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แต่ในความเป็นจริงเป็นองค์การมหาชนอิสระที่ดำเนินกิจกรรมเพื่อเป้าหมายในทางปกครอง ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกิดจากกิจกรรมดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

มีข้อน่าสังเกตว่า องค์การมหาชนอิสระจำนวนมากมีลักษณะทั้งสองด้านในตัวเอง หมายความว่า องค์การมหาชนอิสระนั้นสามารถจัดทำทั้งบริการสาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เช่น การท่าเรือ(Ports autonomes)¹⁷³ หรือการท่าอากาศยานปารีส (L'aéroport de Paris)¹⁷⁴ การที่ศาลเข้ามากำหนดลักษณะที่แท้จริงเกี่ยวกับกิจกรรมต่างๆ ขององค์การมหาชนเหล่านี้จึงมีลักษณะที่จำเป็นและมีเหตุผลอยู่ในตัว

กรณีที่สอง การพิจารณาลักษณะและประเภทของบริการสาธารณะในกรณีที่ไม่มิตัวบทกฎหมายกำหนดไว้

หลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐจะอ้างถึงเกณฑ์การพิจารณาตามค่าเฉลี่ยการผู้ดูแลคดี โลซองต์ (Laurent) ในคดี Union syndicale des industries aéronautiques)¹⁷⁵ เกณฑ์การพิจารณานี้สันนิษฐานบริการสาธารณะที่พิพาทว่าเป็น

¹⁶⁹ MESCHERIAKOFF A.-S., “L'arrêt du Bac d'Eloka: Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique” RDP, 1988, p.1059.

¹⁷⁰ CE, 23 ธันวาคม 1921.

¹⁷¹ ลักษณะและประเภทขององค์การมหาชนอิสระมิได้เป็นตัวชี้ว่าบริการสาธารณะที่จัดทำนั้นเป็นบริการสาธารณะประเภทใด

¹⁷² T. Confl., 24 มิถุนายน 1968, Société distilleries bretonnes et Société d'approvisionnements alimentaires.

¹⁷³ T. Confl., 17 เมษายน 1959, Abadie.

¹⁷⁴ T. Confl., 13 ธันวาคม 1976, Zaoui.

¹⁷⁵ CE, 16 พฤศจิกายน 1956.

บริการสาธารณะทางปกครอง ถ้าเกณฑ์ทั้งสามประการ คือ วัตถุประสงค์ เงื่อนไขทั่วไปของการดำเนินงาน และวิธีการทางการเงินของบริการ ไม่มีลักษณะใกล้เคียงกับเกณฑ์ทั้งสามของบริษัทยาในภาคเอกชน อย่างไรก็ตาม แต่ละเกณฑ์มีจุดด้อยดังนี้

เกณฑ์ในเรื่องวัตถุประสงค์ วางอยู่บนความคิดที่ว่า ลักษณะของกิจกรรมที่มุ่งตอบสนองประโยชน์สาธารณะจะถูกใช้อย่างสอดคล้องกับลักษณะขององค์กรของรัฐหรือฝ่ายปกครองผู้จัดทำ ตามเกณฑ์นี้ หากกิจกรรมที่จัดทำหมายความรวมถึงกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยด้วยแล้ว เกณฑ์ทางด้านวัตถุประสงค์นี้ก็จะไม่สามารถใช้พิจารณาเกี่ยวกับกิจกรรมอื่นๆอีกจำนวนมากที่ไม่สามารถแยกขาดจากการจัดการโดยภาคเอกชน เช่น การจัดส่งหรือจัดจำหน่ายน้ำใช้ การบริหาร โรงละคร หรือการขนส่งทางเรือ

เกณฑ์ในเรื่องเงื่อนไขทั่วไปของการดำเนินงาน สภาพการณ์ผูกขาดสิทธิหรือผูกขาดระบบในการแสวงหาผลประโยชน์ของรัฐ เป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นถึงลักษณะของบริการสาธารณะทางปกครอง อย่างไรก็ดี บริการสาธารณะบางประเภท เช่น การรถไฟ(SNCF) หรือการไฟฟ้า(EDF) ซึ่งมีลักษณะผูกขาดเช่นกัน กลับมีลักษณะของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม นอกจากนี้ยังมีบริการสาธารณะอื่น ๆ ที่รัฐดำเนินการเอง แต่ถูกตัดสินว่ามีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม¹⁷⁶

เกณฑ์ในเรื่องวิธีการทางการเงิน เป็นเกณฑ์สำคัญเหนือเกณฑ์อื่นๆที่ดูเหมือนว่าจะไม่มีปัญหาข้อถกเถียง กล่าวคือ หากแหล่งเงินทุนของบริการสาธารณะมาจากค่าใช้บริการของผู้ใช้ที่เป็นค่าตอบแทนการจัดทำบริการดังกล่าวเป็นหลัก บริการนั้นก็จะมีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ในทางตรงกันข้าม ถ้าแหล่งเงินทุนนั้น โดยหลักแล้วมาจากเงินช่วยเหลือสนับสนุนหรือจากรายได้ทางภาษีของรัฐบาล บริการดังกล่าวก็จะมีลักษณะทางปกครอง อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาของศาลคดีชดกัน¹⁷⁷ ที่พิจารณาว่าแม้การจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการจัดสรรจำหน่ายน้ำใช้จะได้รับค่าใช้บริการตอบแทนต่ำกว่าค่าใช้ซ้ำในบริการที่เป็นจริง บริการดังกล่าวก็ยังเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

กล่าวโดยสรุป ความไม่แน่นอนของเกณฑ์หรือข้อความคิดในการแบ่งแยกประเภทของบริการสาธารณะยังคงมีอยู่แม้แต่ในเรื่องของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เนื่องจากการใช้เกณฑ์ในการแบ่งแยกเหล่านี้จะให้ผลเต็มที่ก็ต่อเมื่อบริการที่ถูกพิจารณามีลักษณะเป็นไปตามลักษณะทางภาวะวิสัยของเกณฑ์เท่านั้น (เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยไม่มีสิ่งอื่นรวมเข้ามาให้พิจารณา) ซึ่งก็ต่างจากความเป็นจริงในสังคมที่แสดงให้เห็นว่า บริการสาธารณะหนึ่ง ๆ เช่น การขนส่งทางเรืออาจจะถูกพิจารณาเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (กรณีการขนส่งทางเรือคดี Bac d'Eloka) หรือถูกพิจารณาเป็นบริการสาธารณะทางปกครองก็ได้ (กรณีการขนส่งทางเรือตามคำพิพากษาของศาลสูงประเทศ ไอวอรีโคต(Côte-d'Ivoire ในขณะที่เป็นอาณานิคมของฝรั่งเศส) หรือบริการขนส่งทางเรือของเกาะเร (L'île de Ré) ตามคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ 10 พฤษภาคม 1974 คดี Denoyez et Chorques) มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า โดยทั่วไปแนวทางของหลักกฎหมายตามคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (jurisprudence) จะมุ่งจำกัดลักษณะของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม เมื่อมีปัญหาความยากลำบากในการแยกประเภทและลักษณะของบริการสาธารณะ นอกจากนี้ก็มี

คำพิพากษาของศาลคดีชดกัน¹⁷⁸ ที่ตัดสินว่าองค์กรโทรศัพทของฝรั่งเศสมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะทางปกครอง แม้ว่าการดำเนินการส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง แต่ไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตามการแบ่งแยกบริการสาธารณะทางปกครองออกจากบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมยังคงมีบทบาทในการกำหนดทิศทางกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันเสมอ

(2) หลักกฎหมายทั่วไปของบริการสาธารณะเปลี่ยนรูปไป

หลักกฎหมายทั่วไปของบริการสาธารณะถูกกำหนดโดยหลักการพื้นฐานสามประการ คือ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคต่อหน้าบริการสาธารณะ และหลักการปรับตัวของบริการสาธารณะ วิวัฒนาการของลักษณะและประเภทของบริการสาธารณะทำให้หลักกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของบริการสาธารณะต่อไป เนื่องจากกิจกรรมหลายประเภทที่มีลักษณะทางกฎหมายแพ่งล้วน ๆ กลับได้แสดงให้เห็นถึงหลักการทั้งสามได้โดยไม่ต้อง “เป็น” หรือ “อยู่ในรูป” ของบริการสาธารณะ เช่น

¹⁷⁶ T. Confl., 13 กุมภาพันธ์ 1984, Pomarède (ในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการโรงแรมของรัฐ) หรือ CE, 20 มกราคม 1988, SCI “La colline” (ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดเก็บขยะมูลฝอยและการรักษาความสะอาดของเทศบาล).

¹⁷⁷ T. Confl., 19 กุมภาพันธ์ 1990, Thomas.

¹⁷⁸ T. Confl., 24 มิถุนายน 1968, Ursot.

บริษัทโคคาโคล่า (Coca Cola) สภาพดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นได้เป็นอย่างดีถึงการสูญเสียสถานะพิเศษของหลักการทั้งสามในระบบกฎหมายทั่วไปของบริการสาธารณะ ยิ่งไปกว่านั้น ในทางปฏิบัติการใช้หลักการทั่วไปทั้งสามยังได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างไปจากหลักการที่มีมาแต่ดั้งเดิมอีกด้วย¹⁷⁹

ประการแรก การใช้หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะโดยตัวของมันเองไม่ตอบสนองกับทฤษฎีความต้องการของส่วนรวมที่จำเป็นต้องต่อเนื่องสม่ำเสมอ เนื่องจากกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะถูกปฏิเสธทันทีเมื่อมีการประท้วงนัดหยุดงาน ทำให้ระบบบริการสาธารณะหนึ่ง ๆ เกิดอัมพาตทั้งหมด เช่น บริการสาธารณะเกี่ยวกับการขนส่ง สิ่งนี้ยังมีความชัดเจนมากขึ้นเมื่อสภาผู้แทนราษฎร ไม่ต้องการที่จะร่างกฎหมายเกี่ยวกับการประท้วงนัดหยุดงานให้เป็นระบบเดียวกันทั้งหมดเพื่อประสานและประนีประนอมสิทธินัดหยุดงานดังกล่าวกับ

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ¹⁸⁰ นอกจากนี้หลักเรื่องบริการสาธารณะขั้นต่ำในกรณีที่มีการประท้วง

นัดหยุดงานก็มีอยู่อย่างเฉพาะและจำกัดตามกฎหมายแต่ละเรื่อง เช่น ในเรื่องบริการสาธารณะเกี่ยวกับสุขภาพ เรื่องความปลอดภัยเกี่ยวกับการกำหนดทิศทางเกี่ยวกับการจราจรทางอากาศ และมีเพียง loi n° 63-777 ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1963 บังคับให้มีการแจ้งล่วงหน้า 5 วันก่อนการนัดหยุดงาน หรือห้ามมิให้มีการหยุดงานทั้งหมดในกิจการประท้วงนั้น ๆ (ซึ่งส่วนมากจะมีการฝ่าฝืนเสมอ)

ประการที่สอง การใช้หลักความเสมอภาคต่อหน้าบริการสาธารณะในฝรั่งเศสก่อให้เกิดความคิดที่ว่าบริการสาธารณะที่เป็นเครือข่ายคมนาคมจะต้องให้ความเท่าเทียมกันในอัตราค่าโดยสาร (péréquation des tarifs) (หมายความว่า ผู้ใช้บริการแต่ละคนจะต้องจ่ายในอัตราค่าโดยสารเดียวกันสำหรับบริการหรือผลประโยชน์ที่เหมือนกัน แม้ว่ามีความแตกต่างกันเกี่ยวกับสภาพภูมิประเทศหรือหนทาง เช่น ผู้ใช้เส้นทางรถไฟที่มีระยะทางเท่ากับระยะทางจากปารีส-ลียง จะต้องจ่ายค่ารถไฟในอัตราเดียวกัน แม้ว่าคนใดคนหนึ่งจะต้องเดินทางไปเส้นทางที่ทุรกันดารขากลับหรือมีภูเขา) ความเสมอภาคที่มีบทสันนิษฐานอยู่บนความเท่ากันของอัตราค่าบริการกับจำนวนกิโลเมตรตามตารางรถไฟที่ผู้โดยสารทุกคนจะต้องจ่ายเหมือนกันในทุกจุดของพื้นที่ไม่ว่าพื้นที่จะเป็นอย่างไร (Système de Tarif kilométrique ferroviaire soit le même en tout point du territoire) ได้ก่อให้เกิดผลตรงข้ามในทางปฏิบัติ กล่าวคือ มีความกังวลเกี่ยวกับวิธีคิดอัตราค่าโดยสารดังกล่าวและเกิดการปรับใช้อัตราค่าโดยสารในระดับที่แตกต่างกันหลากหลายมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะเมื่อมีความแตกต่างกันเกี่ยวกับเวลาหรือสถานที่ในการจัดทำบริการ

สภาแห่งรัฐได้ยอมรับอัตราค่าบริการที่แตกต่างกันของเส้นทางรถไฟ TGV เหนือ โดยไม่ได้อ้างถึงราคาตามหลักกิโลเมตรที่แน่นอนว่า รูปแบบวิธีการคิดอัตราค่าโดยสารจะต้องมีความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์กล่าวคือ จะต้องไม่ทำให้มีความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างอัตราค่าโดยสารที่เป็นพื้นฐานกับอัตราค่าโดยสารพิเศษ และต้องคำนึงถึงราคาที่ใช้จ่ายที่ต้องใช้ไปจริงในการบริการ¹⁸¹ รูปแบบวิธีการคิดนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อเท็จจริงด้วยว่าขบวนรถไฟดังกล่าวเป็นขบวนที่มีอัตราค่าโดยสารต่ำสุด(ซึ่งอาจเป็นขบวนรถไฟที่ไม่ต้องมีการต่อรถไฟไปยังเส้นทางอื่น) เมื่อเทียบกับจำนวนและตารางเวลาของรถไฟในแต่ละเที่ยว อีกทั้งยังมีความเสมอภาคที่จะเข้าไปใช้บริการได้โดยไม่ฝ่าฝืนกฎหมาย (ความเห็นของสภาแห่งรัฐนี้ถูกวิจารณ์ว่าเป็นเรื่องยากที่จะดำเนินการให้เกิดขึ้นจริงได้)

ในกรณีอื่น เช่น การกำหนดราคาค่าบริการให้สอดคล้องกับราคาตลาด(เพื่อความเสมอภาค)บางครั้งก็ถูกแก้ไขโดยกลไกของกฎหมายอื่น เช่น Loi sur l'aménagement du territoire n°95-115 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 1995 กำหนดให้การขนส่งทางอากาศใต้ขาดทุนสามารถได้รับเงินจากภาษีที่หักจากราคาตัวของผู้โดยสารทุกคนที่เดินทางเข้ามาในท่าอากาศยานฝรั่งเศสนั้น มาตรการนี้ด้านหนึ่งแม้จะเป็นการคำนึงถึงการเปิดให้มีการแข่งขันกันอย่างเสรีในบริการสาธารณะ(โดยมีกฎหมายช่วยสนับสนุนการเงินทางอ้อม) แต่อีกด้านหนึ่งก็เป็นการละทิ้งเรื่องความเสมอภาคในอัตราค่าโดยสาร และยังคงให้เกิดปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายในระหว่างผู้โดยสารด้วยกันเอง

นอกจากนี้ เดิมฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายเท่านั้น(ใช้เฉพาะความเสมอภาคที่มีกฎหมายหรือหลักกฎหมายตามคำพิพากษากำหนดไว้) ปัจจุบันมีแนวโน้มในการยอมรับข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาคทางกฎหมาย(égalité juridique) เพื่อให้เกิดความเสมอภาคในทางเนื้อหาหรือความเป็นจริง (égalité matérielle)¹⁸² แนวโน้มดังกล่าวนี้มาจากความคิดเรื่องประชา

¹⁷⁹ VEDEL George, "Service public à la française ? oui, mais lequel ?" Le Monde, 22 ธันวาคม 1995.

¹⁸⁰ ตามคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1946 และ DC. 25 กรกฎาคม 1979.

¹⁸¹ Avis CE, 24 มิถุนายน 1993.

¹⁸² TRUCHET Didier, "La dualité égalité et équité dans le service public" in égalité et équité antagonisme ou complémentarité ? Economica, 1999, p.83.

สังคม(de la société civile) ซึ่งได้รับการรับรองจากสภาแห่งรัฐแล้ว หลักการล่าสุดที่สภาแห่งรัฐนำมาใช้ก่อให้เกิดความเสมอภาคในความเป็นจริงได้แก่ หลักเรื่องความเสมอภาคในทางโอกาส(égalité des chances)¹⁸³ หลักกฎหมายบริการสาธารณะในแง่นี้มีแนวโน้มที่จะกลายเป็นเครื่องมือรูปแบบใหม่เพื่อสร้างความเสมอภาคในความเป็นจริง ให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น

สำหรับหลักเรื่องการเลือกปฏิบัติที่สามารถกระทำได้ (discriminations positives) ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส¹⁸⁴ แต่ก็มีข้อจำกัด คือ การเลือกปฏิบัติที่ชอบหรือสามารถรับได้ (admissible) นี้จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ต้องห้ามอย่างชัดเจนตามรัฐธรรมนูญ เช่น การเลือกปฏิบัติเพราะเผ่าพันธุ์(de la race) เชื้อชาติ (de l'origine) ศาสนา (de la religion) เพศ (du sexe) และต้องไม่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน¹⁸⁵

ประการสุดท้าย การใช้หลักการปรับตัวของบริการสาธารณะ หลักการนี้สามารถเกิดขึ้นในความเป็นจริงได้เฉพาะในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงที่เป็นที่ยอมรับหรือพึงพอใจของบุคลากรในบริการสาธารณะเท่านั้น เช่น ในปี 1999 การปฏิรูปที่มุ่งการบริการสาธารณะทางด้านการถือการเกี่ยวกับการพิจารณากำหนดฐานภาษี (établir l'assiette de l'impôt) เข้ากับบริการสาธารณะในการเรียกเก็บภาษี (assurer le recouvrement) เป็นการเปลี่ยนแปลงที่สอดคล้องกับการปรับตัวของบริการสาธารณะทางภาษีอากร แต่ก็ถูกปฏิเสธโดยสหภาพแรงงานของบุคลากรที่จัดทำบริการนี้ เพราะไม่พอใจและต้องการเรียกร้องให้ไว้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังออกจากตำแหน่ง

การใช้หลักการนี้ในทางปฏิบัติบางครั้งก็เป็นการใช้ที่ไม่ตรงตามความหมายหรือเจตนารมณ์ดั้งเดิม และก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้ให้บริการ เพราะมักจะนำไปใช้อ้างอิงเมื่อจะมีการยกเลิกบริการสาธารณะที่ขาดทุน เช่น การปิดทางเดินรถไฟบางสายโดยอ้างว่าขาดทุนในปี 2001

บทสรุป

ทฤษฎีบริการสาธารณะในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสก่อตั้งขึ้นจากความต้องการอธิบายและจำกัดอำนาจรัฐที่ไม่มีขอบเขตในยุคสมัยที่รัฐเป็นผู้พิทักษ์ “ควบคุม” ความสงบของสังคม(รัฐตำรวจ) เพื่อ “คุ้มครองและปล่อย” ให้ประชาชนจัดการและแข่งขันทางการค้ากันเองตามปรัชญาความคิดเสรีนิยมดั้งเดิม ปัญหาของบริการสาธารณะในช่วงแรกจึงเป็นเรื่องข้อจำกัดและคำจำกัดความของบริการสาธารณะ ลักษณะและประเภทของกฎหมายที่จะใช้กับบริการสาธารณะและเขตอำนาจของศาลที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ซึ่งล้วนแต่เกี่ยวข้องและแสดงถึงรัฐ อำนาจเหนือของรัฐ ประโยชน์ของส่วนรวม(หน้าที่ของรัฐ) และการเริ่มจำกัดอำนาจที่ไม่มีขอบเขตและความรับผิดชอบของรัฐ “บริการสาธารณะ” ในที่นี้จึงมีลักษณะเป็นข้อจำกัดนามธรรมเกี่ยวกับรัฐและการกระทำของรัฐในทางกฎหมายมากกว่า “บริการสาธารณะ” ในความหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับ “การจัดการและตัวของบริการที่ถูกจัดทำ” ผลที่ได้จากวิวัฒนาการของบริการสาธารณะตามแนวทางนี้ก็คือ การแบ่งแยกองค์กรและภาระหน้าที่ของภาครัฐและภาคเอกชนออกจากกันอย่างชัดเจน รัฐไม่เข้าไปแทรกแซงงานทางเศรษฐกิจของประชาชน โดยมีหลักกฎหมายปกครองประกันสิทธิเสรีภาพในทางการค้าของปัจเจกชนซึ่งถือเป็นประโยชน์ของเอกชนอย่างสมบูรณ์(เว้นแต่เป็นกรณีที่มีความต้องการของสังคม แต่เอกชนไม่สามารถหรือประสบความยากลำบากในการจัดทำงานดังกล่าว) ในทางตรงกันข้าม ภาคเอกชนก็ไม่สามารถจัดทำงานบริการที่อยู่ในหน้าที่ของรัฐได้เช่นกัน เพราะงานของรัฐเป็นบริการพื้นฐานทั่วไปที่แสดงความเป็นรัฐหรืออำนาจอธิปไตย(อำนาจเหนือที่เอกชนไม่มี) อีกทั้งยังถือเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมที่อยู่เหนือผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนทุกคน ด้วยเหตุนี้ การจัดการภาครัฐจึงมีความชอบธรรมในตัวเองบนฐานอำนาจอธิปไตยที่(สมบูรณ์และเด็ดขาด)ไม่มีความ รับผิดชอบใด ๆ เลยในผลของการกระทำ หลักกฎหมายปกครองจึงยอมรับหลักเรื่อง “Le Roi ne peut mal faire” (King can do no wrong) และไม่ยอมรับการให้เอกชนจัดทำบริการพื้นฐานดังกล่าว

ต่อมาการปรับเปลี่ยนของทฤษฎีบริการสาธารณะได้เกิดขึ้นจากความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ที่ภาระของรัฐเปลี่ยนแปลงไปจากผู้ควบคุมความสงบของสังคมไปสู่การแทรกแซงทางเศรษฐกิจการค้าเพื่อประกันการจัดสรรปันส่วนและสร้างความเป็นธรรมทางเศรษฐกิจให้เกิดขึ้นจริงในสังคม(ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องจากการแบ่งสรรปันส่วนที่ไม่เป็นธรรม การเอารัดเอาเปรียบและช่องว่างทางเศรษฐกิจของสังคมในการปล่อยให้

¹⁸³ Conseil d'Etat, “Sur le principe d'égalité” EDCE, 1997 n° 48, p.83.

¹⁸⁴ DC., 26 มกราคม 1995.

¹⁸⁵ MELIN-SOUCRAMANIAN F., “Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ” Economica, 1997.

ประชาชนจัดการเศรษฐกิจกันเอง) ปัญหาของบริการสาธารณะในช่วงปรับเปลี่ยนจึงเป็นเรื่องของบริการสาธารณะในแง่การจัดองค์กร รูปแบบ และวิธีการจัดการเพื่อเอื้อให้มีการบริการแก่ผู้ใช้บริการ เช่น ปัญหาลักษณะหรือประเภทของบริการสาธารณะ องค์กรผู้จัดทำ และวิธีการจัดทำ บริการสาธารณะ ปัญหาเรื่องสิทธิหน้าที่ของผู้ใช้บริการและปัญหาความรับผิดชอบของรัฐหรือผู้จัดทำอื่น ๆ ในการจัดทำบริการ (นอกจากนี้ยังมีปัญหา ต่อเนื่องไปหลังจากปี 1950 ในเรื่องการกำหนดราคา ตลอดจนการศึกษาในการแข่งขันหรือการช่วยเหลือสนับสนุนทางการค้าอย่างเสมอภาค) ซึ่งเป็น ผลจากการที่รัฐเข้าแทรกแซงและจัดการให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม “บริการสาธารณะ” ในที่นี้จึงมีลักษณะเป็น “การจัดการและตัวบริการที่ ถูกจัดทำ” อย่างเป็นรูปธรรมในทางกฎหมาย แยกออกมาจาก “บริการสาธารณะ” ที่เป็นข้อความคิดนามธรรมของอำนาจรัฐในยุคก่อนตัว¹⁸⁶

ดังนั้น วิวัฒนาการของทฤษฎีบริการสาธารณะฝรั่งเศสตั้งแต่ในช่วงก่อตั้งจนถึงช่วงปรับตัว(ประมาณปี 1950) จึงให้ภาพรวมสามด้าน คือ *ด้านที่หนึ่ง* การเปลี่ยนแปลงของทฤษฎีเกิดจากอิทธิพลความคิดทางปรัชญาการเมืองและเศรษฐกิจในยุโรปที่เปลี่ยนผ่านจากความคิดเสรีนิยม ดั้งเดิมไปสู่ความคิดเสรีนิยมสมัยใหม่ในช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การเปลี่ยนผ่านจากปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่ว่า “ใครเป็นผู้จัดทำ” ไปสู่ปัญหาที่ว่า “วิธีการจัดทำและแบ่งปัน” นิยามและขอบเขตของบริการสาธารณะจึงขยายตัวจากบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับ อำนาจอธิปไตยของรัฐ(บริการสาธารณะที่มีความหมายแทนรัฐ อำนาจและข้อจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งรัฐเท่านั้นที่จะแสดงออก(จัดทำ))ได้ ไปสู่บริการ สาธารณะทางปกครองและบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งบริการแต่ละประเภทอาจจะถูกจัดทำโดยรัฐหรือเอกชนก็ได้ (บริการสาธารณะที่มีความหมายถึง “ตัวบริการที่ถูกจัดทำ” โดยรัฐหรือเอกชน) *ด้านที่สอง* เป็นผลต่อเนื่องจากด้านแรกกล่าวคือ ลักษณะของ บริการ รูปแบบการจัดองค์กรบริการ วิธีการจัดการเกี่ยวกับบริการ ตลอดจนหลักประกันสิทธิเสรีภาพในการจัดทำบริการ ได้เปลี่ยนผ่านจาก ความคิดเรื่องการใช้อำนาจและระบบราชการ (Modèle dit Bureaucratique) ที่เน้นความเป็นกลางของรัฐ (neutralité) อยู่เหนือสังคมการ แข่งขันเสรีทางการค้าของภาคเอกชน เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพในการจัดทำบริการของประชาชนด้านหนึ่งและจัดทำงานบริการพื้นฐานของ ส่วนรวม (เช่น การภาษี การรักษาความสงบภายในและการสาธารณสุข การยุติธรรม การป้องกันประเทศ และการต่างประเทศ) หรืองานบริการ ที่ประชาชนขาดแคลนหรือไม่ได้อีกด้านหนึ่ง โดยใช้อำนาจเหนือของรัฐ(อำนาจอธิปไตย)ในการจัดทำ ไปสู่ความคิดเรื่องระบบบริการในยุค ปฏิวัติอุตสาหกรรมที่รัฐเข้าแทรกแซงหรือเข้าจัดทำบริการเหมือนภาคเอกชนในเรื่องของงานอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ทำให้เกิดลักษณะ ของบริการสาธารณะ องค์กรหรือการจัดองค์กรแบบใหม่ในการจัดทำบริการแตกต่างจากองค์กรในระบบราชการ การจัดการแบบใหม่ที่ไม่จำกัด เฉพาะการใช้อำนาจรัฐในการจัดทำบริการและการประกันสิทธิเสรีภาพในการจัดทำบริการแบบใหม่ที่มีได้อาศัยหลักเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ (เช่น การใช้หลักเรื่องเสรีภาพในทางการค้าและหลักเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะ) *ด้านที่สาม* หลักกฎหมายปกครองในเรื่องบริการ สาธารณะ ได้เปลี่ยนผ่านจาก (1)หลักกฎหมายที่เน้นความเป็นรัฐและอำนาจอธิปไตย(บริการสาธารณะที่ประกอบไปด้วยเกณฑ์พื้นฐานในเรื่อง องค์กรของรัฐ การกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเนื้อหาของกฎหมายที่แสดงความมีอำนาจเหนือของรัฐ) (2)หลักกฎหมายที่กำหนด ขอบเขตการกระทำของรัฐ(บริการสาธารณะ เกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของการกระทำทางปกครอง สัญญาทางปกครอง และความรับผิดชอบทาง ปกครอง) ซึ่งก็คือการจัดการการรัฐที่จะต้องมีการใช้อำนาจเหนือเพื่อประโยชน์สาธารณะ(แยกขาดจากการจัดการของภาคเอกชนที่เป็นเรื่องไม่ เกี่ยวกับการใช้อำนาจและประโยชน์สาธารณะ) และจาก(3) หลักกฎหมายที่กำหนดการควบคุมการกระทำของรัฐ(บริการสาธารณะในฐานะเกณฑ์ให้ ความชอบธรรมการกระทำของรัฐและเกณฑ์ที่กำหนดเขตอำนาจของศาลปกครอง : การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเหนือ(ไม่ว่าจะเป็นการกระทำ ฝ่ายเดียว สัญญา หรือความรับผิดชอบ)เพื่อประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นการกระทำทางปกครองและอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ไปสู่หลัก กฎหมายที่ (1) ขยายตัวรวมถึงการจัดทำบริการสาธารณะโดยเอกชน(บริการสาธารณะไม่ได้มุ่งใช้แสดงความเป็นรัฐหรืออำนาจอธิปไตย) เนื้อหา ของบริการสาธารณะขยายรวมถึงกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม(ไม่ได้มุ่งแต่ในเรื่องพื้นฐานทางการปกครองและประโยชน์ สาธารณะ) การจัดทำและวัตถุประสงค์ของบริการสามารถใช้หลักการในทางแพ่งหรือสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรได้(บริการ สาธารณะจึงไม่จำเป็นต้องเป็นการใช้อำนาจเหนือและมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ) การกระทำและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการจัดทำ บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม(ส่วนใหญ่)เป็นการกระทำทางแพ่งที่อยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งและเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

186

ทฤษฎีบริการสาธารณะฝรั่งเศสจึงแสดงลักษณะพิเศษของตัวเองในทางนามธรรมและรูปธรรมเสมอ กล่าวคือ ในทางกฎหมายทฤษฎีบริการ สาธารณะจะเป็นหลักกฎหมายที่ถือโยงบริการไว้เพื่อกำหนดลักษณะทางกฎหมายและเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษา(โดยใช้เกณฑ์พิจารณา ต่าง ๆ ที่ได้จากลักษณะของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นเรื่ององค์กร เรื่องอำนาจเหนือ และเรื่องประโยชน์ส่วนรวม) อีกด้านหนึ่ง ทฤษฎีบริการสาธารณะจะ แสดงความเป็นอยู่ของ “ตัวบริการและการจัดการ” ในสังคม เช่น ผู้จัดทำบริการ ผู้ใช้บริการ ราคาค่าบริการ สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบบุคคลที่ เกี่ยวข้องกับบริการ ตลอดจนการผูกขาดและการแข่งขันกันในการจัดทำบริการดังกล่าว

(บริการสาธารณะจึงไม่ใช่สิ่งที่กำหนดการกระทำของรัฐ ลักษณะของกฎเกณฑ์ที่จะใช้กับการกระทำของรัฐและการควบคุมการกระทำของรัฐ (เขตอำนาจของศาลปกครอง)เสมอไป)

ภาพรวมของการเปลี่ยนแปลงทั้งสามด้านเป็นตัวอย่างในการทำความเข้าใจเนื้อหา ลักษณะและการเปลี่ยนแปลงของทฤษฎีบริการสาธารณะในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้ดี การเริ่มต้นจากความเป็นรัฐ การกำหนดวิธีการใช้อำนาจรัฐ วัตถุประสงค์ของรัฐ และการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ ถือเป็นพื้นฐานของ(ทฤษฎีบริการสาธารณะในฝรั่งเศส)หลักกฎหมายปกครองดั้งเดิมในทุกสังคมซึ่งจะมีการปรับตัวเปลี่ยนแปลงยอมรับพื้นฐานอื่น ๆ ที่เป็นความต้องการร่วมสมัยของสังคมอยู่ด้วยเสมอ เช่น พื้นฐานทางเศรษฐกิจ วัฒนธรรม เทคโนโลยี สิ่งแวดล้อม รวมถึงการควบคุมโรคระบาดและการก่อการร้ายรูปแบบใหม่ในสังคม(เดิมเป็นบริการพื้นฐานทางสาธารณสุขและการรักษาความสงบภายในที่ปัจจุบันนี้ยกระดับรูปแบบขึ้นมาใหม่) ทำให้เกิดบริการสาธารณะหรือกฎหมายปกครองประเภทใหม่เฉพาะด้านตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม ต้องเข้าใจด้วยว่าบริการสาธารณะหรือกฎหมายปกครองที่เกิดขึ้นย่อมเป็นไปตามพื้นฐานของสังคมแต่ละประเทศ(บริบท(contexte))ที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวและยากที่จะลอกเลียนแบบกันได้

สำหรับประเทศไทย ข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ทุกวันนี้ก็คือ ประเทศไทยมีหลักกฎหมายปกครองบางส่วนในคำพิพากษาศาลฎีกาและมีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองโดยตรงที่ได้จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มาตั้งแต่ปี 2522 แต่ก็ยังไม่เพียงพอและไม่เป็นระบบ ประกอบกับเพิ่งมีการจัดตั้งศาลปกครอง ที่จะเป็นกำลังสำคัญในการวางหลักเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง(ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับปัจจัยในการคัดเลือกตุลาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในงานของรัฐ) ไม่นานมานี้เอง ทำให้ขาดหลักกฎหมายปกครองทั่วไปรวมทั้งหลักกฎหมายในเรื่องบริการสาธารณะที่จะใช้เป็นฐานในการพิจารณาปัญหาบริการสาธารณะของไทย ยิ่งไปกว่านั้นพัฒนาการของสังคม การเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อมของไทย ได้แสดงความซับซ้อนของปัญหาการจัดการและการขาดแคลนผู้เชี่ยวชาญกฎหมายปกครองเฉพาะด้านต่าง ๆ นี้อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องระบบเงินทุนสำรองของประเทศที่เคยล้มละลาย สัญญา(ค้าง)สัมปทาน การสร้างบริการขนาดใหญ่ที่ไม่คำนึงถึงการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม และแม้แต่การแปรรูปรัฐวิสาหกิจในปัจจุบันนี้ ดังนั้น การสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไปและหลักกฎหมายเรื่องบริการสาธารณะจึงนับว่าเป็นสิ่งสำคัญเร่งด่วนเหมือนกับการพัฒนาในเรื่องอื่นๆเช่นกัน¹⁸⁷ การที่บริการต่างๆในสังคมเกิดขึ้นอย่างมากมายหลายประเภทและมีลักษณะซับซ้อนหลากหลายอย่างที่เรียกว่ามีเพียงกลุ่มคนบางกลุ่มเท่านั้นที่รู้จัก และขาดผู้เชี่ยวชาญที่จะทำการวิจัยชี้แนะหรืออธิบายถึงผลดีหรือผลเสียของบริการที่จะเกิดขึ้นจึงมีผลกระทบกับคนทุกระดับในสังคมและประเทศไทยของ สังคมที่ไม่มีหลักกฎหมายที่เหมาะสมเพียงพอในการวางแผนทางปฏิบัติหรือเป็นแนวทางในการพิจารณาตัดสินใจ ก็คือสังคมที่ขาดทิศทางและการประกันสิทธิเสรีภาพ เพราะหากเราเข้าใจเบื้องต้นถึงลักษณะของทฤษฎีบริการสาธารณะตามข้อสังเกตของโมริซ โอริอูที่ว่า บริการสาธารณะคือสิ่งที่จัดทำโดยรัฐหรือผู้มีอำนาจหรือฝ่ายปกครองที่อ้างประโยชน์สาธารณะแล้ว ก็ต้องตระหนักด้วยว่า บริการสาธารณะต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นล้วนเป็นไปตามอำนาจหรือการตัดสินใจตามนโยบายของผู้ปกครองว่าจะใครคือ “ประโยชน์สาธารณะ” ในขณะนั้น ซึ่งก็คือ “เจตนา” ของรัฐที่ไม่มียะไรควบคุมได้นอกจากกลไกที่เหมาะสมกับเรื่องนั้น ๆ นั่นเอง กลไกของกฎหมายบริการสาธารณะจึงเป็นหนึ่งในกฎหมายที่สำคัญทางการปกครองที่ประเทศไทยยังไม่มี !!!

¹⁸⁷ เราคงต้องยอมรับว่าประเทศไทยมีบริบทสังคมที่แตกต่างจากประเทศในยุโรป การยอมรับและการนำหลักกฎหมายต่างประเทศมาใช้จึงเป็นดาบสองคมเสมอ ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าเราต้องการ “ผู้รู้” หรือ “ผู้เชี่ยวชาญ” ที่จะมา “วิจัย” และสร้างหลักกฎหมายที่เหมาะสมกับบริการสาธารณะในประเทศไทย หรืออย่างน้อยเป็นผู้ “รู้จัก” และ “รู้ทัน” งานของรัฐและสังคมวิทยาการปกครองของไทยได้ดี ตลอดจนสามารถนำหลักกฎหมายต่างประเทศ(วิธีคิดที่ดี)อยู่กับบริบทหนึ่ง ๆ)ที่ผ่านการตรวจสอบและผ่านการวิเคราะห์ผลดีผลเสียแล้วมาใช้แก้ปัญหาสังคมไทยได้อย่างเหมาะสม